

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Caesar Augustus F. S. Rocha da Silva

**Dissolução de sociedade anônima
por não preenchimento do fim**

MESTRADO EM DIREITO COMERCIAL

**SÃO PAULO
2008**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Caesar Augustus F. S. Rocha da Silva

**Dissolução de sociedade anônima
por não preenchimento do fim**

MESTRADO EM DIREITO COMERCIAL

**Tese apresentada à Banca
Examinadora como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito Comercial pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
sob orientação do Prof. Doutor Fábio
Ulhoa Coelho**

**SÃO PAULO
2008**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

As pessoas que a seguir serão mencionadas merecem mais do que um simples agradecimento, devo, na verdade, dividir com elas a própria autoria desse trabalho.

Sem a colaboração, incentivo, compreensão, apoio, paciência, estímulo e carinho que todos me deram, certamente não conseguiria realizá-lo.

Assim, quero, em primeiro lugar, dedicar esta dissertação aos meus filhos Frederico e Cristiano, esperando que um dia eles compreendam a minha recusa em participar de algumas brincadeiras durante o período de elaboração desse trabalho.

Agradeço, ainda, à minha mulher, Fernanda, que sempre me animou em fases difíceis, mostrando que a privação da convivência familiar era temporária e que o resultado compensaria tudo.

Agradeço especialmente ao Prof. Fábio Ulhoa Coelho, pela oportunidade que me deu de ser por ele orientado, pelos direcionamentos, conselhos e ensinamentos que me transmitiu ao longo de todos esses anos, e, ainda, pela forma tranquila com que conduziu o processo de orientação.

Ao amigo de sempre Nilton Serson, pelo suporte, incentivo e compreensão, fundamentais para que eu pudesse concluir o mestrado, mesmo com o dia-a-dia profissional extremamente atribulado do escritório.

A meus pais, que não só despertaram o interesse pela profissão, mas, principalmente me mostraram que, independentemente de como o restante da sociedade se porta, devemos ser éticos e honestos.

Ao Dr. Antonio de Pádua Constant Pires, paradigma da advocacia, exemplo de amor à profissão.

Ao meu saudoso avô, Walter Ferreira de Souza, que me ensinou a levar uma “mensagem a Garcia”.

RESUMO

O tema objeto desta monografia é, na minha modesta opinião, talvez um dos mais palpitantes do direito societário. Pretendeu-se, precisando o alcance da expressão “fim” que consta no artigo 206, II, “b” da Lei nº 6.404/76, revigorar a aplicação do referido dispositivo.

Com efeito, com o surgimento do conceito do instituto da preservação da empresa, a disposição legal que determina a dissolução da sociedade por não preenchimento do fim deixou de ser aplicada.

O que se pretendeu demonstrar foi que o artigo em questão não poderia, jamais, ter se tornado letra morta, posto que se trata de uma importante arma que os acionistas minoritários têm contra a opressão praticada pelos controladores.

O estudo analisa e demonstra também as particularidades que distinguem as sociedades anônimas umas das outras, tudo a corroborar a necessidade e urgência de o texto da lei das Sociedades Anônimas ter sua aplicação ressuscitada nos Tribunais.

Uma outra preocupação foi a de mostrar que o pedido de dissolução da sociedade anônima por não preenchimento do fim pode conviver em perfeita harmonia com a teoria da preservação da empresa e, que o acolhimento do mesmo de modo algum vai de encontro com os conceitos de função social, papel social e responsabilidade social, hoje tão em voga entre os operadores do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: FIM, SOCIEDADE ANÔNIMA, PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

ABSTRACT

The theme of this monograph is, in my modest opinion, maybe one of the most interesting in Commercial Law. The goal of the study was to discuss the article 206, II, B, law number 6404/76 in the code, as well as restore its application.

With the advent of the concept “enterprise preservation”, the article mentioned above - that determines the dissolution of companies- has been no longer used nowadays.

According to the study, such article should never be put aside, in as much as it is an important tool that the minor shareholders have to fight against the major shareholders’ oppression.

Besides, the study analyses and shows the characteristics that make companies differ from one another, proving the need and the urge of the reintroduction of such article in court.

Another concern was to show that the requirement of corporation dissolution that did not meet its end can live in perfect harmony with the theory of enterprise preservation and that on no account does the decision of corporation dissolution go against the concepts of social purpose, social role and social responsibility, such in vogue terms nowadays.

Key words: dissolution, corporation, enterprise preservation

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO	8
II – BREVE HISTÓRIA DAS SOCIEDADES	12
III – ALGUMAS FORMAS DE CLASSIFICAR AS SOCIEDADES ANÔNIMAS	33
IV – O SIGNIFICADO SEMÂNTICO DA EXPRESSÃO DISSOLUÇÃO	45
V – CONCEITO DE MINORITÁRIO	55
A. MINORIA É SEMPRE BELIGERANTE ?	60
B. PREFERENCIALISTA É MINORIA ?	62
VI – FUNÇÃO SOCIAL, PAPEL SOCIAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL	64
VII – FINALIDADE E FIM	82
VIII – A QUEM APROVEITA O DISPOSITIVO QUE POSSIBILITA A DISSOLUÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO DO FIM ?	84
IX – O QUE VEM A SER O FIM A QUE SE REFERE O ARTIGO 206, II, “b” DA LEI DAS S/A ?	88
X – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA DISSOLUÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO DO FIM	101
XI – ASPECTOS PROCESSUAIS DA DISSOLUÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO DO FIM	110
A. RITO	110
B. PEDIDO	114
C. A DISSOLUÇÃO POR PERDA DA <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i>	119
D. RECESSO OU DISSOLUÇÃO PARCIAL IMOTIVADA. O ACIONISTA TEM LIBERDADE PARA ESCOLHER QUAL CAMINHO SEGUIR ?	122
E. LEGITIMIDADE ATIVA	125
F. LEGITIMIDADE PASSIVA	129
G. A PROBLEMÁTICA DA CITAÇÃO	132
H. CAUSA DE PEDIR	134

I. O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA	135
J. A DISCUSSÃO SOBRE O VALOR DA CAUSA	138
K. CONTESTAÇÃO	144
L. RECONVENÇÃO	149
M. SENTENÇA	152
N. LIQUIDAÇÃO	154
O. APURAÇÃO DE HAVERES	157
XII – ANÁLISE DE CASOS	158
XIII – CONCLUSÃO	181
XIV – BIBLIOGRAFIA	190

INTRODUÇÃO

Vivemos hoje um momento histórico em que é grande a preocupação social. Tal afirmação pode, entretanto, gerar confusão, porque o significado semântico da expressão social é equívoco.

Aliás, Bobbio já advertia, em sua Teoria da Norma Jurídica, que o grande problema a se enfrentar era justamente o da pluralidade de significados dados a uma mesma palavra, o que dificultava tremendamente o trabalho do intérprete ¹.

Pois bem, feito esse parêntese, esclareço que a referência a “social” que aqui se faz não guarda relação alguma com aquele regime de Governo em que há a planificação da vida do cidadão como um todo.

O significado semântico do vocábulo “social” é o de rompimento com o individualismo exacerbado que passou a existir após a Revolução Francesa. Em outras palavras, os negócios jurídicos, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, não são mais vistos e analisados sob o prisma exclusivo dos interesses das partes contratantes.

Com efeito, os interesses das partes diretamente envolvidas continuam a ser importantes, mas deixaram de ser os únicos com os quais o legislador se preocupa.

A partir da promulgação da Carta Política de 1988 e da vigência do Código Civil de 2002, que ratificou esse conceito “social” introduzido no Brasil pela Lei Suprema vigente, os negócios jurídicos passaram

¹ Teoria da Norma Jurídica, 2ª edição revista, São Paulo, Edipro, 2003

a ser examinados dentro de um contexto maior, tomando em consideração os reflexos que geram na coletividade.

Assim, quando se fala que no Brasil há uma grande preocupação social, no fundo o que se está dizendo é que existem limitações à liberdade de agir, de contratar, ao uso da propriedade etc. Mais que isso, a par das restrições que impõe aos direitos individuais, esse apelo social estabelece deveres e outorga alguns ônus aos cidadãos.

Enfim, o que se quer dizer, de uma forma absolutamente sintética e simplória, é que os direitos individuais não são absolutos.

Justamente por isso muitos passaram a questionar aquela antiga afirmação, atribuída a Milton Friedman, de que o fim da sociedade é simplesmente dar lucros aos sócios.

Por outro lado, se não se pode entender que o fim da sociedade anônima é o lucro, cria-se um paradoxo. Explico-me:

Primeiro, porque já no próprio artigo 2º da Lei nº 6.404/76 consta que:

*“Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa **de fim lucrativo**, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.”*

Segundo, porque se o objetivo final da sociedade não pode atualmente ser mais entendido como o de propiciar lucros aos seus sócios, a conclusão a que se chegará é a de que também o artigo 206, II, “b” da Lei das S/A terá sua aplicação reduzida.

De fato, reza o dispositivo acima citado no seguinte sentido:

“Art. 206. Dissolve-se a companhia:

.....
II – por decisão judicial:

.....
b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;”

Ora, se a interpretação que deve ser dada ao artigo 206, II, “b” da Lei em exame for a de que fim da sociedade privada não é o lucro, como compatibilizar esse dispositivo com o que estabelece o artigo 2º do mesmo diploma legal ?

Ademais, deve-se analisar a seguinte questão: se uma sociedade privada desenvolve o objeto social a que se propôs, mas não é superavitária, está ela preenchendo o seu fim ?

Não se pode perder de vista que a sociedade pode não apresentar resultado positivo pelas mais variadas razões, desde conveniências tributárias até questões mais pessoais, como um controlador que quer gozar com exclusividade e, em detrimento dos demais acionistas, dos frutos da atividade desenvolvida pela sociedade.

Dando um exemplo de simplicidade franciscana, imagine-se uma situação em que o controlador é também administrador, ou, ainda, em que pessoas da sua confiança são os administradores.

Essa sociedade hipotética, por outro lado, poderia ser rentável. No entanto, a fim de evitar o resultado positivo, o controlador fixa o pro-labore dos administradores de modo a que a sociedade não tenha lucro.

Nessa situação, a par de ações fundadas eventualmente no abuso do poder de controle, teriam os acionistas, principalmente os que não estão na administração, ou seja, que não recebem pro-labore, direito a pedir a dissolução pelo fato de estarem com seu capital investido em uma sociedade que não distribui resultado ?

Essa não distribuição de resultado corresponderia ao não preenchimento do fim ?

A dissolução deve ser total ou parcial ?

Como compatibilizar a dissolução parcial com o que estabelece o artigo 206, II, “b” da Lei das Sociedades Anônimas ?

Em uma sociedade como a do exemplo dado, deficitária e, quiçá, até mesmo com patrimônio líquido negativo, admitindo-se que o caminho não será o da dissolução total e não havendo no estatuto disposição no sentido de que a avaliação das participações deve ser feita com base no valor econômico, como devem ser calculados os haveres do acionista ?

Agindo racionalmente, dificilmente algum acionista, ainda que aliado da administração e, portanto, privado de qualquer recebimento (pro-labore, dividendo, juros sobre capital próprio etc), teria interesse na extinção de uma sociedade nos moldes hipotéticos acima, isto é, cujo patrimônio líquido é negativo, mormente sabendo que, em vista do papel social, é mais provável que, ao fim e ao cabo, não se decrete a dissolução total,

mas apenas seja assegurado a ele o direito de se retirar da companhia e receber os seus haveres calculados com base nesse patrimônio líquido.

Como, então, compatibilizar o papel social da sociedade, com o direito de o acionista, que está com seu patrimônio imobilizado e nada recebe pelo investimento que fez, dissolver os laços sociais que o jungem à companhia, de modo a que ele receba o justo valor da sua participação ?

Foram todas essas questões e o intuito de buscar respostas às inquietações geradas por essa situação que me fizeram debruçar sobre o tema.

BREVE HISTÓRIA DAS SOCIEDADES

Conforme ensina McNall Burns ², no princípio, ao tempo dos primórdios da civilização, até por natural instinto de sobrevivência, os homens, tão logo começaram a formar os agrupamentos tribais, adotaram o sistema de contribuição individual em prol da coletividade. Nessa sistemática simples, o esforço laborativo de cada um – se é que podemos conceituar como “esforço laborativo” o suprimento das necessidades básicas à própria sobrevivência –, não tinha outro objetivo senão o de garantir a rudimentar subsistência do agrupamento ao qual o indivíduo se encontrava agregado por laços sociais nitidamente frouxos.

Este período, situado à época do homem de *Neanderthal*, os antropólogos modernos sugerem como sendo a origem da cooperação e da vida grupal, talvez até com os rudimentares princípios das instituições sociais.

² História da Civilização Ocidental, 27ª edição, Rio de Janeiro, Editora Globo, 1985, pp. 10-248

Com a evolução da espécie para um estágio mais avançado, embora ainda bastante primitivo, a *revolução neolítica* trouxe um novo ciclo de sobrevivência, quando então, ainda no mesmo estágio do primitivismo, em razão da descoberta e desenvolvimento da agricultura, além da domesticação dos animais, os homens, que até então eram meros *coletores*, passaram a *produtores* de alimentos, garantindo, em certas épocas, não só fontes permanentes de alimentação, como sobras desses produtos.

Este novo entrosamento grupal, por sua vez, em decorrência das mencionadas “sobras” de produção, acabou por consumir o esquema de trocas de bens entre os vários agrupamentos primitivos.

Ainda que por simples presunção, a antropologia sugere que o homem, nesta fase do seu desenvolvimento, apresentou ligeiro progresso intelectual, tanto mais que aparentemente ele sabia contar e, assim, surgiram as primeiras notações numéricas da história da humanidade.

O somatório destas circunstâncias e desses avanços e inclusive a tênue possibilidade da criação de um sistema primitivo de escrita, favoreceu o aumento da população, a estabilização da existência e o desenvolvimento das instituições.

A esse constante aprimoramento do rudimentar, considerando-se como primeiros grandes avanços a domesticação dos animais e o desenvolvimento da agricultura, deve-se à existência estabilizada, o crescimento das povoações e das instituições sociais, estimulando a divisão do trabalho e a prática do intercâmbio.

Caminhando no tempo, sem a preocupação de transpor ordenadamente todas as etapas de formação da atual população

mundial, logo chegamos à acalorada discussão para saber qual das grandes civilizações da antiguidade seria a primeira.

Parece-nos mais provável que a melhor razão esteja nas opiniões ³ que apontam o vale do Nilo como primeira civilização, em detrimento das que indicam a região do Tigre-Eufrates, já que naquele foram encontrados muitos mais artefatos de antiguidade incontestável.

Por outro lado, contribuindo para essa nossa opção, temos que embora ambas as regiões possuísem uma área limitada de solo extremamente fértil, o primeiro, à vista das enchentes do Nilo, permitia, de uma maneira geral, auferir até mesmo três colheitas anuais, circunstância que muito contribuiu à fusão de sociedade compacta, que imprimiu um rápido intercâmbio de idéias e de descobertas, com predominância da civilização que se desenvolveu no vale egípcio.

A economia egípcia, nesta época, fulcrava-se numa base agrária. A agricultura era variada e grandemente desenvolvida, e o solo produzia excelentes colheitas de trigo, cevada, legumes, frutas, linho e algodão.

Desde épocas remotas os egípcios tinham alcançado progressos nas técnicas de comércio. Conheciam elementos de contabilidade e escrituração, seus mercadores emitiam pedidos e recibos de mercadorias, e chegaram a ter, inclusive, um padrão monetário que utilizavam para as transações maiores, sendo que no cotidiano e nos negócios simples entre os camponeses e os cidadãos mais pobres usavam as trocas (ou “o escambo”).

³ Cf., por todos, McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, cit., pp. 10-248

Em um longo salto sobre a cronologia histórica, deixamos de lado outras antigas contribuições econômicas, como a dos sumérios, dos assírios, dos fenícios, entre outras.

Vale ressaltar que estes últimos, embora não tendo sido grandes conquistadores, deixaram sua marca através das artes pacíficas e especialmente do comércio.

Rapidamente chegamos, então, à civilização helenística pelo simples fato de, a seu modo rudimentar, ter imposto uma evolução comparável, em importância, às revoluções comerciais e industriais da era moderna.

A cultura helênica, difundida através das comunicações nascidas dos feitos alexandrinos, atingiu uma vasta área de comércio que ia do Indo ao Nilo. A entrada em circulação do vasto tesouro de ouro e prata proveniente da conquista da Pérsia resultou em uma elevação nos preços dos produtos, num subsequente incremento nas especulações e no estímulo estatal com vistas a aumentar as rendas públicas.

O saldo final desses fatores foi o desenvolvimento de um sistema de produção comercial e de finanças em larga escala, sendo o Estado o principal capitalista e empresário.

A agricultura, neste estágio, foi notavelmente atingida pelos novos desenvolvimentos, principalmente pela concentração estatal da propriedade agrícola e pela degradação da população camponesa. Os sucessores de Alexandre confiscaram as fazendas dos grandes proprietários e acrescentaram-nas aos domínios reais. Estas terras foram, a seguir, concedidas aos seus favoritos ou arrendadas em condições favoráveis à coroa; os rendeiros, por sua vez, embora fossem os verdadeiros donos das riquezas

produzidas, não podiam colocá-las no mercado enquanto a parte auferida pelo arrendamento real não tivesse sido comercializada pelo maior e melhor preço.

Esta subserviência comercial, dada a sua peculiaridade, acabou por criar uma nova classe social, a dos servos hereditários, pequenos produtores atolados em dívidas e sem condições de suportar a competição com a produção em larga escala resultante das rendas reais.

Nesta época, também como demonstração do grande desenvolvimento econômico, no campo das finanças, tornou-se comum uma economia monetária internacional, baseada em moedas de ouro e prata, por todo o Oriente Próximo. Os bancos se desenvolveram, ainda que de propriedade estatal, servindo avidamente às especulações comerciais de todo o gênero.

Paralelamente ao declínio histórico da cultura helenística, uma nova civilização, derivada da grega, começou a desenvolver-se nas margens do Tibre, na Itália, e quando da idade áurea dos gregos, Roma já começara a despontar como potência dominante do mundo civilizado.

Talvez por ordem geográfica, em face da carência de recursos minerais, os romanos estivessem destinados a permanecer um povo essencialmente agrícola durante a maior parte de sua história, nunca desfrutando do estímulo intelectual trazido pelo comércio com o exterior.

De outro lado, quiçá pela topografia da península onde se localizavam, o povo de Roma estava mais preocupado com a possibilidade de invasão de seu território, motivo pelo qual absorveram com maior facilidade os aparatos militares para defender suas próprias conquistas.

Com a vitória dos plebeus sobre os patrícios e o fim da monarquia, os romanos chegaram à República e, por volta de 287 A.C., foi aprovada a chamada Lei Hortênsia, tornando predominantes e assim sobrepondo às deliberações senatoriais as decisões tomadas pelas assembleias.

Esta mudança, que não deve ser mal entendida, não constituiu uma revolução, mas apenas um freio ao poder dos magistrados e uma maior concessão de poder ao homem comum.

Apenas após as Guerras Púnicas, que resultaram na total destruição de Cartago, maior rival mediterrânea de Roma, ocorreu a verdadeira revolução social e econômica no território romano em razão do aumento da escravidão dos povos derrotados e, via de consequência, da mão de obra barata, da desapareção do pequeno lavrador livre, do aumento da população citadina desprotegida, oriunda da substituição da mão de obra campesina pelo escravo, do aparecimento da classe média composta de mercadores, usurários e dos detentores dos contratos governamentais, entre outros.

O povo, então, se dividiu em quatro castas principais: a aristocracia, os éqüites - ou cavaleiros -, os cidadãos e os escravos.

Tentativas de golpes logo destruíram a República e, com a morte de Júlio César, formou-se o Principado, verdadeiramente substituído pelo Império de Otávio, ou Augusto.

Nos 270 anos que se seguiram à morte de Otávio, Roma teve no máximo quatro ou cinco imperadores que mereçam referências positivas. Muitos dos sucessores do fundador do Império Romano

não passaram de déspotas e tiranos que desperdiçaram os recursos estatais e mantiveram uma contínua inquietação.

A causa natural para este aparente estado de permanente convulsão pode ser resultado da ausência de uma legislação definida regulamentando a sucessão hereditária do *Princeps*.

Entretanto, em verdadeiro paradoxo, o maior legado de Roma às culturas que a sucederam foi o seu sistema de Direito. Este sistema, que podemos considerar como tendo sido iniciado a partir da Lei das Doze Tábuas, mais ou menos em 445 A.C., foi ao longo dos tempos paulatinamente aprimorado e modificado em decorrência da alteração dos costumes, dos ensinamentos estóicos, das decisões dos juízes, mas principalmente dos editos dos pretores.

De qualquer forma, o conteúdo da Lei das Doze Tábuas é variado, abarcando tanto o direito público como o privado, o direito sagrado e o processo civil, ainda que sob influência da *Magna Grécia*, ou Itália Meridional, referida lei tenha sido elaborada a partir da compilação das leis não escritas romanas.

Seqüencialmente, outras leis passam a reger as relações jurídicas do povo romano, surgindo assim as *leges rogatae* e as *leges datae*.

As primeiras eram votadas pelo povo, mas de iniciativa de um magistrado e as segundas, já no fim da era republicana, eram regras tomadas em nome do povo por um magistrado em favor das pessoas ou de cidades provinciais.

Segundo Cretella Jr.⁴, embora outras formas de normatizar, tais como o plebiscito, o edito dos magistrados e dos pretores, a equidade etc. sejam as fontes do direito romano propriamente dito, a mais reluzente das contribuições que chegaram aos nossos dias foi, sem dúvida, o *Corpus Iuris Civilis*, ou seja, o conjunto do direito romano, compilado no século VI da era cristã por ordem do imperador Justiniano e, logo a seguir, posto em vigor em todo o império sob seu domínio.

Esta obra abrange o *Digesto*, as *Institutas*, o *Código* e as *Novelas*, às quais foram acrescentadas as 50 decisões (*Quinquaginta Decisiones*) a respeito de pontos controvertidos entre antigos jurisconsultos.

O *Digesto* compreende cinquenta *livros*, distribuídos em sete partes. Os *livros* são divididos em *títulos*, os *títulos* em *fragmentos* e estes em *principium* e *parágrafos*. Os *fragmentos* são numerados e indicam o nome de quem os redigiu, assim como o livro originário.

As *Institutas*, verdadeiro Manual de Direito Privado Romano, dividem-se em 4 livros, os livros em títulos, e estes, por sua vez, estão compilados em parágrafos e em *principium*, com a indicação do assunto tratado.

O *Código*, por sua vez, chamado de *Código Novo*, segundo *Código* ou *Codex repetitae praelectiones*, é o *Código Vetus*, que não chegou aos nossos dias, atualizado desde a sua publicação até o aparecimento do *Digesto* e das *Institutas*.

⁴ Curso de Direito Romano, Rio de Janeiro, Forense, pp. 41-76

Por fim, as *Novelas* representam as novas constituições imperiais, decretadas por Justiniano, nos últimos dias de seu reinado.

Com intuito de preservar suas leis, Justiniano proibiu que se fizessem comentários sobre as mesmas, podendo apenas ser traduzidas literalmente para o grego, circunstância que, entretanto, não impediu a sua posterior adaptação, surgindo, assim, a *Paráfrase das Institutas*, de Teófilo, e as *Basilicatas*, iniciadas pelo imperador Basílio e terminadas por seu filho Leão.

Na Antigüidade, em especial entre os romanos, as sociedades eram reguladas no âmbito do direito civil (não havia um direito específico para os comerciantes). As sociedades dos banqueiros e as dos publicanos, especializadas em contratar com o Estado para arrecadar impostos, serviços e obras públicas, em geral, tinham gerentes que administravam os negócios sociais.

Segundo Lamy Filho e Bulhões Pedreira, “o direito romano era baseado na conservação, e não na acumulação de riquezas, era pré-ordenado para o gozo dos bens, e não para o lucro – o ideal era a segurança e a estabilidade, para a classe dirigente, no direito de propriedade imobiliária.”⁵

É indubitável, no entanto, a perenidade do direito romano, não podendo a sua atualidade ser negada, porquanto qualquer estudo mais aprofundado das instituições jurídicas sempre encontra seus protótipos no direito romano.

⁵ A lei das S/A, Vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, p. 24

Todavia, em face das particulares características do sistema econômico romano, o direito não chegou a reconhecer a sociedade como uma entidade, nem como sujeito de direito, posto que aquela se exauria na própria relação contratual de seus participantes.

Exatamente por isso, com exceção de alguns institutos de direito marítimo, a pobreza do legado romano com relação a tais normas jurídicas específicas.

A par da contemporaneidade de citadas circunstâncias, é relevante lembrar que no Oriente, com a dominação do exército de Maomé na região de Meca, em 630 D.C., todas as antigas formas de comércio foram mantidas.

O Corão admitiu os contratos de associação (*shirka al akd*), os contratos de sociedade, as sociedades de capitais, as sociedades de trabalho, as sociedades de “alta consideração”, a sociedade em comandita, o contrato de sementeira e o de irrigação ⁶.

Há controvérsias sobre serem estes os primeiros relatos sobre a existência dos contratos de sociedade tais como os conhecemos em nossos dias.

De outro lado, é paupérrima a literatura sobre o desenvolvimento e aprimoramento das sociedades nos primórdios da raça humana.

De qualquer forma é sempre bom ter em mente, como afirmou Churchill, que em História “um dos fatores mais traiçoeiros é a tendência que têm os historiadores de construir uma História exclusivamente

⁶ Attali, Jacques, *Os judeus, o dinheiro e o mundo*, Editora Futura, 2003, p. 157

fora dos registros a que tiveram acesso” ⁷, razão pela qual as assertivas mais contundentes ora formuladas, por vezes, podem pecar pela falta de melhores fundamentos.

O Direito Comercial, como verdadeira ciência jurídica, remonta à Idade Média, quando, nas cidades medievais, surgiram as primeiras feiras e as corporações profissionais.

Naquela época, o crescimento do comércio nas cidades originou a figura e a profissão de comerciante e, em seguida, da classe burguesa que acabou por se confrontar com os senhores feudais.

De acordo com Rubens Requião, “É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes...Temos, nessa fase, o período estritamente subjetivista do direito comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao direito territorial e civil, e consuetudinário.” ⁸

Os comerciantes elaboravam as leis que lhes seriam aplicadas pelos cônsules, também comerciantes, que tinham função jurisdicional dentro das próprias corporações.

Somente os membros dessas corporações estavam sujeitos à jurisdição consular e aos costumes formados e difundidos pelos mercadores.

⁷ Dobbs, Michael, *A vitória de Churchill*, Record, 2007, p. 135

⁸ Curso de Direito Comercial, Vol. 1, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 10

Esta fase do desenvolvimento histórico do Direito Comercial é classificada como a da teoria subjetiva porque somente aqueles que estavam matriculados nas corporações eram considerados comerciantes, e somente estes tinham acesso aos tribunais do comércio.

Contudo, começou-se a perceber que nem toda a vida e a atividade do comerciante eram absorvidas pelo exercício profissional do comércio, impondo-se a necessidade de se delimitar o conceito da matéria comercial.

Além disso, verificou-se também a generalização do uso de alguns institutos por não comerciantes (a letra de câmbio, entre outros), o que demonstrou a inadequação da teoria puramente subjetiva como limitante para a aplicação das normas e prerrogativas mercantis.

A partir daí, iniciou-se a formação e a expansão do conceito objetivista calcado sobre os atos de comércio.

A proposta dessa teoria foi a de alterar o modo de classificar o comerciante de forma puramente subjetiva (aquele que estava matriculado nas corporações, que tinha acesso aos tribunais do comércio), para um critério mais objetivo (praticar determinado ato de comércio de forma profissional).

Assim, após o surgimento desse novo conceito objetivo, comerciante era aquele que praticava atos de comércio, tendo sido tal classificação o principal instrumento utilizado pela burguesia comercial européia em sua participação na exploração colonial.

É o exercício profissional da mercancia que fará com o que o comerciante seja considerado como tal, afastando, destarte, a restrição oriunda da matrícula e do acesso aos tribunais corporativos.

O marco histórico desta teoria é o Código Napoleônico de 1807.

A orientação dita objetiva do Código Francês de 1807 acabou sendo seguida por vários outros códigos, tais como o Código Comercial Espanhol de 1829, o Português de 1833, o Brasileiro de 1850, o Código Comercial Italiano de 1882, e outros.

Inspirada nos ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – a proposta foi direcionada no sentido de abarcar para o direito comercial todos aqueles que se dedicassem à atividade mercantil, independentemente de estarem ou não afiliados a alguma corporação de classe.

Estas corporações classistas eram normalmente particulares e sua fundação dependia da autorização de cartas régias, mas o próprio Estado muitas vezes figurava como acionista.

Na Idade Média, nas cidades italianas, surgiram as sociedades por ações.

Nessa mesma época foi, também, que se iniciou a limitação da responsabilidade dos sócios. A preocupação de ocultá-los teria surgido em razão da proibição da prática de comércio a determinadas classes de pessoas, estabelecida por regras éticas e canônicas: nobres, senadores, magistrados e militares.

De qualquer forma, acompanhando a evolução histórica do homem, constata-se que o seu desenvolvimento socio-econômico foi galgado de forma gradativa.

Visando reunir forças e bens para repartir vantagens, surgem as primeiras formas de sociedade.

De simples comunhão de momento, passou a ter regras e princípios próprios, tendo, no direito, o transformador das necessidades sociais em leis: “Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes” (Código de Manu, artigo 204).

É verdade que as sociedades não eram movidas exclusivamente pela convergência de interesses, mas também por necessidades familiares. Daí a utilização da sociedade em nome coletivo para dar continuidade ao negócio do mercador falecido ou, ainda, como forma de os herdeiros explorarem, em conjunto, os bens herdados, dando origem a “*societas*”.

A sociedade com ocultação de sócio possibilitou o aperfeiçoamento da sociedade em comandita simples. No entanto, com os abusos decorrentes, principalmente na liquidação dos patrimônios dos comerciantes insolventes, foi que, no século XV, as corporações de mercadores italianos passaram a exigir contratos para registrar esse tipo de sociedade, a qual passou a ter um papel jurídico definido.

Com grande vantagem sobre as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples difundiram-se consideravelmente.

No entanto, em meados do século XVII, com a política de colonização e a formação do capitalismo mercantil, surgem os grandes capitais (Estado e iniciativa privada), que tinham por objetivo dominar a América, Índia e África, originando, assim, as primeiras formas de sociedades por ações.

Nos tempos modernos, com o desenvolvimento oceânico e a perspectiva da exploração da América e da Ásia, diante da promessa de grandes lucros, os comerciantes atlânticos, principalmente da Inglaterra e da Holanda, passaram a se utilizar desta forma de organização para se lançar no novo campo de atividade, que exigia grandes investimentos, sem, todavia, identificar os verdadeiros donos dos capitais.

A carta régia que autorizava uma companhia de comércio a funcionar estipulava seus direitos e deveres. Recebiam autorização para explorar uma determinada região de forma monopolista, no sentido mais amplo, até a soberania de ação do Estado mãe.

Entre outros, os principais direitos conferidos a estas companhias estavam os de armar e equipar esquadras, manter suas próprias forças armadas, assinar tratados, ter representação diplomática, declarar a guerra e assinar a paz, distribuir justiça, e, ainda, arrecadar impostos.

Na metrópole eram apenas companhias particulares sujeitas aos tributos e fiscalização governamental, enquanto, no Novo Mundo, podiam agir como o próprio Estado de sua origem.

Esta organização apresentava grandes vantagens às duas classes sociais que dividiam entre si as riquezas do Estado, isto é, a burguesia comercial e a nobreza, esta na condição de titular e dona das terras.

Esta peculiar situação só se desenvolveu a partir daqueles Estados onde existia uma burguesia comercial rica, capaz de suportar os investimentos iniciais.

As primeiras e maiores sociedades foram as inglesas. A Inglaterra já as possuía em meados do século XVI, e disputavam com a Liga Hanseática, dos comerciantes holandeses, o mar do Norte e o Báltico.

A partir de 1550 foram fundadas várias sociedades especialmente dedicadas ao comércio com a Rússia, com Veneza e com o Levante.

A primeira sociedade destinada a explorar o então mundo colonial foi a Companhia das Índias Orientais (1600 – 1858).

Destinada a concorrer com os holandeses na exploração das Molucas, estabeleceu-se na Índia, fundou vários entrepostos nas costas hindus e através de guerras e tratados dominou soberanamente quase toda a região.

Apenas com a rebelião dos sipaios em 1857 é que foi extinta, passando então a Índia à administração direta da Inglaterra.

A Hudson's Bay Company, fundada em 1670 também pelos ingleses, ainda existe no Canadá. Por muito tempo controlou as terras que davam para a baía que leva seu nome e monopolizou o comércio de peles no norte daquele país, sendo certo que ainda hoje, após sua fusão em 1821 com a North West Company, de Montreal, domina o comércio de peles e

se dedica, entre outras atividades, ao comércio varejista no estilo de enormes lojas de departamentos.

Em 1602, por sua vez, o governo holandês e sua burguesia fundaram a Companhia Holandesa das Índias Orientais, cuja base de operações era a ilha de Java. Esta sociedade travou guerras contra os portugueses, ingleses e franceses para expulsá-los das ilhas da Indonésia.

Em 1652 estabeleceu-se no Cabo da Boa Esperança e assim dominava a principal rota marítima entre o Atlântico e o Índico. Patrocinou explorações à Austrália, o comércio com a China e com o Japão, sendo extinta em 1798.

A outra foi a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, fundada em 1621, cuja finalidade principal era o comércio com o Brasil. Foi extinta em 1674.

A França também organizou sociedades desse tipo, sendo a mais importante a Companhia Francesa das Índias Orientais, constituída em 1664. Disputou com os ingleses o domínio da Índia, sendo extinta em 1770.

As francesas tiveram grande sucesso principalmente nas Antilhas e na costa da África, tendo sido, contudo, muito prejudicadas pelo mercantilismo francês e por manipulações financeiras.

Outros países e cidades também as tiveram, principalmente a Dinamarca, a Suécia, o Flandres, Hamburgo e Bremen.

Portugal fez quatro tentativas de organizar sociedades desse tipo para explorar o Brasil. No entanto, todas fracassaram e a

razão do repetido insucesso foi a escassez de capitais disponíveis, dada a inexistência de uma burguesia comercial suficientemente rica.

Dentro do contexto das sociedades comerciais, é necessário fazer uma sumária distinção entre sociedade, associação e companhia.

A sociedade, assim conceituada, é uma entidade formada por duas ou mais pessoas com objetivos econômicos.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as sociedades eram divididas em comerciais (praticando atos de comércio, isto é, atos de mediação entre o produtor e o consumidor, de forma habitual, visando lucro) e civis (praticam atos civis, isto é, a colonização, a agricultura, os imóveis, a prestação de serviços).

A associação é uma entidade de fins não econômicos, sendo certo que seus integrantes, denominados associados, estão legalmente isentos de obrigações e direitos recíprocos (artigo 53, CC).

Anteriormente, ao tempo do Código Comercial de 1850, a expressão “associação” foi utilizada de modo generalizado, inclusive como sinônimo da sociedade comercial, tal qual encontramos na redação do artigo 290, que dispunha: "Em nenhuma associação mercantil se póde (sic) recusar aos socios (sic) o exame de..."

No entanto, no direito moderno, ficou definitivamente afastada a existência de fins econômicos na associação, tendo, a partir daí, apenas fins ideais, como por exemplo, as associações científicas, literárias, religiosas, beneficentes e recreativas.

De outra banda, a expressão “companhia”, utilizada pelo Código Comercial para diferenciar as sociedades anônimas das demais sociedades comerciais (artigo 287) poderia levar à conclusão de que a companhia (sociedade anônima) não seria, em essência, uma sociedade comercial.

Entretanto, essa interpretação não resiste ao confronto com as disposições legais posteriores, nas quais a mesma expressão foi utilizada para a formação das razões sociais das sociedades em comandita simples (Decreto nº 916 de 24.10.1890, art. 2º, §2º), em nome coletivo (Decreto nº916, art. 4º) e da própria sociedade anônima (Decreto nº434 de 04.07.1891, art. 14).

Todavia, a modernidade da evolução legislativa resultou na edição do novo Código Civil Brasileiro, que regula o "Direito de Empresa" no seu Livro II, marcando, assim, o abandono do sistema tradicional edificado pelo Código Comercial de 1850, baseado na figura do comerciante e do exercício profissional dessa atividade – teoria dos atos de comércio – passando a adotar, para definir a abrangência do novo sistema jurídico, a figura do empresário e da atividade empresarial – teoria da empresa.

Com esta novidade, a figura do comerciante deixou de ser o núcleo definidor, vez que foi alçado, em igualdade, às demais atividades produtivas (indústria e serviços) e, assim, passou a trafegar em um mesmo patamar econômico, qual seja, o da empresa organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados.

Resultado dessa alteração é que o próprio Direito Comercial sofreu profunda reestruturação, sendo alterada, inclusive, sua própria denominação, que passou a ser o "Direito de Empresa", ou "Direito Empresarial", com abrangência significativamente maior que a anterior.

Para facilitar o entendimento desta substancial alteração, é importante enfocar, ainda que de maneira sucinta, a evolução do Direito Comercial brasileiro, objetivando demonstrar as teorias que explicaram a incidência das normas comerciais nas diferentes épocas, até o surgimento da Teoria da Empresa e sua implantação com o novo Código Civil Brasileiro.

Nascido em meados do Século XIX, o então Código Comercial Brasileiro resultou dos cânones do direito francês, dele tendo aproveitado a teoria dos atos de comércio, quando subjetivamente definiu, em seu art. 4º, que comerciante é todo aquele que esteja matriculado em algum Tribunal do Comércio do Império e que, além disso, faça da mercancia sua profissão habitual.

O código, portanto, não se refere apenas aos atos de comércio, mas, de modo significativo, à mercancia, atividade esta que só foi definida pelo Regulamento 737, no seu art. 19, no qual se encontram enumeradas determinadas atividades.

É evidente que há uma dificuldade na teoria dos atos de comércio, porquanto é quase impossível estabelecer um conceito jurídico-científico para a natureza destes atos.

A ausência desse critério para definir o ato de comércio gera situações conjunturais incompatíveis com a economia moderna, na medida em que facilita a exclusão de uma enormidade de atividades econômicas, afastando-as, desse modo, do âmbito das normas comerciais.

No entanto, numa visão simplista, o ato de comércio ficou sendo aquilo que o legislador previamente estabeleceu. O que

não coubesse na aludida definição legal seria, por contrário, ato civil e, conseqüentemente, não se encontrava sujeito às normas e prerrogativas comerciais.

Essa dificuldade conceitual dos atos de comércio gerou distorções na aplicação das normas do Direito Comercial, limitando sobremaneira a matéria do comércio, não abrangendo, destarte, atividades econômicas tão ou mais importantes que o simples comércio de bens, intermediação de vendas ou mediação especulativa entre a oferta e a procura de mercadorias.

Exatamente por isso tornou-se insustentável, pela evolução da própria economia, negar as características comerciais das demais atividades econômicas desenvolvidas de forma organizada e em grande escala, tais como a prestação de serviços, a agricultura, a negociação imobiliária, entre outras.

De outro lado, o entendimento destas atividades como desconectadas das razões do comércio implica em distorção da realidade, uma vez que as afasta das normas e prerrogativas comerciais específicas, tais como o direito ao favor da concordata, hoje recuperação judicial, e a sujeição ao regime falimentar.

Também é verdade que foi inócuo criar leis esparsas para declarar certas atividades como sendo comerciais, visando incluí-las sob a ingerência do Direito Comercial, como foi feito em relação à construção civil (Lei nº 4.068/62), à incorporação imobiliária (Lei nº 4.591/64), às empresas de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), entre outras, para solucionar estas discrepâncias, em face da dinâmica inovadora dessas e de outras atividades, a exigir a renovação do próprio direito comercial como um todo.

Desse impasse, entre a celeridade das novas atividades e o firme e intransponível balizamento imposto pela normativa comercial imperial, surgiu a moderna teoria da empresa, buscando ampliar o campo de incidência do Direito Comercial.

ALGUMAS FORMAS DE CLASSIFICAR AS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Quando se fala em sociedade anônima, logo vem à cabeça do interlocutor, principalmente daqueles não afeitos ao Direito Comercial, a idéia de que se está tratando de um grande empreendimento. Entretanto, nem sempre é disso que se trata.

Com efeito, existem sociedades anônimas abertas e fechadas, de pessoas e de capital ⁹, que exploram atividades de pequeno e grande porte.

Apesar de à primeira vista tal afirmação parecer paradoxal, visto que as sociedades anônimas foram conceituadas como sociedades de capital e, em sua origem, concebidas para a exploração de empresas de grande envergadura ¹⁰, na prática esse tipo societário passou a ser utilizado, como dito, para as mais variadas concepções de negócios e estruturado, em algumas situações, apenas com pessoas de uma mesma família.

Em reforço a tal afirmação, citamos as palavras de Pontes de Miranda: "... nem se há de repetir o que, através de tanto

⁹ Pontes de Miranda diz que a classificação é entre sociedades de pessoas e por ações. Veja-se: "A sociedade por ações é sociedade que fica em frente das sociedades de pessoas. A distinção, que se há de fazer, é entre sociedades por ações e sociedades de pessoas, e não entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais..." (*in* Tratado de Direito Privado, Tomo I, 3ª edição, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, p. 16)

¹⁰ Lamy Filho e Bulhões Pedreira relatam que "Os descobrimentos criaram a necessidade de organizações com escala muito superior à das unidades produtivas então conhecidas..." (*in* A lei das S/A, Vol. I, op. cit., p. 32)

tempo, se tem dito: que a sociedade por ações é, necessariamente (sic), sociedade capitalística, em que se exclui qualquer *intentos personae*. Para se ver como tudo isso é superficial e gera confusões, pense-se nas sociedades por ações que há nos clubes e nas sociedades por ações que têm fins somente de diversão ou de caridade.”¹¹

Comunga do mesmo pensar Rubens Requião, quando diz que “... não se pode cogitar do instituto das sociedades anônimas dentro de um conceito genérico e unitário. Não existe apenas uma espécie de sociedade anônima. Ao revés, a doutrina moderna tende a distinguir duas espécies, com contornos, estruturas, finalidades e estilos perfeitamente distintos. Impõe-se com efeito a distinção entre as *sociedades anônimas abertas* e as *sociedades anônimas fechadas*.”¹²

Evidentemente que quando se fala de sociedade anônima aberta, normalmente está se referindo a empreendimentos de grande vulto, até porque a própria negociação de valores mobiliários na bolsa de valores ou no mercado de balcão, em tese, propicia que a sociedade tenha acesso a uma quantidade maior de recursos, o que, conseqüentemente, lhe daria mais condição para explorar atividades que demandam maiores investimentos.

Não obstante, também é preciso tomar cuidado para não generalizar conceitos, pois, da mesma forma que existem sociedades que se estruturam sob a forma anônima fechada e, mesmo assim, dispõem de recursos abundantes para a empresa que exercem, ou seja, não precisam se socorrer da poupança popular para se capitalizar, também há sociedades anônimas abertas, as quais, justamente porque estão no mercado

¹¹ Tratado ..., op. cit., Tomo L, p. 16

¹² Revista de Direito Comercial, pp. 18-25

bursátil não conseguem os valores de que necessitam para bem exercer seu objeto social.

Essa situação pode decorrer das mais variadas razões, tal como, por exemplo, o descrédito, que faz com que seus valores mobiliários ou não sejam negociados ou sejam por valores bem abaixo do valor econômico das ações.

É importante aqui fazer um parêntese para explicar que muito embora tenha sido dito que, em alguns casos, pelo fato de a sociedade ter suas ações negociadas na bolsa, não logra obter os valores que necessita para bem exercer seu objeto social, não se está confundindo o mercado primário com o secundário, como à primeira vista pode parecer.

De fato, não se desconhece que o produto da negociação das ações na bolsa de valores, via de regra, não aproveita à sociedade, isto porque, a grande maioria das transações é feita entre acionistas ou entre esses e terceiros, de modo que o valor recebido da compra e venda das ações nesse mercado secundário não ingressa nos cofres da sociedade, mas no patrimônio pessoal do acionista que as negociou.

Portanto, se o acionista comprou as ações da companhia por um dado valor e, posteriormente, só encontrou nos pregões da bolsa de valores quem as comprasse por menos do que ele pagou, quem terá prejuízo na operação será o acionista. Da mesma forma, se no mercado houver interessados em pagar mais por aqueles valores mobiliários, quem terá ganhos com o negócio será, de igual modo, o acionista.

Entretanto, quando a sociedade abre ou aumenta seu capital, através de uma oferta pública de ações, emissão de novas ações etc, ou seja, quando a negociação se faz no mercado primário, que

nada mais é do que a compra e venda de valores mobiliários diretamente da companhia, quem recebe o preço de emissão é a sociedade.

Essa, destarte, a razão pela qual se disse que há sociedades anônimas abertas, as quais, justamente porque estão no mercado bursátil, não conseguem os valores de que necessitam para bem exercer seu objeto social. Explico-me:

Se a companhia hipotética não contar com credibilidade ou, ainda, o contexto econômico não for favorável, de nada adiantará a emissão de ações para se capitalizar, pois, de duas uma: ou não encontrará compradores dispostos a pagar o preço de emissão ou, mesmo que alguns investidores resolvam subscrever tais valores mobiliários, a sociedade pode se deparar com um outro problema, qual seja, não haver a procura esperada e necessária para o sucesso da emissão e o alcance dos fins buscados por ela.

Não se está sequer cogitando a hipótese de não existirem interessados suficientes para subscrever todas as ações emitidas, pois, nesse caso, a operação de aumento de capital restaria necessariamente inviabilizada.

A questão é outra. Imaginemos que a instituição financeira contratada para coordenar a oferta pública tenha se obrigado (em qualquer de suas modalidades: cláusula firme ou cláusula com garantias de sobras) a propiciar que a emissão prosperasse. Pois bem, mesmo nessa hipótese, a despeito de o ato ter a garantia de conclusão dada pelo banco com quem se contratou o serviço de *underwriting*, diz-se que a colocação pública das ações será exitosa somente se houver uma procura tamanha que o número de reservas dos interessados supere a quantidade de ações emitidas.

Não por outra razão, quando o mercado acionário está em alta, muitas companhias se animam a fazer emissões, a fim de se aproveitar do momento. Por outro lado, quando a bolsa de valores está em queda ou em baixa, diversas sociedades que se preparavam para abrir seu capital ou emitir novos valores mobiliários, preferem suspender temporariamente seus planos e aguardar um contexto mais favorável, receosos de que se fizessem o lançamento naquela conjuntura, muito provavelmente não alcançariam seu objetivo ou, no mínimo, deixariam de ter um retorno maior.

Um outro aspecto que não se pode olvidar é o do fechamento de capital. Renato Ventura Ribeiro expõe alguns dos motivos que levam as companhias a seguir esse caminho: “No caso brasileiro, os custos de manutenção do capital aberto, agravados por dificuldades de captação de recursos via mercado de capitais, levam inúmeras companhias abertas de menor porte a fechar o capital.”¹³

Pois bem, fechado esse parêntese, imperioso se faz, para sistematizar esta dissertação, esclarecer quais seriam as companhias denominadas abertas e o que se entende por sociedades anônimas fechadas.

Valemo-nos, para tanto, das palavras de Fábio Ulhoa Coelho: “A principal classificação das sociedades anônimas divide-as em *abertas* e *fechadas*. Na primeira categoria, encontram-se aquelas cujos valores mobiliários são admitidos à negociação nas bolsas de valores ou mercado de balcão; na outra, estão as demais, isto é, as que não emitem valores mobiliários negociáveis nesses mercados (LSA, art. 4º).”¹⁴

¹³ Exclusão de sócios nas Sociedades Anônimas, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 276

¹⁴ Curso de Direito Comercial, Vol. 2, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 66

Do mesmo modo, necessário esclarecer o que seriam sociedades de pessoas e de capital. Mais uma vez, recorremos ao magistério de Fábio Ulhoa Coelho:

“O primeiro critério de classificação das sociedades empresárias é o que leva em conta o grau de dependência da sociedade em relação às qualidades subjetivas dos sócios (classificação que repercute nas condições de alienação da participação societária, penhorabilidade desta e consequências da morte de sócio). Segundo esse critério, as sociedades podem ser *de pessoas* ou *de capitais*. Evidentemente, não existe sociedade sem a presença desses dois elementos (sócios e capital), de forma que a classificação aqui examinada diz respeito à prevalência de um deles sobre o outro. Quer dizer, em algumas sociedades, a realização do objeto social depende fundamentalmente dos atributos individuais dos sócios, ao passo que, em outras, essa realização não depende das características subjetivas dos sócios. Nas primeiras, a pessoa do sócio é mais importante que a contribuição material que este dá para a sociedade; nas últimas, opera-se o inverso: as aptidões, a personalidade e o caráter do sócio são irrelevantes para o sucesso ou insucesso da empresa explorada pela sociedade.”¹⁵

Rubens Requião, da mesma forma, destaca o fato de existirem sociedades anônimas que não são constituídas *cum intuitus pecuniae*, como se verifica pelo trecho abaixo reproduzido:

¹⁵ Curso..., *op. cit.*, Vol. 2, p. 23

“Afirma-se que as sociedades anônimas são constituídas *cum intuitus pecuniae*. Não é bem assim: vale esclarecer. Nem todas as sociedades anônimas são constituídas tendo em consideração apenas o *capital*; muitas, a maior parte delas, se forma *cum intuitus personae*. Assim é no Brasil, e em outros países. A estrutura jurídica da sociedade anônima se presta, também, excelentemente, para os intuitos pessoais dos acionistas, inclusive tendo em consideração interesses de grupo familiar.

A sociedade anônima pode formar-se, portanto, tendo em vista a pessoa dos sócios. Não visa, na sua constituição, somente à coleta de recursos financeiros no mercado, para a formação de seu capital. Interessa-lhe sobretudo a permanência do grupo personalista.”¹⁶

Renato Ventura Ribeiro, por seu turno, reforça a distinção quando frisa que: “nem sempre se pode associar sociedade de capital fechado com relação *intuitus personae* entre os sócios.”¹⁷

No mesmo passo, distingue companhias familiares das sociedades fechadas:

“Até pouco tempo no Brasil eram comuns as chamadas ‘companhias familiares’. Parte da doutrina identifica a vulgarmente chamada ‘sociedade familiar’ como espécie de companhia fechada, quando

¹⁶ Revista..., op. cit., p. 25

¹⁷ In Sociedade Anônima - 30 anos da Lei 6.404/76, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 192

constituída sob a forma anônima por pessoas ligadas por laços familiares.

.....
Mas o conceito de sociedade familiar deve ser buscado no controle e não na figura dos sócios, considerando-se familiar a sociedade controlada exclusivamente ou em sua maioria por pessoas (ou sociedades controladas por pessoas) vinculadas por laços familiares.”¹⁸

E assim como não são equivalentes os conceitos de sociedade familiar e companhia fechada, também não é correto afirmar que aquelas têm, necessariamente, *intuitus personae*. Como também explica Renato Ventura Ribeiro, “Apesar do vínculo pessoal dos sócios, a companhia familiar não é *intuitus personae*, caso não tenha restrição à circulação de ações ou prestações acessórias.”¹⁹

Pois bem, com o passar do tempo e a verificação de que os critérios clássicos não mais permitiam distinguir satisfatoriamente as companhias, haja vista a plêiade de características diversas que se apresentavam, mesmo, por exemplo, entre duas sociedades abertas, novas classificações foram criadas.

Comparato aborda a questão da seguinte forma: “Já a nova lei acionária de 1976 procura, no desdobramento da distinção entre as companhias abertas e fechadas, alargar o campo de incidência efetiva de suas normas, ajustando-se às situações variáveis da realidade econômica.

¹⁸ Exclusão..., *op.cit.*, p. 81

¹⁹ Exclusão..., *op.cit.*, p. 83

Mas essa distinção normativa básica da Lei nº 6.404 não coincide, exatamente, com a separação entre macro e micro-empresa.”²⁰

E conclui: “Em relação a esta última, ainda se pode reconhecer a primazia do interesse particular dos sócios – e mesmo a *affectio societatis* em seu relacionamento recíproco. No que tange, porém, à macrocompanhia de capital aberto, isto é impossível. Além dos interesses dos acionistas, que já não são homogêneos, deve aduzir-se o dos empregados e colaboradores autônomos da empresa, o da comunidade em que atua e o próprio interesse nacional, por vezes.”²¹

Renato Ventura Ribeiro mais uma vez faz questão de esclarecer que macrocompanhia não é sinônimo de sociedade aberta, assim como microcompanhia não é necessariamente fechada, *verbis*:

“Não se pode incorrer no erro de associar macrocompanhia com sociedade aberta e de microcompanhia com sociedade fechada. Muitas pequenas sociedades anônimas abrem o seu capital, para captação de recursos no mercado de capitais. Por outro lado, há macrocompanhias com capital fechado. Com a mundialização da economia, verifica-se um processo de fechamento de capital de grandes sociedades, algumas com tradição de muitos anos e de considerável liquidez nas bolsas de valores. É justificado o fechamento do capital de sociedades adquiridas por grupos estrangeiros, inclusive por privatizações, pois o acesso ao mercado de capitais é feito através de suas controladoras, as empresas

²⁰ O Poder de Controle na Sociedade Anônima, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 558

²¹ O Poder..., *op.cit.*, p. 558

matrizes, de capital bem mais elevado e com condições de captação de recursos superiores no país de origem, cujo volume movimentado no mercado de capitais movimenta (sic) é bem maior.”²²

Há também uma outra classificação relativa às sociedades empresárias que se faz importante conhecer para entender o raciocínio e as conclusões a que chegaremos ao término desta dissertação.

Esse critério classificatório divide as sociedades em contratuais e institucionais. As sociedades contratuais, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, “são constituídas por um contrato entre os sócios. Isto é, nelas, o vínculo estabelecido entre os membros da pessoa jurídica tem natureza contratual, e, em decorrência, os princípios do direito dos contratos explicam parte das relações entre os sócios. As institucionais também se constituem por um ato de manifestação de vontade dos sócios, mas não é este revestido de natureza contratual. Em decorrência, os postulados da teoria dos contratos não contribuem para a compreensão dos direitos e deveres dos membros da sociedade.”²³

Francesco Galgano, por seu turno, distingue as duas teorias da seguinte maneira:

“Teoria istituzionalistica. Della teoria istituzionalistica – sorta in Germania dopo la prima guerra mondiale e diffusa un po’ ovunque, anche in Italia – si è già avuto occasione di dire (7.1.): per essa l’interesse della società transcende l’interesse personale dei soci e si identifica nell’interesse dell’<<impresa in sé>>, ossia

²² Exclusão..., *op.cit.*, p. 65

²³ Curso..., *op. cit.*, Vol. 2, pp. 25-26

nell'interesse all'efficienza produttiva dell'impresa, vista come strumento di sviluppo economico generale, mentre l'interesse dei soci viene collocato in posizione subordinata e marginale.

.....
Teoria contrattualistica. Alla teoria istituzionalistica si suole contrapporre una teoria contrattualistica della società per azioni, la quale nega che l'interesse sociale sia um interesse superiore a quello dei soci e lo concepisce, all'opposto, come l'interesse comune dei soci, a sua volta identificabile nell'interesse <<tipico>> del socio <<medio>>.”²⁴

Da conjugação das definições acima transcritas, intuitivamente poderíamos concluir que as sociedades anônimas são institucionais. Entretanto, não é bem assim. Há companhias que tem um estatuto com caráter absolutamente contratual, como veremos adiante.

Evidentemente que esse não é o caso das macrocompanhias, mas inúmeras microsociedades anônimas têm característico traço contratual e o direito não pode fechar os olhos para a realidade.

Corroborando o quanto restou afirmado o fato de que o próprio Rathenau, que foi quem elaborou a teoria institucionalista, alertou que não são todas as companhias que têm interesses que se desvinculam daqueles que os acionistas individualmente considerados possuem.

Para ele próprio, o aspecto institucional se verifica apenas nas sociedades de grandes dimensões, não naquelas que apesar de terem sido constituídas sob a forma anônima têm poucos sócios e

²⁴ Diritto commerciale – Le società, 15ª edição, Bologna, Zanichelli, pp. 159-160

ostentam características de sociedades familiares e *intuitus personae*, como se infere do trecho abaixo transcrito, *verbis*:

“Dall’osservazione dei fenomeni che accompagnano lo sviluppo della grande impresa sotto forma di società per azioni, il Rathenau trae la conclusione che la forma giuridica a quella adattata, ma sorta per imprese familiari o esercitate in comune da pochi soci, non è più adeguata al profondo mutamento di contenuto che si è così verificato (8). L’impresa di grandi dimensioni, staccandosi dai soci-proprietari e dai loro interessi privati (9), viene ad assumere rilevanza propria, come elemento dell’economia collettiva (10). Essa deve essere lasciata libera di perseguire i propri fini, che sono quelli di costruire ricchezza per la comunità, di offrire lavoro, di migliorare la tecnica e favorire il progresso scientifico...”²⁵

Por fim, faz-se necessário distinguir também as sociedades anônimas privadas das públicas e as estatais das particulares. Nesse sentido Fábio Ulhoa Coelho assinala:

“As pessoas jurídicas são classificadas, inicialmente, em dois grandes grupos, as de direito público e as de direito privado (CC/2002, art. 40; cc/16, art. 13). O critério distintivo não reside, como poderia parecer à primeira vista, na origem dos recursos empregados em sua constituição. Há pessoas jurídicas de direito privado constituídas exclusivamente por recursos

²⁵ L’interesse sociale, Milano, Giuffrè Editore, 1972, p. 18

públicos, como as empresas públicas, e há pessoas jurídicas de direito público constituídas apenas por recursos particulares, como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil ou os conselhos profissionais.

.....

O traço diferencial das pessoas jurídicas de direito público e privado reside no *regime jurídico* a que se submetem. As primeiras (União, estados, autarquias, concessionárias de serviços públicos etc.) encontram-se no âmbito de disciplina do direito público, e as últimas, no do direito privado.

.....

As pessoas jurídicas de direito privado dividem-se em duas categorias: de um lado, as estatais; de outro, as particulares. Para essa classificação, interessa a origem dos recursos empregados na constituição da pessoa, posto que são estatais aquelas para cujo capital houve contribuição do Poder Público (sociedades de economia mista, empresas públicas criadas para exploração da atividade econômica e fundações governamentais) e particulares as constituídas apenas por recursos particulares.”²⁶

O SIGNIFICADO SEMÂNTICO DA EXPRESSÃO DISSOLUÇÃO

O vocábulo “dissolução”, assim como o fim a que se refere o artigo 206, II, “b” da Lei das Sociedades Anônimas, o qual interpretaremos adiante, é plurívoco. O termo é usado pelo legislador ora como

²⁶ Curso..., *op.cit.*, Vol. 2, pp. 11-12

significando o ato que dá início à liquidação, ora como sinônimo de extinção, ora como o procedimento como um todo.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa:

“O conceito de dissolução suscita divergências na doutrina. Uma primeira vertente entende que a dissolução equivaleria à extinção. Segunda vertente considera a dissolução um momento que equivale à cessação da atividade negocial da companhia, e o ponto de partida para sua liquidação e seqüente extinção. E há uma terceira tendência, que empresta à dissolução um significado amplo, abrangendo todo o período que vai da declaração que determina a cessação da atividade negocial da sociedade até a liquidação definitiva de seu patrimônio, partilha e extinção.”²⁷

Fábio Konder Comparato, fulcrando-se na doutrina de Larenz, já diagnosticava que determinar o sentido das expressões verbais utilizadas na lei era, por si só, uma das primeiras dificuldades que o intérprete precisava enfrentar. Com efeito, em artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, explica o porquê dessa sua afirmação, *verbis*:

“Na descrição da hipótese normativa, o legislador usa, ora de palavras do linguajar comum, ora de termos ou expressões técnico-jurídicas. As primeiras, normalmente, são de mais fácil entendimento, na medida em que não se trata de conceitos doutrinários,

²⁷ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º volume, tomo I, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 16

sujeitos portanto a variações de sentido, conforme a evolução histórica do pensamento jurídico. Mas essa facilidade é, por vezes, desmentida, em razão do emprego do mesmo vocábulo, ora em sentido vulgar, ora em sentido técnico-jurídico.”²⁸

Trajano de Miranda Valverde, já adentrando propriamente na interpretação que deve ser dada ao termo dissolução, assevera:

“As vacilações da doutrina e da jurisprudência em torno (sic) do conceito de extinção das pessoas jurídicas, oriundas da sobrevivência do princípio romano, ainda hoje vigente no direito civil, de que as sociedades, como contratos, se extinguem pela dissolução, nos forçam a esclarecer êsse (sic) ponto, afim (sic) de que sejam bem compreendidas as conclusões a que chegamos (sic).

.....
PARDESSUS, (...) dizia: ‘Logo após a dissolução da sociedade, as relações entre os associados cessam; não há mais que uma comunhão de interesses, á (sic) qual só a partilha pode pôr fim’. A dissolução acarretava, pois, a extinção da sociedade.

FERREIRA BORGES, (...), afirmava: ‘Assim dizemos dissolução da sociedade, querendo dizer que não há mais sociedade’. E, ao redigir o código (sic) comercial português, de 1833, preceituava: ‘com a dissolução da sociedade distractam-se (sic) os vínculos (sic)

²⁸ Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social, RDM 96/67, p. 68

sociais conjuntos, mas os socios (sic) continuam em comum de todos os artigos empregados no comércio social; desde o momento que se dissolve e cessa a sociedade, os socios (sic) tornam-se pessoas conjuntas, individuos (sic) distintos e meros compartes em comum da propriedade social em ser'.

O princípio de que a dissolução das sociedades civis importa na sua extinção, sucedendo um estado de comunhão entre os antigos sócios (sic), á (sic) qual são aplicáveis as regras que disciplinam a comunhão hereditária (sic), foi, como velharia, consagrado pelo nosso Código (sic) Civil, no art. 1.409, ao regular as sociedades, como contratos (1).

.....
TROPLONG (2), escrevendo, em 1843, observava: 'O estado de uma sociedade comercial durante sua liquidação apresenta singulares anomalias. A sociedade está dissolvida; mas, no uso do comércio, ela é supostamente existente para se liquidar. A sociedade se extinguiu para comerciar, agir ou empreender; parece que de algum modo se prolonga para regular o passado e pôr ordem nos seus negócios (sic). É esta idéia que exprime a fórmula usada nas circulares dos negociantes: a sociedade não subsiste senão para a sua liquidação'.

.....
A realidade jurídica foi, assim, aos poucos, evidenciando a falsidade do princípio de que sociedades dissolvidas são sociedades extintas, ou, se quizerem, acentuando a transformação do conceito

de dissolução, no que concerne às (sic) sociedades comerciais.”²⁹

Pontes de Miranda, embora concorde com a afirmação de Trajano de Miranda Valverde de que a dissolução não implica na automática extinção da sociedade, tem outra visão acerca do que ocorre entre a dissolução e a extinção. Vejamos:

“Posto que os juristas empreguem as expressões ‘dissolução da pessoa jurídica’, pessoa jurídica não se dissolve, - pessoa jurídica deixa de ser, isto é, a entidade que se personificara perde a capacidade de direito.

.....
A dissolução da sociedade sem o ato coletivo para ser levado a registro não pode extinguir a personalidade jurídica, que continua de existir, no plano da existência pessoal, ainda que, no plano obrigacional, se haja extinto o contrato de sociedade.

.....
A propósito das sociedades anônimas, adotou-se, explicitamente, em vez da sobrevivência fictícia durante a liquidação (*ad effectum tamen terminandi negotiationes*), a liquidação até que se acabe; portanto: a personalidade até o fim.”³⁰

Em outro tomo de seu Tratado, Pontes de Miranda reforça a idéia de que a dissolução não é sinônimo de extinção da sociedade, quando afirma que: “A sociedade por ações permanece, de ordinário,

²⁹ Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro, Borsoi, 1937, pp. 531-533

³⁰ Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo I, 4ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 430-431

como pessoa jurídica, enquanto se liquida o seu patrimônio a fim de se poder distribuir o que fôr considerado patrimônio *líquido*.”³¹

E, mais adiante, confirma:

“A causa de dissolução, de ordinário, não determina de per si a extinção da entidade social. Personificada, como foi, continua como pessoa jurídica, até que se extinga.

.....
A causa de dissolução é apenas elemento de suporte fáctico (sic) extintivo.”³²

Oportuno também citar Mauro Rodrigues

Penteado:

“Começando pela palavra dissolução (‘do latim *dissolutio*, de *dissolvere* – desata, desligar, separar’), há que se registrar que não tem ela, em matéria societária, o mesmo significado que se lhe atribui a partir de sua expressão gramatical, e, especialmente, do sentido com que é empregada no direito contratual, onde, segundo ORLANDO GOMES, exprime como gênero, a extinção extraordinária do contrato, sem que este tenha alcançado o seu fim, em decorrência de causa posterior à sua formação, desdobrando-se nas espécies resolução, resilição e rescisão.

³¹ Tratado de Direito Privado, Tomo LI, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 3

³² Tratado..., *op. cit.*, Tomo LI, p. 9

Para apreender o real significado do termo em matéria acionária é necessário conjugar a epígrafe do Capítulo XVII da Lei nº 6.404 com os textos do art. 206 (cujo *caput*, ‘dissolve-se a companhia...’, é seguido de incisos e alíneas onde são arrolados nove eventos, circunstâncias ou, tecnicamente, **causas**, que instauram o estado de liquidação) e do art. 207 (‘a companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de proceder à liquidação’).

No sentido técnico, estrito, enumera a lei causas de dissolução cuja ocorrência, como visto, não determina a extinção da sociedade e da pessoa jurídica, tanto que a assembléia geral pode removê-las, deliberando a cessação do estado de liquidação (art. 137, inc. VII). O que ocorre é a alteração da situação jurídica da companhia, desde então não mais voltada à normal exploração de empresa com fim lucrativo (art. 2º); instaura-se, com a verificação de um daqueles eventos, o estado de liquidação, que impõe o início do procedimento respectivo, judicial ou ordinário (este, a ser processado pelos órgãos da companhia – art. 208). Caso tais órgãos não dêem início, de imediato, a esse procedimento, qualquer acionista, ou o Ministério Público, poderá requerer a dissolução judicial (art. 209).

A par desse significado técnico, estrito, a palavra ‘dissolução’ é também usualmente empregada em sentido lato, o que não merece reparos porque de geral aceitação, desde, é claro, que não se percam de vista os significados técnicos precisados neste item.

Nessa acepção, ampla, o termo é usado para designar as três etapas em que usualmente o fenômeno é decomposto, abrangendo (1º) as causas de dissolução; (2º) o estado e o procedimento de liquidação e (3º) o seu encerramento, a saber, a extinção (art. 219, inc. I). É, pois, freqüente encontrar-se na doutrina e em decisões jurisprudenciais menções a que a sociedade se encontra ‘em dissolução’ (o que equivale, em termos estritos, a ‘em estado de liquidação’, ou, se já iniciado o procedimento respectivo, ‘em liquidação’ – art. 212); ou, ainda, que a sociedade foi ‘dissolvida’ (em sentido estrito: ‘extinta’).”³³

Por fim, valemo-nos da lição de Fábio Ulhoa Coelho, que bem sintetiza o problema, quando sentencia: “Dissolução é um conceito ambíguo, no direito societário. Em sentido *amplo*, significa o procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, isto é, o conjunto de atos necessários à sua eliminação, como sujeito de direito. A partir da dissolução, compreendida nesse primeiro sentido, a sociedade empresária não mais titulariza direitos, nem é devedora de prestação. Em sentido *estrito*, a dissolução se refere ao ato, judicial ou extrajudicial, que desencadeia o procedimento de extinção da pessoa jurídica.”³⁴

Qual, então, desses significados que foi utilizado pelo legislador ? Ou melhor, como deve ser interpretado o *caput* do artigo 206 da Lei nº 6.404/76 ?

³³ Dissolução e Liquidação de Sociedades, Brasília Jurídica, 1995, pp. 28-29

³⁴ Curso..., *op.cit.*, Vol. 2, pp. 450-451

Não obstante possa parecer um comando peremptório (art. 206 – Dissolve-se a companhia), a bem da realidade, a interpretação que deve ser dada ao *caput* é a de que, nos incisos, estão apenas enumeradas as causas que ensejam o ingresso da companhia no estado de liquidação.

Em outras palavras, verificada qualquer das hipóteses constantes dos incisos, a sociedade fica passível de ser liquidada. Diz-se passível de ser liquidada, pois aqui, novamente, a sociedade pode entrar em estado de liquidação, mas não dar início ao procedimento em si.

Comunga desse pensar Mauro Rodrigues Penteado, como se vê pela transcrição abaixo:

“O uso indiscriminado do termo dissolução, para além de seu sentido estrito, embora conferindo-lhe conotação mais abrangente, por englobar as fases que vão desde a ocorrência do evento dissolutório, até a extinção, não deve turvar a compreensão de seu real significado técnico-jurídico, que aparece com nitidez na vigente lei acionária brasileira.

Estritamente considerada, a dissolução corresponde a um evento pontual, que modifica o *status* da companhia por colocá-la em situação jurídica típica de liquidação, na qual se instaura, com menor ou maior rapidez, o procedimento tendente a esse fim, previsto em lei (cf. item 25, abaixo). Neste sentido, preciso, a dissolução equivale à causa, ou como já se sustentou, ao ‘motivo jurídico’ que, se não removido pela

assembléia geral de acionistas, leva à extinção da sociedade.”³⁵

Modesto Carvalhosa, todavia, afirma que: “Por dissolução de companhia entende-se o ato declaratório que abre o processo de liquidação, que, por sua vez, conduz ao ato declaratório de extinção da companhia como pessoa jurídica.”³⁶

Ou seja, para o citado doutrinador, “Não se confunde, no entanto, o ato de dissolução com sua causa, não se equivalendo um e outra. A dissolução é ato declaratório formal, ao passo que a causa é fato que precede a esse ato, podendo ou não ensejá-lo, conforme a vontade manifestada ou não pela assembléia geral. (...) Basta ver que pode configurar-se a causa da dissolução sem que, no entanto, a declare a assembléia geral.”³⁷

A aparente contradição entre o que afirma Mauro Rodrigues Penteado e o que diz Modesto Carvalhosa se deve ao emprego por ambos do vocábulo dissolução, sendo que um o usa para se referir às causas que põem a companhia em estado de liquidação e o outro emprega a mesma palavra para fazer menção ao ato que dá início ao procedimento de liquidação.

Contudo, exceção da divergência que têm acerca do significado semântico da expressão “dissolução”, ambos concordam que para que a sociedade passe do estado para o processo de liquidação é necessário pronunciamento extrajudicial (dos acionistas - em assembléia – ou da autoridade administrativa competente) ou judicial nesse sentido. Sem que haja essa manifestação, a qual Modesto Carvalhosa denomina de ato

³⁵ Dissolução..., *op.cit.*, pp. 65-66

³⁶ Comentários ..., *op.cit.*, 4º volume, tomo I, p. 17

³⁷ Comentários ..., *op.cit.*, 4º volume, tomo I, pp. 17-18

declaratório, a companhia, verificada a ocorrência das causa de dissolução, ingressa no estado de liquidação e nesse permanece.

Idêntica opinião manifesta Carlos Klein Zanini: "... se se considerar a dissolução como etapa inaugural de um processo que pode conduzir a sociedade à extinção, ver-se-á que, uma vez caracterizada a dissolução, essa somente passa a produzir efeitos concretos a partir do início do processo de liquidação, com a definição do seu modo e a nomeação do liquidante, a quem incumbe a representação da companhia e a prática dos atos liquidatórios." ³⁸

Mas quem é, afinal, o destinatário da norma, ou melhor, a quem ela aproveita ? Ao controlador ? Ao minoritário ? A todos os minoritários ?

Antes de responder essa questão, faz-se necessário esclarecer quem são essas figuras, ou seja, quem são os controladores, quem são os minoritários, etc.

CONCEITO DE MINORITÁRIO

O conceito de minoritário se obtém de forma residual. Isto é, o artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas define o controlador, logo, todos aqueles que não se enquadram em tal conceito legal são minoritários.

Vejamos:

O dispositivo retro mencionado estabelece que:

³⁸ A dissolução judicial da sociedade anônima, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 67

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e,*
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”*

Note-se que a lei não diz que acionista controlador é o detentor do maior número de ações, como, em um primeiro momento, equivocadamente se poderia pensar.

É que, pelas mais diferentes razões, nem sempre o acionista que detém o maior número das ações com direito a voto tem interesse em participar ativamente da administração da companhia.

Veja-se, a propósito, a precisa lição de Fábio Ulhoa Coelho, *verbis*:

“... nem sempre a minoria acionária, malgrado o nome, reúne os detentores das menores parcelas do capital social. Pelo contrário, muitas vezes, em razão dos mecanismos de organização do poder utilizados (item 2.1), o controle da sociedade anônima está nas mãos de quem contribuiu com parcela reduzida para a constituição do capital social. Não há relação direta

*entre o poder e a proporcionalidade na subscrição das ações da companhia. Os negócios sociais podem ser dirigidos pelos acionistas que menos aportes realizaram na sociedade. Em contrapartida, os acionistas aliados das deliberações sociais podem ser os que mais recursos investem na empresa. Quando se fala, portanto, em maioria e minoria, no contexto das relações entre acionistas, as expressões não dizem respeito à maior ou menor participação no capital social, mas, sim, à maior ou menor influência na condução dos negócios da sociedade.”*³⁹

No mesmo diapasão a observação de Francesco Ferrara Jr.:

*“Tale denominazione fu foggjata all’origine per alcuni poteri nei quali più evidente è lo scopo di porre um freno al predominio della maggioranza in assemblea, ma si è poi venuta estendendo gradatamente anche a casi in cui tale finalità non ricorre, per cui, volendo riferirla a tutti, è inesatta; comunque continuerò anch’io ad usarla per non creare equivoci com una nuova terminologia.”*⁴⁰

Ecio Perin Júnior também destaca que, *“Via de regra, nas grandes sociedades por ações, os ausentes costumam constituir a maioria, concentrando-se em uma minoria o quadro ativo da sociedade.”*⁴¹

Atento a isso, o legislador foi extremamente

³⁹ Curso..., *op.cit.*, Vol. 2, p. 275

⁴⁰ Gli imprenditori e le società, 12ª edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 545

⁴¹ A Lei n. 10.303/2001 e a proteção do acionista minoritário, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 29

feliz, pois a definição de controlador adotada na legislação é ampla, abarcando todas as situações.

Comentando o conceito, Vera de Paula Noel Ribeiro igualmente assevera que *“maioria é o controlador – aquele que de fato tem o poder decisório e dirige a sociedade”*⁴² e, arremata, *“Há que se frisar que nem sempre é a maioria de acionistas que controla a sociedade, podendo perfeitamente esse controle ser detido pela minoria, capaz diante da dispersão e desinteresse dos acionistas – especuladores e rendeiros – de aglutinar maior número de ações, inclusive através de procurações.”*⁴³

A mesma advertência também faz Waldirio Bulgarelli, quando afirma que *“o grupo no controle da sociedade possui, às vezes, uma minoria ou até uma pequena porcentagem das ações.”*⁴⁴

Osmar Brina Corrêa Lima é ainda mais enfático. Diz, com a linguagem candente que é característica de sua obra, que *“A expressão acionista minoritário é delusória e enganadora. O conceito de minoria, na companhia, situa-se no seio de um paradoxo. O poder, na companhia, é quase sempre exercido, de fato e de direito, por uma minoria que se apresenta como maioria, em termos de deliberação.”*⁴⁵

E, mais adiante, explica a razão pela qual assim se posiciona: *“... a maioria – frise-se – não representa, necessariamente, a maioria dos acionistas, nem mesmo de acionistas votantes, mas de ações votantes existentes presentes à assembléia geral, diretamente ou por procuração (art. 126, § 1º).”*⁴⁶

⁴² A minoria nas S.A., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, p. 16

⁴³ A minoria ..., *op.cit.*, p. 17

⁴⁴ Regime Jurídico da proteção às minorias nas S/A, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998, p. 16

⁴⁵ O acionista minoritário no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1994, p. 7

⁴⁶ O acionista..., *op.cit.*, p. 8

O exemplo mais citado para ilustrar que o conceito de maioria para o direito societário não se confunde com maioria quantitativa é o da *Standard Oil Company*, cujo acionista controlador era John Rockefeller Jr., que detinha menos de 15% (quinze por cento) das ações votantes.

Waldirio Bulgarelli nos informa ⁴⁷, outrossim, que, no Brasil, Fábio Konder Comparato alertou para o fato de que, teoricamente, um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a Assembléia Geral ⁴⁸.

Isso é possível primeiro porque, repita-se, minoria é noção quantitativa de poder; segundo, porque existem quatro modalidades de controle da sociedade anônima, como observaram Adolf A. Berle e Gardiner C. Means, nas pesquisas que desenvolveram na *Columbia University* e que deram origem ao livro publicado em 1932, intitulado “A moderna sociedade anônima e a propriedade privada”, obra essa que, parafraseando Fábio Ulhoa Coelho, é de fundamental importância para os estudiosos do direito societário.

Exatamente pela possibilidade de o controle ser minoritário é que, como nos informa Waldirio Bulgarelli ⁴⁹, Ascarelli chegou a constatar que, em geral, o problema da proteção às minorias se convertia em proteção às majorias.

De qualquer forma, o que se pode concluir é que ser minoria não é uma condição perene. É, nas palavras dos já tantas vezes citado Waldirio Bulgarelli, “... uma posição – eventual ou não – que o acionista

⁴⁷ Regime jurídico..., *op.cit.*, p. 32

⁴⁸ O Poder..., *op.cit.*, p. 62

⁴⁹ Regime jurídico..., *op.cit.*, p. 31

*atravessa; pode-se dizer que o acionista não é minoria, mas está em minoria.”*⁵⁰

Fábio Ulhoa Coelho anota que a CVM encontrou uma forma extremamente inteligente e simples de resolver a questão. Segundo a revogada Resolução CMN nº 401/76, *“quem não dispõe de ações correspondentes a mais da metade do capital com direito a voto deve ser considerado controlador se, nas três últimas assembléias, fez a maioria nas deliberações sociais.”*⁵¹

A – Minoria é sempre beligerante ?

Por outro lado, o simples fato de ser minoria não é bastante para se concluir que é ruim a relação deste grupo com a maioria. Com efeito, como observa Fábio Ulhoa Coelho:

*“As relações entre o controlador e a minoria nem sempre são conflituosas. Se a empresa se desenvolve bem, sob o comando do controlador, que a dirige com competência e regularidade, e está, assim, gerando aos minoritários rendimentos satisfatórios, não há ensejos para tensões no interior da companhia. Cada acionista respeita, no outro, a contribuição diferenciada à realização do objeto social, e as relações de poder reproduzem o justo equilíbrio da diferença.”*⁵²

Muitas companhias já perceberam que se o acionista minoritário é bem tratado, isto é, tem seus direitos respeitados, e a sociedade for gerida com transparência, independência e profissionalismo, mais

⁵⁰ Regime jurídico..., *op.cit.*, p. 40

⁵¹ Curso..., *op.cit.*, Vol. 2, p. 279

⁵² Curso..., *op.cit.*, Vol. 2, p. 276

pessoas se sentem estimuladas a investir suas economias nas ações dessa pessoa jurídica. Para elas foi criado o que se chamou de “Novo Mercado” da BOVESPA.

Ocorre que o brasileiro não tem a cultura de investir em ações. É arredo a riscos, até pelo histórico da nossa economia. Aliás, ficou célebre a frase atribuída ao banqueiro de Fürstenberg (“o acionista é um tolo e um arrogante; tolo, porque nos dá o seu dinheiro; arrogante, porque deseja ainda receber dividendos”), que dava bem a dimensão das razões que levavam os poupadores brasileiros a ter aversão a aplicação bursática.

Não por outra razão, a aplicação que tem o maior volume de investimento é a caderneta de poupança, a despeito da baixa rentabilidade que propicia, mormente se considerada em relação aos demais fundos de investimento.

Sem embargo, de 1994 para cá, com o advento do “plano real”, esta característica do investidor nacional tem, paulatinamente, sido modificada, até porque com a estabilização da moeda, a inflação sob controle e a taxa de juros em declínio, o retorno propiciado pela caderneta de poupança, que sempre foi modesto, tem ficado em muitos meses até mesmo aquém dos índices inflacionários, daí porque se pode dizer que a criação desse “Novo Mercado” vem em boa hora, porque o poupador brasileiro está começando a se interessar por outras aplicações e o “Novo Mercado” rompe com o estigma de que as companhias que têm suas ações negociadas no mercado de capitais não se preocupam em assegurar direitos mínimos aos minoritários, sequer dividendos.

Aliás, como anota Waldirio Bulgarelli, foi justamente porque a maioria abusava do seu poder, que se viu a necessidade de se tutelar a minoria. *“Portanto, a proteção à minoria não se deve a ela*

*mesma, mas à violação de seus direitos pela maioria.”*⁵³

Comunga do mesmo pensar Fábio Ulhoa Coelho, quando aduz que:

*“O conflito entre acionistas deriva, normalmente, das tentativas de desequilibrar a relação. Se o controlador (empreendedor) aprecia a contribuição do minoritário (rendeiro ou especulador), mas não a remunera como poderia (aprovando, em assembléia, retenção de lucros desnecessária), ou, por considerar a companhia propriedade exclusiva dele, apropriando-se abusivamente de recursos sociais (elegendo-se para administrador e atribuindo-se remuneração elevada, por exemplo), essas condutas geram conflitos. Por outro lado, se um minoritário (com espírito empreendedor) quer ampliar sua ingerência na administração da sociedade, ou mesmo tomar o controle para suas mãos, isso também desequilibra as relações de poder, e gera conflitos.”*⁵⁴

B – Preferencialista é minoria ?

Uma outra questão que exsurge é saber se os preferencialistas se enquadram ou não no conceito de minoria. Isso porque, se considerarmos que o que é determinante para definir quem é controlador é a influência que o acionista tem na condução dos negócios da sociedade e, lembrarmos que, no mais das vezes, os preferencialistas não têm direito a voto, poder-se-ia questionar se por não opinarem sobre os destinos da companhia os

⁵³ Regime jurídico..., *op.cit.*, p. 41

⁵⁴ Curso..., *op.cit.*, Vol. 2, p. 276

acionistas que têm ações preferenciais sem direito a voto seriam minoritários.

Leslie Amendolara, de uma forma absolutamente pragmática, explica que *“a própria Lei 6.404/76 em seus 300 artigos não é unívoca no tratamento do conceito das minorias, às vezes referindo-se elas sobre a expressão Capital Social para dizer que também detêm aqueles direitos os preferencialistas.”*⁵⁵. Cita, em reforço à sua argumentação, que a CVM, quando pretendeu englobar todos os acionistas não controladores (*inclusive preferencialistas*) como minoria, foi taxativa, como ocorreu quando editou a Resolução nº 361/02.

Erasmio Mendonça de Boer tem uma posição um pouco diferente, sustentando que *“as expressões ‘minoría’ e ‘minoritário’, empregadas pelos autores do projeto, referem-se a todos os acionistas não controladores, e não somente aos titulares de ações ordinárias, ou seja, ações com direito a voto.”*⁵⁶

Segundo Boer, *“o acionista minoritário não tem o seu conceito definido a partir da sua possibilidade de votar, ainda que não podendo fazer frente aos desígnios do acionista controlador. Minoría não exprime, como pode parecer a princípio, uma relação numérica de inferioridade em assembléia geral de acionistas, mas traduz, sobretudo, uma situação jurídica, uma correlação de direitos e deveres, um status em relação à sociedade.”*⁵⁷

Boer enfatiza que *“a minoría não é minoría apenas quando vota e perde.”*⁵⁸

⁵⁵ Direito dos Acionistas Minoritários, São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 21

⁵⁶ Sociedade Comercial – Acionista Minoritário e incorporação, RT 570/21, pp. 21-23

⁵⁷ Sociedade Comercial..., op. cit., pp. 21-23

⁵⁸ Sociedade Comercial..., op.cit., pp. 21-23

Disso se extrai que embora tecnicamente os preferencialistas não possam ser considerados minorias, a doutrina em geral os trata como minoritários e aqui não será diferente.

FUNÇÃO SOCIAL, PAPEL SOCIAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Nos dias de hoje, três expressões têm sido freqüentemente associadas às sociedades, são elas: função social, papel social e responsabilidade social.

Entretanto, não obstante tais expressões possam, à primeira vista, induzir o operador do direito a pensar que se tratam de sinônimos - tanto que se tem visto tratar função social como se fosse papel social ou responsabilidade social - na verdade, têm significados distintos.

Fato é, contudo, que o uso corrente de uma no lugar de outra tem gerado confusões e, inclusive, provocado pronunciamentos vigorosos de grandes juristas pátrios.

Pode-se dizer que talvez a mais contundente crítica à função social tenha sido feita por Fábio Konder Comparato, em artigo intitulado “Estado, Empresa e Função Social” publicado na Revista dos Tribunais.

Se não foi a mais veemente, certamente foi a que causou maior estrondo na comunidade jurídica. Vejamos o porquê:

Após discorrer sobre o sentido e alcance da função social, Comparato questiona se o empresário teria apenas deveres negativos ou também positivos, *verbis*:

“Mas terá o empresário, também, deveres positivos ? Fora do elenco de direitos trabalhistas do art. 7º da Constituição, por exemplo, teriam as empresas o dever de desenvolver um plano de assistência social ou de previdência complementar para os seus empregados ? O art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404 obrigaria, porventura, o acionista controlador a fazer com que a companhia participasse de campanhas de recolhimento e amparo de menores abandonados, lançadas pelo governo do Município onde tem a sua sede ? Mais especificamente, em caso de conflito entre o interesse próprio da empresa, como unidade econômica, e o interesse geral da coletividade, deve o empresário sacrificar o interesse empresarial em prol do bem comum, deixando, por exemplo, de aumentar os preços dos produtos ou serviços de primeira necessidade, sem estar a isso legalmente obrigado ?

O simples enunciado dessas questões mostra, claramente, o alcance limitado, senão nulo, do conceito de função social das empresas. E isto, sem falar no fato óbvio de que, para o exercício de uma atividade de serviço ou assistência social, no âmbito geral da coletividade, somente as grandes empresas oferecem condições estruturais adequadas, de recursos e pessoal empregado. A função social seria, então, um dever exclusivo das macroempresas ?

Na verdade, a idéia de as empresas serem obrigadas, de modo geral, a exercer uma função social *ad extra* no seio da comunidade em que operam, apresenta o

vício lógico insanável da contradição. A empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros.”⁵⁹

Um pouco antes, Comparato já havia externado que, por outra razão, também não concordava com o que vinha ouvindo sobre função social, pois, para ele, “Um Estado despreocupado com o bem-estar da população não tem legitimidade para exigir dos proprietários o cumprimento de sua função social.”⁶⁰

À conclusão de Fábio Konder Comparato contrapôs-se Eduardo Tomasevicius Filho, em artigo intitulado “A função social da empresa”, igualmente publicado na Revista dos Tribunais.

Nesse trabalho, após discorrer sobre as origens da expressão e a estrutura do conceito de função social, Tomasevicius conclui que:

“A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.”⁶¹

Muitos julgados, por seu turno, evocavam a função social da empresa para impedir a quebra ou a dissolução total da sociedade, como se depreende da leitura da ementas abaixo reproduzidas:

⁵⁹ Estado, Empresa e Função Social, RT 732/44

⁶⁰ Estado..., *op.cit.*, p. 43

⁶¹ A função social da empresa, RT 810/40

“ACÓRDÃO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO DE FALÊNCIA DE FIRMA INDIVIDUAL. FALECIMENTO DA SÓCIA. FALTA DE PROVA DE QUE TENHA HAVIDO SUCESSÃO EM FAVOR DE SEU FILHO E SUA IRMÃ, QUE RESPONDERAM AO PROCESSO, ALEGANDO ILEGITIMIDADE PASSIVA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, QUE ACOLHE A PRELIMINAR SUSCITADA PELOS EMBARGANTES. APELAÇÃO. REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE SUCESSÃO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. AFIRMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA QUEBRA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 515, § 3º CPC. IMPROVIMENTO DO APELO. (Apelação Cível nº 2004.001.04937, Des. Luiz Fernando de Carvalho, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

“Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. 206 da Lei n. 6.404/76. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de árvores de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não

produz lucros a curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso em concreto. Insubsistência do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar.

- Não há impossibilidade jurídica do pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto.

- A 'affectio societatis' decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado.

- Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns acionistas." (Recurso Especial nº 247.002, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça)

Isso, entretanto, como bem explica Tomasevicius, não é questão ligada à função social, mas ao papel social, *verbis*:

“Na falência, não há a harmonização do interesse do empresário com o dos credores, mas a harmonização do interesse dos credores em face do interesse dos empregados. Ou seja, devem receber o seu crédito, sem, contudo, causar desemprego naquela unidade de produção. Assim, o interesse dos credores está submetido ao interesse dos trabalhadores, consistindo, portanto, numa função social do exercício do direito de crédito, que não pode ser exercido de forma temerária, exigindo-se, portanto, dos credores, o respeito ao papel social que a empresa tem na sociedade.”⁶²

Da mesma forma, não estão ligadas à função social das empresas as práticas que têm sido adotadas nas grandes corporações, tais como alfabetização dos funcionários, conservação de praças, construção de escolas e hospitais etc. Essas ações dizem respeito à responsabilidade social e a distinção fundamental que existe entre essa e a função social é, nas palavras de Tomasevicius, a seguinte:

“A responsabilidade social das empresas abrange as não relacionadas à sua finalidade, consubstanciadas no objeto social, mas que são benéficas à sociedade. (...) por não serem atividades ligadas ao seu fim é que se pode falar em responsabilidade social.”⁶³

⁶² A função social..., *op.cit.*, RT 810/45

⁶³ A função social..., *op.cit.*, RT 810/47

Ou seja, se considerarmos como corretas as definições de papel social, responsabilidade social e função social apresentadas por Eduardo Tomasevicius Filho, a crítica de Fábio Konder Comparato não é à função social, mas à responsabilidade social.

Da mesma forma, também era à responsabilidade social que Fernando Netto Boiteux estava se referindo em artigo publicado na Revista de Direito Mercantil.

Em outras palavras, houve aquele fenômeno identificado por Edmundo Dantès Nascimento, em que “certos raciocínios são válidos apenas em aparência, porque partem de premissas tomadas por verdadeiras, levando a conclusões ilógicas.”⁶⁴

Entretanto, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, a nós parece que Comparato posteriormente reviu sua crítica, pois, na 4ª edição de sua monografia sobre poder de controle, em diversas passagens, afirma que:

“Doravante, qualquer agente social ou econômico, seja ele funcionário público ou sujeito de direito privado, tem o dever constitucional de respeitar a liberdade de iniciativa e de obrar em prol da valorização do trabalho, da harmonia e soliedariedade entre as categorias sociais e de produção e da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Tem o dever constitucional de exercer os direitos de proprietário sem desrespeito às necessidades e carências sociais e evitar o abuso de poder econômico nos mercados. Podemos dissentir da

⁶⁴ Lógica Aplicada à Advocacia, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 165

prioridade social e econômica conferida a esses objetivos e propugnar uma outra definição de metas. Mas não podemos afastar o fato de que esses objetivos estão inscritos no texto constitucional em vigor e, portanto, são obrigatórios, qualquer que seja a noção que se tenha da natureza dessas normas. A lei acionária veio, aliás, estabelecer, em certo sentido, uma ponte entre o plano constitucional e o societário, ao dizer o legislador ordinário que o controlador tem deveres para com a comunidade em que atua a empresa, e que ele comete abuso de poder se orienta a companhia para fim lesivo ao interesse nacional (arts. 116, parágrafo único, e 117, § 1º, a).”⁶⁵

É de se dizer, entretanto, que a iniciativa privada não tem, dentre suas finalidades precípuas, substituir-se ao Estado. O que vem ocorrendo, por razões sociológicas e políticas - tais como o agigantamento das metrópoles, o desemprego e tantas outras - é que, à medida em que se constata a incapacidade total ou parcial do Estado de suprir as necessidades básicas dos cidadãos, as sociedades empresárias privadas têm, espontaneamente, tomado para si algumas funções que originariamente não lhe pertencem.

Assim, movidas às vezes exclusivamente pela solidariedade, outras por sentimento de culpa social e algumas visando os incentivos fiscais, as sociedades privadas vêm tomando a forma “moderna”, “engajada socialmente”, enfim, seguindo a corrente que julgam mais apropriada e ética para os dias atuais.

⁶⁵ O Poder..., *op.cit.*, pp. 138-139

Seja como for, é perfeitamente possível a crítica à função social da empresa, mas por outras razões, como adiante sinteticamente se demonstrará.

Antes, contudo, imperioso destacar que é fato que a responsabilidade social se transformou em potentíssimo instrumento de *marketing*. As sociedades passaram a divulgar balanços sociais e a chamar atenção para o fato de serem empresas-cidadãs.

Na sequência, foi criado o Instituto Ethos, que hoje reúne 1.295 associados que têm faturamento anual correspondente a 35% do PIB brasileiro e empregam cerca de 2 milhões de pessoas. Como se vê, a responsabilidade social é um bom negócio !

E a função social ? Essa, assim como a responsabilidade social, implica em gastos por parte do empreendedor. Gastos que ele não queria ter, mas que o legislador o obrigou a suportar, a exemplo dos encargos trabalhistas, das responsabilidades que o Código de Defesa do Consumidor e as legislações ambientais e tributárias lhe atribuem.

Significa dizer que esses gastos, inerentes ao exercício da atividade, serão socializados entre todos os consumidores, isto porque, muito embora Fernando Netto Boiteux afirme que “O legislador, na definição de empresário presente no art. 966, caput, do novo Código Civil, não colocou o objetivo lucrativo como um fator de sua qualificação, de forma que a finalidade ou objetivo último da empresa pode ser ‘egoístico’ ou ‘altruístico’, isto é, pode-se referir ao proveito econômico próprio ou ao serviço público.”⁶⁶, data vênua, não há dúvida que, na seara privada, quem empreende visa única e exclusivamente o lucro.

⁶⁶ A função social da empresa e o novo Código Civil, RDM 125/48

Partilha do mesmo pensar Fábio Ulhoa Coelho, tanto que em seu Curso de Direito Comercial assevera: "... é a expectativa de se beneficiar dos ganhos decorrentes da exploração de certa atividade econômica que motiva, normalmente, as pessoas a se tornarem sócias de uma sociedade empresária." ⁶⁷ e, ainda, "A geração de dinheiro representa o núcleo comum dos seus interesses." ⁶⁸

Milton Friedman, Prêmio Nobel de Economia, certa feita disse uma frase que ficou célebre e que bem resume a mentalidade dos empresários: "A única responsabilidade social das empresas é a de ter lucros."

Portanto, em que pese poder ser verdadeira a afirmação de Boiteux, a hipótese por ele cogitada para a constituição de uma sociedade (intuito altruístico) raramente acontece no mundo real, obviamente excluindo-se associações de fim benemerente e assemelhados.

Assim, temos que ter em mente que, se queremos que as sociedades cumpram sua função social (por exemplo, que as indústrias fabricantes de pilhas ou de pneus recolham, respectivamente, as baterias usadas e as carcaças de borracha), devemos estar preparados para pagar mais pelos produtos, pois indubitavelmente o custo será repassado para o preço.

Seria ingenuidade pensar que o empresário suportaria o ônus em prejuízo ao seu lucro. O lucro será sempre preservado. Qualquer outro componente será sempre pago, em última análise, pelo consumidor.

⁶⁷ Curso..., *op.cit.*, vol. 2, pp. 327-328

⁶⁸ Curso ..., *op.cit.*, vol. 2, p.. 357

Prova cabal do afirmado é o comentário de Andrew Frank Storfer, em entrevista dada ao jornal “O Estado de São Paulo” de 03/01/08, quando questionado se o aumento de 9% para 15% da alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSSL) do setor financeiro, para suprir as perdas ocasionadas com a não prorrogação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), ficará restrito a esse setor ou também impactará no destinatário final dos serviços prestados pelas instituições que integram o sistema financeiro.

Storfer afirmou: “Num primeiro momento, pode parecer que o governo está penalizando só o setor financeiro com o aumento de IOF e da CSLL. Mas essas medidas têm um efeito perverso, uma vez que esses aumentos serão repassados ao consumidor.”

Apenas a título de informação, Andrew Frank Storfer ocupa, dentre outros, o cargo de vice-presidente da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (Anefac).

No mesmo indiscrepante sentido a manifestação de Antônio Ermírio de Moraes, presidente do Conselho de Administração do Grupo Votorantim. Segundo a reportagem publicada no jornal “O Estado de São Paulo” de 04/01/08, quando instado a opinar sobre o pacote fiscal do governo, que aumentou a CSSL dos bancos e o IOF, respondeu: “Você tem dúvida de que vai haver repasse desses aumentos para os cidadãos ? Infelizmente, ocorreu o que eu não queria mais ver.”

Tais pronunciamentos refletem bem o pensamento dos administradores e confirmam a afirmação de que o lucro será sempre preservado.

Destarte, o aumento da carga tributária, das responsabilidades do empresário pelos vícios e defeitos do produto, dos encargos trabalhistas, ambientais etc atingem diretamente a esfera patrimonial dos consumidores.

Não se discute que é difícil contestar a utilidade da função social da empresa, mormente se for considerado que muitas vezes o bem preservado é o meio ambiente, bem difuso. Todavia, é preciso criar mecanismos para viabilizar e estimular as companhias a exercerem suas funções sociais sem que isso implique na transferência desse ônus empresarial para o particular (uma forma seria garantir incentivos fiscais às sociedades que cumprem a função social, etc.).

Caso contrário, o que se conseguirá será: ou a evasão empreendedora ou a socialização dos aumentos dos custos (que acabará prejudicando o particular, que se verá obrigado a pagar mais pelos mesmos produtos) ou a pura e simples sonegação fiscal, como meio de neutralizar o aumento dos custos de produção.

Qualquer das hipóteses é nefasta. A evasão empreendedora, porque a par de aumentar o déficit da balança comercial (haja vista que o país passará a produzir menos internamente e importar mais, principalmente de países onde o custo operacional é mais baixo – e aqui não estamos falando apenas de mão-de-obra, mas de todos os custos indiretos), gera desemprego ou, no mínimo, não cria novos postos de trabalho, o que significa dizer que interfere no papel social.

A socialização dos aumentos dos custos é igualmente ruim, pois a par de atrasar o desenvolvimento do país, fará com que os produtos fabricados no Brasil não tenham preços competitivos no

mercado internacional e, mais que isso, sobrecarregará o particular, vez que transferirá a ele os ônus do negócio.

Por fim, a sonegação fiscal não é menos deletéria do que as outras duas situações antes descritas, porque acaba fazendo com que o Governo, para compensar a perda da arrecadação, tenha que aumentar a carga tributária daqueles que efetivamente pagam os tributos, o que, novamente, prejudica a sociedade como um todo.

Enfim, é um pouco utópico pensar que por ter sido inserida na Constituição, as empresas passarão a se preocupar graciosamente com a função social de suas atividades. Podem até fazê-lo, mas, enquanto não for concedida nenhuma contrapartida por isso, quem pagará a conta seremos nós !

Pode-se até dizer que quem ingressa em determinado mercado sabe, ou, ao menos, deveria saber, que teria esses gastos. Porém, essa afirmação é uma meia verdade. No país em que vivemos, com a instabilidade legislativa que temos, é absolutamente impossível que o empresário faça qualquer tipo de projeção de retorno, pois não há como estabelecer um cronograma de longo prazo.

Todos os anos são feitas alterações que comprometem sobremaneira qualquer plano de negócios, de modo que responsabilizar o empresário por não cumprir a função social ou fazê-lo carregar com exclusividade o fardo dessas mudanças é por demais injusto.

O que se conseguiu com tantas investidas contra aqueles que deveriam ser a mola propulsora do Brasil foi desestimular completamente o ingresso no ramo empresarial. Quem são os novos empreendedores ? Em sua maioria, pessoas que não têm nada a perder, pois

qualquer um que tenha um patrimônio, por menor que seja, não se aventuraria a correr o risco de perder tudo.

Diz-se isso porque o princípio da autonomia patrimonial, que surgiu justamente para limitar a responsabilidade daquele que se aventurava a empreender, está cada dia mais relativizado.

Com efeito, com o passar dos anos, surgiram leis que tornaram os sócios solidariamente responsáveis por inúmeras obrigações as quais, na verdade, são e deveriam continuar sendo da sociedade.

É o caso da Lei nº 8.620/93, a qual, em seu artigo 13, estabelece que:

“Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.”

Outro exemplo é o Código Tributário Nacional, o qual também previu, em seu artigo 135, III que:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Muito embora o dispositivo condicione a responsabilidade pessoal apenas aos atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, há uma forte e crescente corrente jurisprudencial que entende que o simples não recolhimento do tributo configura infração a lei ⁶⁹, propiciando, assim, a inclusão dos sócios, diretores, gerentes das sociedades no pólo passivo das execuções fiscais.

É certo que outros julgados têm, felizmente, repostos as coisas nos seus devidos lugares, explicando que ainda que se entenda que o não recolhimento do tributo é infração a lei, essa, se houve, foi

⁶⁹ DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLÊNCIA. INFRAÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DA LEI, ESTATUTO OU CONTRATO SOCIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO EMBARGANTE. ARTIGO 135, III, CTN. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE DO EMBARGANTE. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PARA VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO.

1. O artigo 135 do Código Tributário Nacional define a responsabilidade de alguns terceiros, dentre os quais, no inciso III, "diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado", que têm, por lei, contrato ou estatuto social, poderes para pessoalmente praticar atos sociais, inclusive o de cumprir ou mandar cumprir as obrigações tributárias da pessoa jurídica.

2. A "responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável" (artigo 136, CTN), e **a inadimplência fiscal configura infração, legalmente qualificada, geradora de responsabilidade fiscal, tanto para o contribuinte, como para o próprio terceiro, pessoalmente, desde que, no exercício da administração social, deixe de recolher o tributo, vinculando, assim, sua conduta à prática de ato com excesso de poder ou infração da lei, contrato ou estatuto da empresa, e estabelecendo, por ação ou omissão, a relação de causalidade juridicamente relevante.**

5. Precedentes.” (TRF da 3ª Região, AC 944373, 3ª Turma, Rel. Juiz Carlos Muta, DJ 16.03.2005) (grifos nossos)

cometida pela pessoa jurídica, de modo que não justifica a inclusão do sócio na execução ⁷⁰.

Neste sentido é o ensinamento de P. R. Tavares Paes ⁷¹, que assim leciona:

“No concernente à infração da lei, v. o nosso livro *Responsabilidade dos administradores*, cit., pág. 37 e s. São casos de infração à lei o de distribuição disfarçada de dividendos ou lucros, e são casos de infringência ao contrato os de concessão de aval ou fiança, e.g., ao arrepio do pacto. **O atraso no**

⁷⁰ PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – **RESPONSABILIDADE DO SÓCIO – NATUREZA SUBJETIVA – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ.**

1. Ausência de prequestionamento da tese defendida no recurso especial, envolvendo os arts. 2º, § 5º, I e IV e 3º, da Lei 6.830/80 c/c art. 202 do CTN. Incidência da Súmula 282/STF.

2. **Prevalece nesta Corte o entendimento de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN.**

3. **Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.**” (STJ, REsp 462308/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.12.2004, p.283 – grifos nossos)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. Não cabe analisar em sede de embargos declaratórios dispositivos que não foram debatidos no recurso especial e tampouco nas instâncias ordinárias.

2. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

3. Para que o exequente vincule o sócio da empresa devedora ao inadimplemento da obrigação fiscal com base nas disposições do art. 135, II, do CTN, deve-se-lhe imputar a prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei. Na falta dessa indicação, não cabe alegar que o ônus da prova é do empresário, pois ele não tem o que provar, uma vez que de nada foi acusado.

4. Embargos declaratórios acolhidos em parte, sem efeito modificativo.” (STJ, EREsp 614.925-PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 02.06.2005)

EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE. SÓCIO. A falência da empresa não leva os sócios à condição de co-obrigados na responsabilidade tributária. **Necessário apurar se houve infração à lei, contrato social, estatuto, ou se houve dissolução irregular da sociedade, o que, conforme o art. 135 do CTN, poderia ensejar a responsabilidade pessoal do dirigente, sendo necessário comprovar, ainda, que este agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes. Assim, o pedido de suspensão da execução fiscal, após o esgotamento dos bens da falida, para que seja redirecionada para a pessoa dos sócios da empresa extinta, não pode ser acolhido por falta de previsão legal.** Precedentes citados: REsp 652.858-PR, DJ 16/11/2004, e REsp 212.033-SC, DJ 16/11/2004. (REsp 718.541-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19/4/2005)

⁷¹ In Comentários ao Código Tributário Nacional, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 332

pagamento do tributo não é infração ao art. 135, III, do CTN. Assim já entendeu o STF no Ag. 59.361, de São Paulo, *Resenha Tributária*, 1975, seção 1.2, p. 497, Rel. Min. Bilac Pinto.

Para a ação de execução há o Fisco de atentar à concorrências de todos os fatores e de todos os requisitos da ação. A responsabilidade dos administradores ou gerentes, na forma do cânone do art. 135, deve ser oriunda de ato obrado com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto, cabente sempre ao Fisco o ônus da prova.”

Seja como for, a situação gera, no mínimo, insegurança jurídica, o que, indubitavelmente, desestimula o empreendedorismo, pois, como dito, é difícil imaginar alguém que queira expor o patrimônio pessoal conquistado por outros meios ao risco potencial de vê-lo totalmente excutido pelo insucesso de um negócio cuja perda máxima deveria ser limitada àquilo que foi destinado ao empreendimento em si.

Some-se as leis que tornaram os sócios solidariamente responsáveis por obrigações da sociedade, a própria prática negocial que tem exigido como condição *sine qua non* das operações das quais tomam parte as pessoas jurídicas que os sócios figurem como avalistas.

Não fosse isso bastante para afugentar os pretensos empreendedores, há também que se mencionar que a desconsideração da personalidade jurídica, que deveria ser exceção, tornou-se regra.

De nada adianta o artigo 50 do Código Civil estabelecer que: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, pois, na prática, tem-se desconsiderado a personalidade jurídica com acentuada frequência e pelas mais variadas razões.

Algumas desconsiderações são inclusive, inapropriadamente amparadas por dispositivos legais específicos, como é o caso do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 18 da Lei nº 8.884/94 e o artigo 4º da Lei nº 9.605/98.

Fábio Ulhoa Coelho defende que, nesses casos, “o tecnologicamente correto seria a responsabilização ilimitada dos sócios empreendedores majoritários, sem referência à desconsideração da personalidade jurídica.”⁷²

No plano das relações de emprego, apesar de não haver previsão legal específica, também tem-se admitido que o reclamante execute seu crédito diretamente contra o sócio da pessoa jurídica reclamada.

Enfim, são essas situações que tornaram crescente o uso de sociedades anônimas estrangeiras, as denominadas *offshores*, e outros institutos congêneres, como é o caso dos *trusts*, para funcionarem como sócias e holdings das companhias brasileiras.

⁷² Curso..., *op.cit.*, vol. 2, p. 406

O que se objetiva com a utilização regular de tais meios nada mais é do que preservar a autonomia das pessoas jurídicas, impedindo que a sanha responsabilizatória atinja o patrimônio pessoal dos sócios.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira nos dão notícia de que na Companhia Holandesa das Índias Orientais, fundada em 1602, “Os acionistas não eram considerados responsáveis pelas obrigações da Companhia.”⁷³

Ou seja, mais de quatrocentos anos após o surgimento da referida companhia, a qual foi o marco inicial da separação patrimonial, o problema volta ao centro das preocupações.

FINALIDADE E FIM

Demonstradas as diferenças entre papel social, responsabilidade e fim social, passamos agora a distinguir finalidade e fim.

De uma forma bem objetiva podemos dizer que a finalidade ou objeto social é o meio pelo qual a companhia pretende alcançar seu fim.

Ou, nas palavras de Lyon-Caen e Renault: “Ce qu’on entendit ci par *objet de la société*, c’est le but dans lequel les parties s’associent, l’entreprise qu’elles tentent. Ainsi, en ce sens, la construction et l’exploitation d’une ou plusieurs lignes ferrées forment l’objet d’une société de chemins de fer, la conclusion de contrats d’assurances, l’objet d’une société d’assurances. L’expression *objet de la société* a parfois une signification toute

⁷³ A Lei das S/A, volume I, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 34

différente: elle designe la réunion dês apports des associes qui forme le capital social.”⁷⁴

Fábio Konder Comparato evidencia ainda mais a distinção entre finalidade (objeto) e fim:

“Parece óbvio que as sociedades mercantis, inclusive e sobretudo as anônimas, são constituídas na vida real com as mais diversas finalidades. As sociedades de economia mista, por exemplo, pelo menos na sistemática constitucional, não devem ser criadas, primariamente, para a produção e distribuição de lucros, mas por razões de segurança nacional, ou de relevante interesse coletivo (Constituição federal, art. 173). No campo das sociedades não-estatais, a finalidade concreta perseguida pelos fundadores pode ser, por exemplo, a de organizar o comando de um grupo societário (sociedade *holding*), a de servir de empresa auxiliar de outras do mesmo grupo (sociedade de prospecção de mercados, *v.g.*), ou a de reunir num patrimônio autônomo, por razões fiscais, os imóveis do conjunto empresarial e dos próprios acionistas.

É óbvio, porém, que o modelo jurídico constituído pela hipótese normativa atende, não a concretas e mutáveis razões individuais, e sim a fatos gerais e abstratos, correspondentes ao *id quod plerumque accidit*. O ‘fim’ mencionado pela lei está a indicar,

⁷⁴ Traité de Droit Commercial, Tomo II, 1ª parte, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 5ª edição, 1926, p. 85

pois, um elemento permanente da estrutura societária.

Esse elemento permanente é o caráter lucrativo da atividade empresarial desenvolvida pela sociedade.”

⁷⁵

Não é só no nosso direito que objeto e fim não são sinônimos. No direito espanhol tais termos também não são equivalentes, como assinalam Uria, Menendez e Beltran: “el fin se consigue realizando el objeto, tampoco puede confundirse la terminación del objeto com la imposibilidad de cumplir o realizar el fin social.” ⁷⁶

A QUEM APROVEITA O DISPOSITIVO QUE POSSIBILITA A DISSOLUÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO DO FIM ?

Passemos agora a enfrentar a questão do destinatário da norma.

O artigo 206, II, “b” da Lei das S/A estabelece, como visto, que:

“Art. 206. Dissolve-se a companhia:

.....

II – por decisão judicial:

.....

b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;”

⁷⁵ RDM 96/69

⁷⁶ Comentario al regimen legal de las sociedades mercantiles, Madri, Civitas, 1992, p. 35

Parece não haver dúvidas de que o destinatário da norma são os acionistas que representam 5% (cinco por cento) ou mais do capital social, sejam eles ordinarielistas ou preferencialistas, mas, primordialmente, os minoritários.

Apenas para fins de comparação, vale mencionar que a lei espanhola, diferentemente da legislação brasileira, não estabelece um percentual de participação mínima para legitimar o acionista a propor a ação de dissolução. Pelo contrário, menciona expressamente no artigo 262 do T.R.L.S.A. que “cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.”

Isso demonstra que a fixação do percentual de 5% estabelecido na Lei nº 6.404/76 deveu-se muito mais a questões ligadas a opção legislativa do que a fatores objetivos.

Carlos Klein Zanini anota, ainda, que a lei espanhola não só dispensa a titularidade de um número mínimo de ações, como vai além, não exigindo sequer a condição de acionista ⁷⁷, posto que usa a expressão “interesado” no lugar de “accionista”.

E para esclarecer a amplitude que a expressão utilizada pela lei espanhola tem, o autor acima citado informa que “...tem-se reconhecido aos usufrutuários, credores pignoratícios de ações, e até mesmo aos credores da sociedade (mormente com fundamento na hipótese da redução do capital abaixo do mínimo legal, item 5º do artigo 260) um interesse legítimo que os autorizaria a requerer a dissolução.” ⁷⁸

⁷⁷ A dissolução..., p. 22

⁷⁸ A dissolução..., *op.cit.*, p. 23

No Brasil, apesar de Renato Ventura Ribeiro sustentar ser possível a exclusão de sócio da companhia por terceiros⁷⁹, entendemos, com a devida vênia, que como a lei restringe a legitimidade aos acionistas e mesmo entre esses apenas aqueles que detém 5% ou mais do capital social, não há possibilidade de terceiros requererem a dissolução da sociedade por não preenchimento do fim.

Retomando a análise do dispositivo propriamente dito, lembramos que não obstante o texto legal pareça de fácil interpretação, Modesto Carvalhosa põe em discussão uma interessante questão: A lei fala em 5% (cinco por cento) do capital social, mas seria 5% do capital social subscrito ou do integralizado ?

Para o referido comercialista, os 5% (cinco por cento) que a lei estabelece dizem respeito às ações subscritas, *verbis*:

“Para a melhor doutrina, o percentual mínimo se conta do capital subscrito, sob o sólido fundamento de que ao acionista subscritor interessa interromper sua obrigação de integralização em capital de sociedade inviável.

Têm interesse os acionistas que já integralizaram suas ações e os que ainda não fizeram. A ação é ordinária, constitutiva negativa ou desconstitutiva.”⁸⁰

Entretanto, apesar de o dispositivo estar à disposição de todos os acionistas que possuam tal participação, no mais das vezes, o preceito legal em questão somente tem sido invocado pelos

⁷⁹ Exclusão de sócios..., *op.cit.*, p. 293: “Porém, os sócios e até terceiros, como o Estado, funcionários, fornecedores e consumidores também tem interesse na proteção e continuidade da atividade empresarial, justificando sua pretensão de exclusão do sócio prejudicial.”

⁸⁰ Comentários ..., *op.cit.*, 4º volume, tomo I, p. 59

minoritários e, mesmo entre esses, apenas por aqueles que não têm seus interesses respeitados pelos controladores.

Na prática, portanto, tem se caracterizado como verdadeiro instrumento do qual o acionista insatisfeito se vale para se retirar de uma sociedade anônima que não atende seus anseios.

Assim também entende Carlos Klein Zanini: “a ação de dissolução se apresenta – consoante já tivemos a oportunidade de destacar – como um mecanismo de defesa disponibilizado aos acionistas minoritários para ser utilizado em face dos sócios de maioria.”⁸¹

E não restam dúvidas de que é mesmo, pois não fosse o disposto no artigo 206, II, “b” da Lei das S/A, como o recesso só é admissível nas hipóteses taxativas do artigo 137 da mesma lei, só restaria ao acionista descontente com os rumos da companhia resignar-se. Isso porque referido diploma condiciona o exercício do direito de retirada à aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do artigo 136. Ou seja, não havendo deliberação assemblear nesse sentido, não pode o acionista pretender exercer o recesso.

O mesmo ocorre na Itália. Lá, como aqui, a hipótese dissolutória decorrente da impossibilidade de realizar o objeto social é invocada, via de regra, pela minoria.⁸²

Importante que se diga que o artigo 206, II, “b” da Lei das Sociedades Anônimas não é uma norma potestativa, pois, não

⁸¹ A dissolução..., p. 258

⁸² Como observa Zanini, A dissolução..., *op. cit.*, p. 14: “Evidencia-se, com isso, que o tema se prende ao estudo dos direitos das minorias, uma vez que, para todas as hipóteses dissolutórias previstas no artigo 2.448, à exceção das referidas sob o nº 3 (impossibilidade de funcionamento ou inatividade continuada da assembléia) e nº 5 (deliberação da assembléia geral), a apuração acerca da ocorrência ou não de uma causa ensejadora da dissolução é decisão que toca, *ex vi* do disposto no artigo 2.449, ao Conselho de Administração, no qual tradicionalmente ecoa a vontade do acionista controlador.”

obstante esteja sendo utilizada hodiernamente para propiciar a saída da companhia do acionista fora das hipóteses taxativamente previstas no artigo 136 da legislação do anonimato, deve haver prova de que a sociedade em questão não pode preencher o seu fim.

A grande discussão hoje existente não diz mais respeito a poder ou não o acionista postular a dissolução da sociedade que não preenche seu fim para dela se retirar, mas a saber no que consistem os fins a que o artigo 206, II, “b” se refere...

O QUE VEM A SER O FIM A QUE SE REFERE O ARTIGO 206, II, “b” DA LEI DAS S/A ?

Feitos esses esclarecimentos, passemos agora a questão do fim propriamente dito.

Francesco Galgano adverte que “Il concetto di <<interesse della società>> è terreno sul quale da tempo si misurano due opposte teorie, quali la teoria istituzionalistica e quella contrattualistica della società per azioni.”⁸³

Justamente por isso, de nada adianta pensar na palavra isoladamente. Como adverte Comparato: “O que se deve fazer, metodicamente, é desviar a atenção da palavra isolada para a proposição em que ela se encontra e dar, assim, em qualquer hipótese, uma interpretação contextual.”⁸⁴

⁸³ Diritto commerciale..., *op.cit.*, p. 159

⁸⁴ O Poder..., *op.cit.*, p. 340

No mesmo indiscrepante sentido a lição de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, em sua primorosa obra sobre Hermenêutica:

“Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não se verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições.

“Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o *alcance* da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.

“Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.

“

“Pode toda regra jurídica ser considerada como uma proposição que subordina a certos elementos de fato uma consequência necessária; incumbe ao intérprete descobrir e aproximar da vida concreta, não só as condições implícitas no texto, como também a

solução que este liga às mesmas.

“.....
“Há desproporção entre a norma, legislativa ou consuetudinária, e o Direito propriamente dito, cuja natureza complexa não pode ser esgotada por uma regra abstrata. Cabe ao exegeta recompor o conjunto orgânico, do qual a lei oferece apenas uma das faces.

“.....
“EMBORA CLARA A LINGUAGEM, FORÇA É CONTAR COM O QUE SE OCULTA POR DETRÁS DA LEI; DEVE ESTA SER ENCARADA, COMO UMA OBRA HUMANA, COM TODAS AS SUAS DEFICIÊNCIAS E FRAQUEZAS, SEM EMBARGO DE SER ALGUMA COISA MAIS DO QUE UM ALINHAMENTO OCASIONAL DE PALAVRAS E SINAIS.

“.....
 Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos...

“Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social

“.....
“Examinada de perto, com especial esmero, uma

simples frase não contém apenas a idéia na
aparência objetivada; descobre ainda, na penumbra, e
até na sombra, um pouco de luz, o brilho de um
pensamento fecundo em aplicações práticas.

“

“Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras
os pensamentos possíveis, mas também entre os
pensamentos possíveis o único apropriado, correto,
jurídico.”⁸⁵

Tendo isso em conta, mister salientar que Tullio Ascarelli, há muito, afirmava que “O chamado interesse social não pode deixar de ser o dos sócios e somente deles.”⁸⁶

Esse também o pensar de Pier Giusto Jaeger, para quem “Non è possibile, quindi, contrapporre l’interesse coletivo all’interesse individuale, attribuendo il primo a soggetti diversi dagli uomini (10), perché solo gli uomini possiedono dei bisogni, e anche i bisogni che sembrano appartenere ad un organismo sociale si risolvono in bisogni comuni a tutti gli individui che fanno parte (11).”⁸⁷

Chega-se à mesma conclusão lendo artigo de Fábio Konder Comparato publicado na Revista de Direito Mercantil, cuja transcrição de trecho se faz oportuna:

“No sistema da lei de sociedades por ações, a ligação essencial entre o objeto social e o fim de lucro transparece, também no uso iterativo da expressão técnica ‘interesse da companhia’ (arts. 115; 117, § 1º,

⁸⁵ Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 9-16 – grifos nossos

⁸⁶ *apud* Comparato, 2005, p. 335

⁸⁷ L’interesse sociale, *op.cit.*, p. 9

c e e; 154). Como tive oportunidade de assinalar, não se trata de um interesse distinto e superior ao dos acionistas, ligado à idéia de que a companhia existe, tal como imaginou Gierke no século passado, como *Person an sich*. O chamado ‘interesse da companhia’ nada mais é do que o interesse abstrato e comum dos acionistas enquanto acionistas. E este se realiza, logicamente, com a produção e partilha de lucros pelo exercício da atividade empresarial definida no estatuto.

Em consequência, não pode preencher o seu fim a companhia que já não está em condições de explorar, lucrativamente, a empresa que lhe constitui o objeto.”

88

Pier Giusto Jaeger, invocando as lições de Giuseppe Ferri, trilha o mesmo caminho quando afirma que “Nel fenomeno societario rilevano soltanto gli interessi dei *soci attuali*; gli interessi cioè di coloro che, in quel dato momento, in cui la deliberazione viene adottata e l’atto viene posto in essere, si trovano a far parte del gruppo. Non rilevano, invece, gli interessi dei soci eventuali e dei soci futuri; non rileva l’interesse dell’impresa; dato che questa non è un’istituzione; non rilevano, infine, gli interessi dei creditori sociali”⁸⁹

Para os adeptos da teoria organicista, que surgiu no direito brasileiro influenciada pelo direito alemão, o fim da sociedade é distinto do interesse dos sócios. Nas palavras de Comparato, essas “tendências societárias modernas, chamadas institucionalistas, tendem a reconhecer de

⁸⁸ RDM 96/70

⁸⁹ L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo), p. 796/I

forma crescente a convivência na sociedade anônima de diversos interesses por ela afetados: acionistas, trabalhadores, comunidade em que atua.”⁹⁰.

Um dos maiores defensores dessa teoria é Calixto Salomão Filho, para quem “a função social da empresa e do empresário que exercita o controle é muito mais e na verdade até mesmo algo diferente dos deveres com os demais sócios. Trata-se de impor deveres positivos perante terceiros (não sócios) afetados pela atividade empresarial.”⁹¹

Com a devida vênia de seus ilustres defensores, no nosso entender, nas companhias privadas particulares o fim não é esse.

O interesse buscado por quem constitui ou ingressa em uma sociedade privada, via de regra, é um só: o lucro. Se a sociedade, dando lucro, indiretamente gera empregos, impostos, desenvolve a comunidade etc., melhor, mas, por outro lado, se a companhia não dá lucro, não pode o acionista ser obrigado a permanecer com seu capital investido nela apenas porque a sociedade é útil para a coletividade.

Pier Giusto Jaeger ressalta que, até mesmo na Alemanha, berço da *Unternehmen na sich* tem-se a convicção de que o fim da sociedade é o lucro para seus acionistas, *verbis*:

“Anche in Germania, peraltro, si sottolinea che il compito fondamentale della società deve essere individuato nella creazione di valore aggiunto per gli

⁹⁰ O Poder..., *op.cit.*, p. 60

⁹¹ O Poder..., *op.cit.*, p. 131

azionisti, quale premessa della distribuzione dei risultati ai soci medesimi.”⁹²

Em outra obra sua, Jaeger expõe com precisão a crítica que se faz à teoria institucionalista:

“La società per azioni resta invece un istituto di diritto privato, uno strumento di soggetti privati diretto non al perseguimento di astratti fini generali, ma alla concreta realizzazione di un guadagno (29).

Anche il fondamento teorico della dottrina, e cioè il riconoscimento all'impresa di un interesse autonomo, indipendente da quelli di coloro che vi partecipano, viene quindi investito dalla critica, che insiste sulla impossibilità di attribuire interesse a un <<mistico>> (30) ente (l'*Unternehmen*), privo non solo di esistenza nel mondo dei fatti ma anche di riconoscimento giuridico quale soggetto di diritti. Portatori di interessi, affermano i critici della teoria qui esaminata, sono soltanto gli individui singoli, e poichè l'impresa non è altro che uno strumento di cui i capitalisti si servono per ottenere dei profitti, se qualcosa realizza gli interessi di questi si potrà ben dire, usando una formula ellittica, che essa è nell'interesse dell'impresa, ma non si potrà mai attribuire a quest'ultima uno scopo proprio (*Selbstzweck*), che non possa ridursi allo scopo perseguito da un particolare gruppo di uomini (31).”⁹³

⁹² L'interesse sociale rivisitato..., *op.cit.*, pág. 798/I

⁹³ L'interesse sociale, *op. cit.*, pág. 25

Fabio Ulhoa Coelho, ao tratar do exercício irregular do direito de voto, demonstra, de uma forma absolutamente cartesiana, que não há como se separar o interesse da sociedade dos interesses de seus sócios. Vejamos:

“O acionista deve exercer o direito de voto, diz a lei, no interesse da companhia (LSA, art. 115). A fórmula do legislador sugere que o acionista deve nortear sua vontade ou entendimento, ao expressar o voto, pelo que seria mais conveniente ao fortalecimento da pessoa jurídica da sociedade, como exploradora de atividade empresarial; a lei parece querer que o acionista não privilegie, na hora do voto, o seu interesse individual. A primeira dificuldade de aplicação do preceito advém da localização, pelo votante, do parâmetro recomendado na lei. Com efeito, quem é o intérprete do interesse social ? Na maior parte das vezes, o controlador; nas hipóteses em que está impedido de votar, a maioria dos minoritários; no caso de empate persistente, o juiz (art. 129, § 2º); nas oportunidades em que a lei autoriza o voto dos preferencialistas, a maioria dos acionistas presentes à assembléia; quando a lei exige *quorum* qualificado, os acionistas que representem pelo menos metade do capital votante, e assim por diante. Outra dificuldade está em que o interesse social *decorre* da vontade ou entendimento *predominantes* entre os acionistas titulares de direito de voto; não os antecede. Resta a impressão de que a lei deseja, do sócio, no momento do voto, que ele antecipe, por sua experiência e pelo modo como vê a

sociedade e os demais sócios, o resultado da votação. Mas isso é um despropósito, porque, a se admitir que os acionistas teriam o dever de nortear seus votos pelo que calculam ser o predominante no corpo social, os vencidos teriam inexoravelmente votado contra o interesse da companhia, em claro desrespeito à lei.”⁹⁴

Como diz Comparato, “a sociedade existe no interesse dos sócios”. E, adiante, o citado comercialista conclui que nas deliberações cada qual vota “segundo o seu próprio interesse”.⁹⁵

O que há é apenas uma limitação do exercício da empresa, mas o fim buscado nas companhias privadas particulares permanece sendo, como sempre, o lucro.

Para melhor elucidar, valemo-nos, mais uma vez, do magistério de Fábio Konder Comparato:

“Falar em interesses externos à empresa, a serem atendidos pelo empresário ou controlador, é usar de linguagem inteiramente estranha à tradição do capitalismo liberal. Para este, o empresário é proprietário dos meios de produção e, como tal, tem direito ao exercício da atividade empresarial, como poder inerente à propriedade (Código Civil de 2002, art. 1.196), e à apropriação dos lucros, como fruto de bens próprios. A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas conseqüências jurídicas de maior

⁹⁴ Curso..., *op.cit.*, vol. 2, p. 312

⁹⁵ O Poder..., *op.cit.*, p. 60

importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente (justificação teleológica e não pelo título casual); sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição e instrumentados na lei do plano. De outro lado, o lucro, longe de aparecer como o fruto da propriedade do capital, passa a exercer a função de prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, obedecidas as finalidades sociais fixadas em lei.

Isto posto, a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito.”⁹⁶

Linhas adiante, o citado comercialista reforça a afirmação, quando assevera: “o objetivo final é a produção de lucros, com a sua repartição entre os sócios; e nisto vai a diferença específica entre sociedade e associação.”⁹⁷

Mauro Rodrigues Penteado traz um outro argumento para somar aos anteriores expostos, qual seja: “a própria ‘lógica’ do capitalismo e dos regimes de economia de mercado, (...) repudiam recursos e capitais esterilizados, ou aprisionados em organizações societárias improdutivas, inativas, ou sem perspectivas de lucratividade, mas que, por outro

⁹⁶ O Poder..., *op.cit.*, p. 365

⁹⁷ O Poder..., *op.cit.*, p. 382

lado, atende aos interesses dos controladores ou tem um papel social importante.”⁹⁸

Continuando seu raciocínio prossegue: “Nesses casos, ou quando os sócios se desinteressam pelo empreendimento comum, é essa mesma ‘lógica’ que determina a dissolução e liquidação da empresa, de molde a que se proceda a partilha e devolução do acervo patrimonial líquido aos participantes; pois, com raríssimas exceções (v.g., lazer e/ou ócio), os valores recebidos em devolução, pelos sócios, até por vocação sistêmica, culminam por ser reintroduzidos no regime produtivo.”⁹⁹

Até então, essa particularidade não havia sido mencionada, mas é justamente isso que reforça a necessidade de dissolver sociedades que não preenchem o fim.

Mauro Rodrigues Penteado vai ainda mais longe, afirmando que “é inequívoco o **interesse público** em que as dissoluções e liquidações se processem de forma ágil e desburocratizada, para que a reinserção de valores estagnados no sistema econômico se opere com maior celeridade.”¹⁰⁰

E conclui “é também de interesse público a eliminação de sociedades infecundas ou inertes do cenário empresarial, visto que o Direito positivo há sempre que perseguir a certeza e a segurança as (sic) relações negociais e mesmo institucionais.”¹⁰¹

Samantha Lopes Alvares discorda dessa solução quando diz que: “Não é aceitável a dissolução da sociedade que

⁹⁸ Dissolução e Liquidação de Sociedades, Brasília, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995, p. 18

⁹⁹ Dissolução..., *op.cit.*, p. 18

¹⁰⁰ Dissolução..., *op.cit.*, p. 19

¹⁰¹ Dissolução..., *op.cit.*, p. 19

apresenta resultados negativos por período determinado, mas que poderá recuperar-se posteriormente.”¹⁰²

Para chegar a tal conclusão, a autora fulcra seu raciocínio nas lições de Carlos Klein Zanini, o qual afirma que “não basta a ausência de lucros para caracterizar a impossibilidade de a companhia preencher seu fim. O elemento preponderante na caracterização dessa impossibilidade deve ser muito mais a constatação da inviabilidade da companhia num contexto mais amplo – incluindo a investigação de seu passado e perspectivas futuras, bem como do contexto na qual se insere – do que a ausência de lucros tomada de forma isolada. É necessário que a companhia não mais apresente condições de explorar lucrativamente a atividade que constitui seu objeto.”¹⁰³

Ocorre que o raciocínio ignora a outra premissa que leva à conclusão de que a companhia que não dá lucros deve ser dissolvida. O fim da sociedade privada deve ser visto sob a perspectiva dos sócios. Não basta que a companhia apresente condições de explorar lucrativamente a atividade, tampouco é suficiente para demonstrar que preenche o fim que ela dê lucros. O que é necessário é que dê lucros e os distribua a seus acionistas.

Tanto é assim que em seus Comentários à Lei de Sociedades Anônimas Modesto Carvalhosa já afirmou que pode ser objeto de dissolução “a companhia que não produz lucros, a que produz lucros irrisórios e conseqüentemente distribui dividendos irrisórios, e ainda a que produz lucros compatíveis, mas distribui lucros irrisórios”¹⁰⁴.

¹⁰² Ação de Dissolução de Sociedades, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 53

¹⁰³ Ação de Dissolução..., *op.cit.*, p. 53

¹⁰⁴ Comentários ..., *op.cit.*, 4º volume, tomo I, p. 89

Dessa afirmação se conclui que se as companhias que produzem lucros e distribuem dividendos irrisório podem ser objeto de dissolução, com mais razão ainda também ficam sujeitas a isso as sociedades que não distribuem resultado algum.

Caso emblemático que bem ilustra essa questão foi o dos irmãos Dodge. Nos conta Fábio Ulhoa Coelho que:

“Em 1919, a Suprema Corte de Michigan, nos Estados Unidos, julgou uma demanda, promovida pelos acionistas minoritários (os irmãos Dodge) contra a referida companhia de que eram sócios (a *Ford Motor Co.*), que se tornou referência na questão da distribuição dos lucros sociais. Foi um dos primeiros casos do direito norte-americano em que a justiça não prestigiou a regra da discricionariedade dos administradores na condução dos negócios da empresa (*business judgment rule*) para determinar a declaração de dividendos (Hamilton, 1980:402/403). A política da *Ford* consistia na distribuição, entre os acionistas, de ‘dividendos regulares’ na ordem de 1,2 milhões de dólares, e de ‘dividendos especiais’ de 10 milhões de dólares por ano. O controlador da companhia, Henry Ford, contudo, deliberou não pagar esta última parcela num exercício em que a contabilidade registrava o resultado positivo de 60 milhões de dólares e lucros acumulados (*surplus*) de 112 milhões. Questionada em juízo, a sociedade se defendeu alegando a necessidade de construir uma nova fábrica, e a vontade de não custear com os frutos de futuras vendas, porque considerava ser seu

dever reduzir os preços dos automóveis. A Corte rejeitou a defesa, fundada no argumento de que o objetivo principal das empresas é a geração de lucros para seus sócios e o poder discricionário da administração deve ser exercido com vistas à realização desse objetivo.”¹⁰⁵

Nas sociedades de economia mista, contudo, aceitamos que, de fato, o fim não pode ser entendido como o lucro. Mas isso se dá por uma simples razão, essas companhias têm características claramente institucionalistas.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA DISSOLUÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO DO FIM

A primeira notícia que se tem no nosso ordenamento jurídico acerca da dissolução das sociedades por não preenchimento do fim data de 1850. Tal previsão consta do Código Comercial.

Naquele diploma legal estava regulada, nos artigos 335 e 336, a dissolução de todos os tipos societários, exceção das companhias, que tinham regra específica, prevista no artigo 295, *verbis*:

“Art. 295 – As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação

¹⁰⁵ Curso..., *op.cit.*, vol. 2, p. 328

do Corpo Legislativo quando hajam gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato de Poder que as houver autorizado.

As companhias só podem ser dissolvidas:

1. Expirando o prazo da sua duração;
2. Por quebra; e
3. Mostrando-se que a companhia não pode preencher o intuito e fim social.”

Como se vê, o dispositivo retro mencionado previa a dissolução da sociedade anônima em três situações: término do prazo de duração, quebra e impossibilidade de preencher o intuito e fim social.

Ricardo dos Santos Freitas afirma que “o texto é muito parecido com o da lei atual, que conduz à seguinte conclusão: ou nós já éramos extremamente avançados e próximos da perfeição desde aquela época, ou estamos há muito tempo sem evolução neste campo”.¹⁰⁶

Tenho para mim, entretanto, que é justamente por essa disposição já existir no Código Comercial de 1850¹⁰⁷ e ter sido repetida nos diplomas legais que se seguiram, notadamente na atual lei das Sociedades Anônimas, que não procede a afirmação de que o fim da companhia privada particular não é egoístico.

O dispositivo, repita-se, não é novo, não foi introduzido em decorrência da mudança de Estado liberal para social. Pelo contrário, como visto, tal previsão legal existe desde 1850 !

¹⁰⁶ Dissolução de S/A pela impossibilidade de preencher o seu fim, RDM 113/222, p. 223

¹⁰⁷ Em uma época dominada pela escola contratualista (que privilegiava a vontade dos sócios em detrimento do interesse institucional da sociedade). Cf. Samantha Lopes Alvares *in* Ação de Dissolução de Sociedades, Quartier Latin, 2008, p. 21

Logo, não é o caso de ficar perquirindo se éramos ou não avançados em 1850, mas de constatar que mesmo no contexto da plena ebulição do Estado social o legislador optou por manter a redação do artigo que há mais de 125 anos já era adotada.

Justamente pelo fato de a norma não ter sido modificada, mas, quando muito, os valores que lhe deram origem, faz-se oportuno rememorar a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale.

De início, Miguel Reale já faz uma advertência: que a redução da *“teoria tridimensional do Direito à simples constatação de que toda experiência jurídica implica, sempre de um modo ou de outro, a correlação de fatos, valores e normas”*¹⁰⁸ é um erro.

E a explicação para tal observação vem logo a seguir. Diz o respeitado jurisfilósofo brasileiro que para que seja considerada como teoria a tridimensionalidade, há que se indagar sobre a natureza de cada um dos fatores que se correlacionam na vida do Direito, a saber: irreducibilidade do valor ao juízo normativo ou às situações factuais; vinculação dos três fatores ao mundo da vida e compreensão final da realidade jurídica em termos de “modelos”.

Explica, adiante, qual o sentido que dá às palavras **valor**: *“intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível.”*; **fato**: *“corresponde tanto ao participio passado factum, de fieri (acontecer), como de facere (fazer).”*¹⁰⁹

¹⁰⁸ Teoria Tridimensional do Direito, pp. 89-114 e 117-128

¹⁰⁹ Teoria..., op. cit., pp. 89-114 e 117-128

Faz questão também de deixar claro que a posição por ele defendida está em absoluto contraste com a concepção kelseniana de norma jurídica, asseverando que para si, *“o direito é norma e situação normada”; “a norma jurídica é a sua interpretação”; “toda norma jurídica só se compreende na estrutura global do ordenamento”*¹¹⁰.

Em suma, o que Miguel Reale sustenta é que o direito é estável, mas não é estático, pois a mutabilidade é inerente à vida jurídica. Ou, em outras palavras, *“uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores, até se tornar necessária a sua revogação.”*¹¹¹

E isso decorre do fato de que o Direito *“está imerso no mundo da vida”*, isto é, não pode ser visto abstraindo-se da realidade. Por outro lado, faz questão de destacar a importância da hermenêutica, chegando a dizer que *“Não há direito sem interpretação.”* e que o antigo brocardo *interpretatio cessat in claris* somente confirma sua assertiva, haja vista que a afirmação de clareza já, por si só, significa que houve interpretação para chegar a essa conclusão.

O Prof. Reale discorre, por fim, sobre como deve se portar o intérprete da norma jurídica, qual o processo de hermenêutica que deve adotar e conclui que a Ciência Jurídica só é possível porque a vida social é dotada de estabilidade e previsibilidade.

Enfim, o que se conclui é que ao longo de todos esses anos a norma se manteve inalterada, muito embora os valores possam ter se modificado. Não obstante, somos do pensar de que as alterações

¹¹⁰ Teoria..., op. cit., pp. 89-114 e 117-128

¹¹¹ Teoria..., op. cit., pp. 89-114 e 117-128

não foram tamanhas a ponto de dizer que o fim das companhias privadas particulares deixou de ser o lucro a seus acionistas.

O que houve, isto não podemos negar, foi uma mudança de paradigma. O lucro antes visado se sobrepunha a tudo e a todos. Hodiernamente essa busca persiste mas deve ser compatibilizada com outros interesses, a saber: dos consumidores, do fisco, do meio ambiente, dos empregados etc.

Em outras palavras, o que queremos dizer é que o lucro permanece sendo o fim que motiva as pessoas a empreender, a adquirir ações etc, mas a empresa não é mais absolutamente livre.

Isso não quer dizer, evidentemente, que a companhia deva chegar ao absurdo de substituir o Estado em suas obrigações e atribuições, como chegou a ser dito. Não é isso, nem as restrições e limitações que são impostas à atividade dizem respeito a isso.

As limitações que o Estado impõe para alcançar o resultado perseguido são relativas, por exemplo, à vedação aos atos de concentração, a fim de preservar a livre concorrência, à observância de normas ambientais etc.

Feitos esses esclarecimentos, retomamos a análise da evolução legislativa sobre dissolução de sociedades. O próximo diploma legal que tratou do tema foi a Lei nº 3.150 de 1.882. Seguiu-se a ela o Decreto nº 8.821 de 1882, o Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891 e o Decreto-lei nº 2.627/40, que antecedeu a atual lei de sociedades anônimas.

Nesses, a exemplo do que ocorreu no Código Comercial de 1850, manteve-se como causa de dissolução a

impossibilidade de preencher o intuito e fim social. Por fim, idêntica disposição constou no artigo 206, II, “b” da Lei nº 6.404/76.

A única mudança que ocorreu ao longo desses mais de 150 anos diz respeito à introdução de uma condição para propositura da ação, isto porque, como visto, o Código Comercial e os diplomas legais que o seguiram legitimavam todos os acionistas para o ajuizamento do pedido de dissolução por não preenchimento do fim.

Somente com o advento do Decreto-lei nº 2.627/40 passou-se a restringir a legitimidade. Primeiramente, aos acionistas que representassem mais de um quinto do capital social, percentual esse posteriormente reduzido na Lei nº 6.404/76 para 5% (cinco por cento).

Outras leis trataram da dissolução de sociedades, como foi o caso do Código Civil de 1916, do Decreto nº 3.708/19, do Código Civil de 2002, mas, como essas versavam sobre a dissolução em outros tipos societários, tais como as sociedades limitadas, em comandita, em nome coletivo, de capital e indústria, em conta de participação, simples etc. não nos deteremos na análise dessas normas, posto que a presente dissertação tem por escopo apenas analisar a dissolução de sociedades anônimas e, mesmo dessas, somente as que têm como causa o não preenchimento do fim, ou seja, especificamente a hipótese contemplada no artigo 206, II, “b” da Lei nº 6.404/76.

Na Itália, diferentemente daqui, o legislador não estabeleceu como causa da dissolução a impossibilidade de preenchimento do fim. O artigo 2.448 do Código Civil Italiano fala em consequimento do objeto social ou superveniência impossibilidade de consegui-lo, o que, como vimos, é substancialmente diverso.

Com efeito, como já expusemos, objeto social é o meio pelo qual a companhia pretende alcançar seu fim. No entanto, apesar da diferença entre as disposições legais brasileira e italiana, Carlos Klein Zanini assevera que: “Embora a caracterização da ‘impossibilidade de realizar o objeto social’ seja mais restrita do que a ‘impossibilidade de a sociedade preencher seu fim’ – o que, aparentemente, justificaria a crítica aos termos em que formulada a lei – há que se atentar para o fato de que o atual Código acrescentou ao elenco das causas dissolutórias a impossibilidade de funcionamento e inatividade continuada da assembléia.”¹¹²

Em França segue-se a mesma linha do Código Civil Italiano, como se verifica pela leitura do artigo 1844-7 do Código Civil, *verbis*:

“La société prend fin: 1° Par l’expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l’article 1844-6; 2° Par la réalisation ou l’extinction de son objet; 3° Par l’annulation du contrat de société; 4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés; 5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d’un associé pour justes motifs, notamment em cas d’inexécution de ses obligations par um associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société; 6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l’article 1844-5; 7° Par l’effet d’un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs de la société; 8° Pour toute autre cause prévue par les statuts.”

¹¹² A dissolução..., *op.cit.*, p. 9

A diferença entre o regime francês e o italiano, segundo nos dá conta Zanini é que “a lei francesa refere-se à extinção do objeto, ao passo que a italiana trata da impossibilidade de sua realização.” ¹¹³

Seguindo a linha da Itália e França, outros países, como é o caso do México e da Argentina, também adotam como causa de dissolução a impossibilidade de realização do objeto social.

Na Espanha, por outro lado, a legislação adotou disposição idêntica àquela do direito tupiniquim. Com efeito, o artigo 260 do Texto Refundido de La Ley de Sociedades Anónimas elenca dentre as causas de dissolução a impossibilidade de realizar o fim social, como se depreende pela leitura do dispositivo, cuja transcrição se faz oportuna para ilustrar:

“Art. 260. Causas de disolución. – 1. La sociedad anónima de disolverá: 1º - Por acuerdo de la junta general, adoptado com arreglo al artículo 193. 2º - Por cumplimiento del término fijado em los estatutos. 3º - Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento. 4º - Por consecuencia de perdidas que dejen reducido el patrimonio a uma cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca em la medida suficiente. 5º - Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal. 6º - Por la fusión o escisión total de la sociedad. 7º - Por

¹¹³ A dissolução..., *op.cit.*, p. 26

cualquier otra causa establecida em los estatutos. 2. La quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución que la declare.”

Foi, porém, nos Estados Unidos, que, segundo Zanini, “o tema da dissolução judicial da sociedade anônima alcançou maior grau de desenvolvimento.” ¹¹⁴

E a explicação que ele nos apresenta para isso é a seguinte:

“No que respeita à dissolução da *close corporation*, o principal fator que motivou a construção desse regime jurídico diferenciado foi a impossibilidade concreta de o acionista minoritário promover a venda de suas ações, verificada tanto pela inexistência de mercado como em função de restrições colocadas à sua circulação ...

O tratamento diferenciado conferido ao acionista minoritário da companhia fechada se deve, portanto, ao reconhecimento de uma dificuldade prática: a impossibilidade (ainda que em tese tal retirada fosse possível) de ele se retirar da sociedade mediante a venda de suas ações, porquanto dificilmente existiriam pessoas dispostas a adquirir um lote minoritário de ações, irrelevante em termos de definição de controle.” ¹¹⁵

¹¹⁴ A dissolução..., *op.cit.*, p. 30

¹¹⁵ A dissolução..., *op.cit.*, p. 37

ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO DO FIM

Examinado o direito material, resta agora verificar quem são as partes, qual é o foro, o valor que tem que ser dado à causa, a natureza jurídica da sentença, matéria de contestação, cabimento de reconvenção, enfim, como se processa a ação que objetiva a dissolução da companhia por não preenchimento do fim.

RITO

Pois bem, a ação de dissolução vem regulada nos artigos 655 a 674 do Código de Processo Civil de 1939, os quais permanecem em pleno vigor por força do artigo 1.218, VII do CPC de 1973.

Contudo, com o passar do tempo, a jurisprudência criou uma nova espécie de dissolução de sociedade, qual seja, a dissolução parcial.

Muito embora o termo seja equivalente ao que é empregado para definir as mais variadas formas de resolução da sociedade em relação ao sócio, tais como o recesso, a expulsão etc, o uso da expressão pela jurisprudência era em outro sentido, como nos explica Priscila M. P. Corrêa da Fonseca:

“Malgrado a expressão *dissolução parcial* tenha seu uso generalizado na doutrina e na jurisprudência – quer nacional, quer alienígena –, para designar precisamente as formas de rompimento unilateral do

contrato social, a jurisprudência, no Direito brasileiro, concebeu outra forma de ruptura parcial do vínculo societário, a qual batizou, também de ‘dissolução parcial’.

Esta teria lugar como sucedâneo da dissolução total preconizada pelo art. 335.5, do Código Comercial, isto é, em vez de deferir ao sócio a faculdade de extinguir a sociedade em virtude de mera manifestação de vontade, a jurisprudência, em homenagem à relevância social e econômica da empresa, concedeu a este que assim requeresse outro direito: o de retirar-se da sociedade. Esse recesso, no entanto, viria acompanhado de uma peculiaridade: o sócio teria o valor de seus haveres calculado da mesma forma como ocorreria na liquidação total do organismo social, tal como, aliás, o art. 335.5 do Código Comercial lhe assegurava.”¹¹⁶

As dissoluções de sociedades anônimas, por seu turno, não se submetem ao regime dos artigos 655 e seguintes do CPC/39, mas seguem o procedimento ordinário da Lei dos Ritos de 1973, ou seja, devem observar as disposições do artigo 282 e seguintes.

Nesse sentido Priscila M. P. Corrêa da Fonseca:

“A dissolução parcial é criação pretoriana. Carece, por essa razão, de regramento processual. Tal carência tem levado os órgãos julgadores a socorrer-se ora das normas pertinentes ao procedimento da

¹¹⁶ Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio, São Paulo, Editora Atlas, 2002, pp. 19-20

dissolução total, previstas nos arts. 655 *usque* 674 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) – em vigor por força da determinação contida no art. 1.218, VII, da Lei Processual Civil vigente -, ora daquelas constantes do Capítulo XVII da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativas à dissolução, liquidação e extinção das sociedades por ações (arts. 206 *usque* 219).

Sucede, todavia, que nenhum desses diplomas legais amolda-se à dissolução parcial, já que esta – ao contrário da dissolução total – não visa à liquidação e extinção da sociedade, mas apenas à retirada do sócio descontente, com a conseqüente apuração dos haveres a este devidos. E essa apuração de haveres não se confunde, em absoluto, com a liquidação tal qual verificada ao cabo da existência da sociedade, pois que não objetiva à alienação do ativo e, tampouco, ao pagamento do passivo. Colima, isto sim – poder-se-ia afirmar com um certo esforço -, uma liquidação ficta, já que o pagamento ao retirante é levado a efeito, em princípio, independentemente de qualquer ato que implique a venda de bens ou mesmo o pagamento de passivo.

.....

Afastada a incidência das normas que regem a dissolução total – quer as insculpidas no Código de Processo Civil de 1939, quer as constantes da Lei das S.A. -, cumpre anotar que a ação de dissolução parcial de sociedade deverá ser promovida por meio de processo de conhecimento, adotando o

procedimento comum, exceto nas hipóteses – extremamente remotas – em que o valor da causa, inferior a 20 (vinte) salários mínimos ¹¹⁷, reclamar o procedimento sumário (CPC, art. 275, I). Poderá, igualmente, processar-se perante o juizado especial cível sempre que o valor da causa não superar 40 (quarenta) salários mínimos (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 3º, I).” ¹¹⁸

Trilha o mesmo caminho Samantha Lopes Alvares: “É de se ver que o procedimento da ação de dissolução parcial obedece ao rito ordinário, e não se confunde com a ação de dissolução regulada pelo Código de Processo Civil de 1939.” ¹¹⁹

E como aqui estamos tratando apenas da hipótese do artigo 206, II, “b” das Lei de Sociedades Anônimas, ou seja, da dissolução de companhia por não preenchimento do fim, a própria lei Processual Civil prevê, em seu artigo 674, que o rito a ser seguido é o ordinário, *verbis*:

“Art. 674. A dissolução das sociedades anônimas far-se-á na forma do processo ordinário.”

Logo, se em relação aos demais tipos societários pode haver discussão sobre o procedimento a ser adotado (especial, ordinário ou sumário), nas sociedades por ações esse debate é totalmente estéril, haja vista a existência de expressa disposição legal.

¹¹⁷ A nova redação do dispositivo ampliou a alçada do rito sumário para ações cujos valores sejam de até 60 (sessenta) salários mínimos.

¹¹⁸ Dissolução Parcial..., *op.cit.*, pp. 89-92

¹¹⁹ Ação de Dissolução..., *op.cit.*, p. 64

PEDIDO

Aqui surge a primeira indagação: seria possível formular pedidos alternativos de dissolução total e parcial ?

Examinando a Lei Processual, encontra-se a resposta no inciso III do artigo 292 do CPC, o qual dispõe no seguinte sentido:

“Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

.....

III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.”

Como visto, a par de estar regulada pelo artigo 674 do Código de Processo Civil de 1939, a dissolução das sociedades anônimas se processa pelo rito ordinário, de modo que eventual pedido alternativo de dissolução parcial seguiria o mesmo procedimento comum, donde se conclui pela possibilidade de cumulação.

Ainda que houvesse dúvida sobre o procedimento que a dissolução total deveria seguir, isto é, se especial ou comum, o que se admite apenas para debater, o parágrafo 2º do retro citado artigo 292 do CPC abriga a possibilidade da cumulação de pedidos, bastando, para tanto, que o feito se processe sob o rito ordinário.

Veja-se, a propósito, comentário de Cassio Scarpinella Bueno sobre o dispositivo:

“A cumulação pode ser admitida, no entanto, desde que o autor opte, *dada a diversidade de procedimentos para cada um dos pedidos*, pelo procedimento comum ordinário (art. 292, § 2º). Assim, desde que o autor abra mão de um procedimento especial, reclamado, a princípio, pelo tipo de bem da vida que pretendia proteger (objeto mediato) ou pelo tipo de tutela jurisdicional que poderia, sobre ele, pleitear (objeto imediato), não há qualquer inconveniente que ele cumule seus pedidos. Trata-se, quase, de uma *renúncia*, pelo autor, de um procedimento especial ou comum-sumário em prol de um interesse público maior, a economia processual e a uniformidade de decisões.”¹²⁰

Esse também o pensar de Carlos Klein Zanini, como se infere pela leitura do trecho extraído de sua obra “A dissolução judicial da sociedade anônima”, abaixo reproduzido:

“... a inicial pode conter requerimento expresso da ‘dissolução parcial’ em substituição à total na hipótese de essa não ser acolhida pelo juiz da causa. O pedido principal seria a dissolução total da sociedade; o subsidiário, sua ‘dissolução parcial’, sendo que este último viria formulado *ad cautelam* para a hipótese do desacolhimento do primeiro.”¹²¹

¹²⁰ Código de Processo Civil Interpretado, São Paulo, Atlas, 2004, p. 907

¹²¹ A dissolução ..., *op.cit.*, p. 284

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca igualmente entende que é possível a formulação de pedidos alternativos de dissolução total e parcial, *verbis*:

“Também disjuntivamente poderá ser pleiteada a dissolução parcial, como pedido alternativo ao de dissolução total, ou vice-versa. Em outros termos, requerida esta última, diante da insurgência dos réus e em atenção ao princípio da preservação da empresa, o Juiz poderá não dissolver a sociedade, optando por acolher o outro pedido formulado: o de dissolução parcial. Como, por igual, poderá agasalhar o pedido de dissolução total, rejeitando a simples retirada do sócio.”¹²²

A seu ver, a única consequência de se formular pedidos alternativos de dissolução total e parcial diz respeito ao rito que deve ser seguido, *verbis*:

“A possibilidade de vir a ser requerida a dissolução, parcial como pedido sucessivo ou alternativo da dissolução total, impõe ao autor a opção pelo rito ordinário (CPC, art. 292, § 2º).”

Muito embora, como visto, Zanini admita a formulação de pedidos alternativos de dissolução total e parcial, refuta a possibilidade de decretação de dissolução parcial quando o pedido é único, isto é, de dissolução total, e o faz pelas seguintes razões: “A ‘dissolução parcial’ não é um *minus* em relação à total. Trata-se (sic) de pedidos distintos. Logo, o acolhimento de um ou outro somente pode ter lugar quando os mesmos vierem

¹²² Dissolução Parcial..., *op.cit.*, p. 123

expressamente formulados. Ou seja, não há como deferir-se a ‘dissolução parcial’ em substituição à dissolução total se aquela não foi objeto de requerimento específico na exordial.”¹²³

Essa também a posição de Samantha Lopes Alvares: “...entendemos que a decretação da dissolução parcial quando o pedido do autor cingir-se tão-somente à dissolução total constitui, em verdade, julgamento *extra petita*, e contraria a sistemática do nosso diploma processual.”

¹²⁴

E a justificativa apresentada pela jovem doutoranda pela PUC-SP é a seguinte: “É de se ver que a dissolução parcial não tem previsão legal que autorize o conhecimento desse pedido como um ‘pedido implícito’, motivo pelo qual a sua decretação sem pedido manifesto é, a nosso ver, *contra legem*.”¹²⁵

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca diverge desse pensamento. Para ela “tal orientação jurisprudencial também se fundamenta na previsão do art. 668 do Código de Processo Civil de 1939, que contempla a possibilidade de a sociedade não se dissolver diante da morte ou retirada do sócio, quando então deverão ser calculados exclusivamente os haveres correspondentes à participação do sócio falecido ou retirante.”¹²⁶

A comercialista prossegue seu raciocínio asseverando que: “Em outras palavras, a decisão que nega a dissolução total explicitamente requerida e assegura uma retirada jamais pleiteada pelo autor – ou postulada pelo réu, em reconvenção – não é considerada *extra petita*,

¹²³ A dissolução..., *op.cit.*, p. 286

¹²⁴ Ação de dissolução ..., *op.cit.*, p. 137

¹²⁵ Ação de dissolução ..., *op.cit.*, p. 138

¹²⁶ Dissolução Parcial..., *op. cit.*, p. 124

porquanto estaria apenas a representar mero '*provimento parcial do pedido e ajustada ao interesse social de preservação de empresas*'.¹²⁷

A vertente que prevaleceu na jurisprudência foi justamente essa última. Com efeito, em julgamento realizado há mais de 40 anos o Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado no RE nº 59.101-MG, já asseverava que a parte que deduz pedido de dissolução total quer, em verdade, sair da sociedade, pouco lhe interessando se a sociedade continuará ou não.

Esse também o entendimento que tem sido dado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode constatar pelo recente acórdão prolatado no Recurso Especial nº 507.490.

Em França a solução da dissolução parcial também tem sido adotada a fim de preservar a empresa, como nos relata Carlos Klein Zanini:

“... o direito francês tem adotado em alguns casos uma alternativa intermediária entre a dissolução total da sociedade e a improcedência da demanda dissolutória, deferindo a retirada do sócio insatisfeito e indesejoso de permanecer na sociedade. Solução essa, aliás, muito semelhante à encontrada no direito norte-americano nos casos em que de fato existe uma desinteligência grave entre os sócios de uma companhia próspera, que visa a compatibilizar a preservação da empresa com o resguardo do direito

¹²⁷ Dissolução Parcial..., *op.cit.*, p. 125

individual que assiste ao sócio de opor-se à sua permanência indefinida na empresa.”¹²⁸

A DISSOLUÇÃO POR PERDA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*

Uma outra questão bastante controversa diz respeito à possibilidade de se requerer a dissolução parcial de sociedade anônima apenas alegando a perda da *affectio societatis*.

Carlos Klein Zanini se mostra contrário à idéia e expõe suas razões sob a forma de críticas aos diversos argumentos que foram deduzidos em prol da admissibilidade. Assim, diz:

“No que diz respeito à proposição de HETHERINGTON & DOOLEY (*buy-out*), a principal crítica que lhe pode ser dirigida reside no fato de que a solução por eles proposta equivale a tornar a sociedade anônima passível de dissolução a qualquer tempo, pelo requerimento até mesmo de um único acionista (ainda que titular de uma só ação !), independentemente de qualquer fundamentação.

.....
Põe-se em evidência, assim, que o maior problema decorrente dessa proposição residiria na instabilidade que geraria no âmbito das sociedades, desestabilizando a organização do poder de controle.

.....
Como se pode observar dos acórdãos favoráveis à ‘dissolução parcial’ imotivada, dois deles têm como traço característico a busca de uma integração da

¹²⁸ A dissolução..., *op.cit.*, p. 30

L.S.A., partindo do pressuposto de que a mesma conteria uma lacuna na parte destinada a regular a dissolução judicial da sociedade anônima. Nesses casos, tendo a existência da lacuna como premissa, recorreu-se a uma das técnicas mais conhecidas para supri-la: a analogia.

.....

O equívoco em que incorre tal posicionamento não reside, todavia, no reconhecimento das semelhanças existentes entre as sociedades anônimas fechadas e as limitadas – que de fato existem e podem ser bastantes –, mas sim em considerar que a L.S.A. conteria uma lacuna no tocante à regulamentação da dissolução.

Em nossa opinião, inexistente lacuna na L.S.A., enganando-se aqueles que julgam ter o legislador deixado espaço para a inserção de outras hipóteses dissolutórias que não as descritas no art. 206 da L.S.A.

.....

O outro argumento empregado nos acórdãos em favor da admissibilidade da ‘dissolução parcial’ imotivada – de que as hipóteses de recesso previstas na L.S.A. poderiam ser ampliadas – padece do mesmo mal que aflige a proposta de aplicação analógica do direito das sociedades limitadas: a inexistência de lacuna a ser suprida.”¹²⁹

¹²⁹ A dissolução..., *op. cit.*, p. 272-277

Contudo, temos que discordar da posição defendida pelo Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRGS.

Não é por aplicação supletiva da lei que rege as limitadas que, a nosso ver, se justifica a dissolução parcial imotivada de algumas sociedades anônimas.

A premissa é outra. O que deve ser analisado é se a companhia tem ou não características *intuitus personae*.

Isso porque a dissolução parcial imotivada não é admissível indistintamente a todas as companhias, mas apenas àquelas microcompanhias fechadas com caráter *intuitus personae*;

Potanto, a razão que justifica a dissolução parcial imotivada não é a aplicação por analogia do dispositivo das limitadas, pois concordamos que nesse ponto “*inexiste lacuna na L.S.A.*”. Como dito, o fundamento jurídico que embasa o ato é outro, qual seja: a essência personalista da companhia.

O Ministro César Asfor Rocha, ao proferir seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 111.294, asseverou: “No entanto, há hipótese, como a configurada na espécie, em que, nada obstante a sociedade ser anônima, os sócios foram congregados, quando da sua constituição, por motivações pessoais, agindo, substancialmente, como força atrativa, a afeição recíproca e a mútua confiança que permeava entre eles.”

No mesmo julgamento, o Ministro Aldir Passarinho Junior diagnosticou, com perfeição, o que sucedia no caso *sub examine*: “... trata-se de uma sociedade anônima, mas sem as características

típicas de uma 'S/A'; na verdade, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima.”

É antiga no nosso direito a advertência de que, na interpretação dos contratos devem ser levadas em consideração mais as intenções do que as palavras...

**RECESSO OU DISSOLUÇÃO PARCIAL
IMOTIVADA. O ACIONISTA TEM
LIBERDADE PARA ESCOLHER QUAL
CAMINHO SEGUIR ?**

Provavelmente após termos demonstrado que em determinadas situações, as quais deverão ser analisadas caso a caso, é possível a dissolução parcial imotivada, alguns poderão apressadamente concluir que, ocorrendo alguma das hipóteses previstas nos incisos I a VI e XI do artigo 136 da Lei nº 6.404/76, ensejadoras do exercício do direito de recesso, poderia o acionista dissidente optar por um caminho ou outro.

Contudo, antes que se deduza tal equivocada conclusão do quanto restou afirmado linhas atrás, nos adiantamos a afirmar que o acionista não tem à sua disposição a possibilidade de escolha do procedimento que pretende seguir.

E esse esclarecimento se faz importante porque há diferenças substanciais entre a forma de apuração de haveres que deve ser observada no recesso e a metodologia que se segue à decretação da dissolução parcial da sociedade.

Com efeito, apenas para ilustrar essa distinção, vale mencionar que o valor de reembolso ao acionista dissidente que

exerceu o recesso é calculado tomando-se por base o patrimônio líquido contábil da companhia ¹³⁰, salvo se houver previsão estatutária em sentido diverso.

Isso implica em dizer que se não houver no estatuto previsão de avaliação pelo valor econômico, o fundo de comércio, os intangíveis, a marca etc... não serão computados para o cálculo do valor de reembolso.

Da mesma forma, nessa situação, qual seja, quando não há previsão estatutária de quais normas devem ser seguidas para determinação do valor de reembolso, até 2007 não se aferia qual o valor de mercado dos ativos que compõem o balanço ¹³¹, visto que esses deviam ser contabilizados pelos seus valores históricos e sofriam, ao longo dos anos, as competentes depreciações.

Enfim, salvo se houver previsão estatutária em sentido diverso, é com base no valor do patrimônio líquido constante do balanço que se apura o *quantum* que deve ser reembolsado ao acionista dissidente.

Na dissolução parcial imotivada, por seu turno, os haveres são apurados tomando-se por base o valor de mercado dos bens que fazem parte do ativo da companhia.

¹³⁰ Art. 45. O reembolso é a operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga aos acionistas dissidentes da deliberação da assembléia geral o valor de suas ações.

§ 1º O estatuto pode estabelecer normas para a determinação do valor de reembolso, que, entretanto, somente poderá ser inferior ao valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembléia geral, observado o disposto no § 2º, se estipulado com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação (§§ 3º e 4º).

¹³¹ Com a edição da Lei nº 11.638/07, que alterou os artigos 176 a 179, 181 a 184, 187, 188, 197, 199, 226 e 248 da Lei das Sociedades Anônimas passou-se a ser obrigatória a avaliação do ativo e passivo a preço de mercado, a partir do exercício de 2008.

Veja-se, a propósito, magistério de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *verbis*:

“A apuração de haveres do sócio retirante deverá ser procedida por meio de levantamento técnico a ser promovido por perito nomeado pelo juiz.

Tal levantamento consiste, basicamente, em verdadeiro balanço de todo o patrimônio da sociedade, devendo o perito, para ultimá-lo, proceder ao inventário dos bens integrantes do ativo de sociedade, a discriminação do passivo, assim como a avaliação a preço de mercado daqueles valores, procedendo, de igual modo, em relação aos bens intangíveis, conforme, aliás, já se revelou anteriormente. Tal procedimento é denominado, pela generalidade da doutrina e jurisprudência, *‘balanço de determinação’*, *‘especial’* ou *‘de liquidação’*.

Portanto, *‘o balanço de determinação é demonstração contábil especialmente elaborada para permitir a mensuração da participação societária do sócio dissidente, excluído ou pré-morto’*. Este visa, em última análise, a apuração da *‘situação patrimonial efetiva, em que estejam presentes, verdadeiramente, todos os ativos e passivos, sem considerar de forma estanque a atividade, mas aprendendo-a em sua dinâmica.’*¹³²

Logo, já por essa distinção de critérios de avaliação é possível constatar que, ocorrendo alguma das hipóteses que autorizam o recesso, se o procedimento a ser seguido se situasse no plano das

¹³² Dissolução Parcial..., *op.cit.*, p. 184-186

discrecionariedades dos acionistas, na verdade estaria sendo conferido a eles um direito potestativo.

Evidentemente que não foi isso que a jurisprudência pretendeu. A dissolução parcial imotivada se presta a amparar outras situações, não aquelas que já vêm previstas pelo legislador e têm um regramento próprio a ser observado.

Destarte, ocorrendo uma situação que permite o recesso, não tem o acionista livre arbítrio para decidir se exerce o seu direito de retirada ou se postula a dissolução parcial imotivada.

Em situações como essa, a par das questões de direito material que impedem a substituição de um instituto por outro, a lei processual também rechaça a pretensão.

Com efeito, a exemplo do que ocorre desde 2003 nas limitadas, quando entrou em vigor o Código Civil, o qual, em seu artigo 1.029 assegura ao sócio o direito de se retirar imotivadamente, ao acionista dissidente de uma das espécies de deliberação que constam dos incisos I a VI e XI do artigo 136 da Lei das S/A falece interesse de agir para a ação de dissolução parcial imotivada, posto que a lei lhe assegura o direito de recesso.

LEGITIMIDADE ATIVA

Legitimado ativo para a ação de dissolução de sociedade por não preenchimento do fim é o acionista ou acionistas que, em conjunto, detêm 5% (cinco por cento) do capital social, sejam eles ordinarialistas ou preferencialistas, mas, primordialmente, os minoritários.

Como também já exposto anteriormente, os 5% (cinco por cento) que a lei estabelece dizem respeito às ações subscritas.

Em se tratando de aquisição da participação acionária objeto de negócio jurídico entre acionistas ou entre esses e terceiros, o adquirente somente tem legitimidade para requerer a dissolução da companhia após a transferência das ações no livro da sociedade, pois somente com essa torna-se acionista.

Nesse sentido dispõe o artigo 31 da Lei nº 6.404/76 que:

“Art. 31 A propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de ‘Registro de Ações Nominativas’ ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações.

§ 1º A transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro de ‘Transferência de Ações Nominativas’, datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou seus legítimos representantes.”

Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “A transferência de propriedade das ações nominativas produz-se pelo comparecimento do cedente e do cessionário ou do seu representante legal na companhia, manifestando as partes, no próprio ato, a vontade, independentemente, portanto, da exibição de qualquer documento entre eles porventura firmado.” ¹³³

¹³³ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Vol. 1, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 234

Assim, enquanto não transferidas as ações nos livros da companhia, o adquirente, como diz Carvalhosa, “não se revestirá da qualidade de seu proprietário.” ¹³⁴

O mesmo ocorre com as ações transmitidas por sucessão, ou seja, enquanto não realizada a transferência das ações do *de cujus* no livro da companhia, o herdeiro não terá legitimidade para a propositura da ação, pois não é, ainda, o proprietário das mesmas.

Uma outra questão pode ser objeto de questionamento: e se as ações forem gravadas com cláusula de usufruto ? Quem teria legitimidade para a propositura da ação ? O usufrutuário, o nu-proprietário ou ambos ?

Zanini, já citado, afirma que “A resposta a essa indagação passa, ao que nos parece, pelo exame de como se distribuem os poderes e direitos enfeixados nesse *status socii* entre o usufrutuário e o nu-proprietário das ações. E isso porque, em nossa opinião, é a qualidade e extensão dos poderes conferidos ao usufrutuário que irá definir se o mesmo assume ou não a condição de acionista exigida para a propositura da ação de dissolução.” ¹³⁵

E prossegue: “Assim, quando se conferem ao usufrutuário direitos políticos – além dos patrimoniais (inerentes ao usufruto) – alguns doutrinadores têm entendido que este assume, para todos os efeitos, a condição de acionista da companhia...” ¹³⁶

Para, por fim, concluir: “Se o proprietário das ações pretendeu que o usufrutuário concentrasse não apenas o direito

¹³⁴ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Vol. 1, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 324

¹³⁵ A dissolução..., *op.cit.*, p. 242

¹³⁶ A dissolução..., *op. cit.*, p. 243

patrimonial à partição dos lucros (a ponto de lhe outorgar tais poderes de modo expresso), faz sentido possa ele dispor das prerrogativas que a L.S.A. reserva ao acionista. Nada mais lógico, por conseguinte, do que ficar o usufrutuário equiparado ao acionista, detendo todos os poderes que a lei lhe reserva, como o de convocar a assembléia e dela participar representando outros acionistas (condição de acionista exigida pela lei para ser procurador), de aforar a ação de responsabilidade derivada (*derivative suit*) contra os administradores, e, por que não, o de propor a ação dissolutória caso repute configurada a impossibilidade de a companhia preencher seu fim.”¹³⁷

Linhas adiante, porém, o autor adverte: “Na ausência de acordo expresso entre nu-proprietário e usufrutuário, no entanto, a ação de dissolução tocará ao primeiro, assistindo-lhe sempre o direito de, a qualquer tempo, dentro do que parece ser o espírito da L.S.A., cometer ao usufrutuário o direito de promover a ação, bastando, para tanto, que formalize a outorga de tais poderes.”¹³⁸

Ainda com relação à legitimidade ativa, Samatha Lopes Alvares defende que, apesar de a jurisprudência ser vacilante, *“a sociedade deve ser considerada parte legítima para requerer sua própria dissolução, como, analogamente, ocorre com a falência.”*¹³⁹

Quer nos parecer que tal entendimento não encontra respaldo legal, eis que a lei não agasalha tal pretensão, pelo contrário, é absolutamente clara ao dispor que a legitimidade para propositura da ação é dos acionistas.

¹³⁷ A dissolução..., *op. cit.*, p. 244

¹³⁸ A dissolução..., *op. cit.*, p. 244

¹³⁹ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 113

A referência feita à Lei de Falências para fundamentar o raciocínio, *data venia*, é impertinente, pois nesse diploma legal há menção expressa à possibilidade de a sociedade requerer a autofalência.

LEGITIMIDADE PASSIVA

A questão da legitimidade passiva não deveria provocar grandes discussões. Todavia, há autores, como é o caso de Wille Duarte Costa e Paulo Armínio Tavares Buechele, os quais, segundo nos informa Samantha Lopes Alvares, “entendem que a ação não deve ser dirigida contra a sociedade, mas tão-somente contra os demais sócios, porque esses seriam ‘os interessados na eventual manutenção da empresa, cabendo-lhes contestar, portanto, o pedido ajuizado de dissolução’.”¹⁴⁰

Tal posicionamento não se sustenta pelo simples fato de que a dissolução implica na conseqüente apuração e pagamento de haveres e, se aquela, por um lado, rompe os vínculos societários que une os sócios, o que justifica a inclusão desses no pólo passivo, essa, por outro, importa em permitir ao perito o acesso à contabilidade da sociedade para que possa proceder à valoração da participação do sócio que se retira e, mais que isso, imputa à companhia o dever de pagar.

Ora, se a sociedade não integra o pólo passivo, como, juridicamente, poder-se-ia obrigá-la a franquear ao perito o acesso à sua documentação contábil e, mais que isso, impor a ela a obrigação de pagar ?

Evidentemente que se a pessoa jurídica não for parte da lide isso não será possível, sob pena de se estender os efeitos da coisa julgada a quem não participou da relação processual.

¹⁴⁰ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 113

Não por outra razão, doutrina e jurisprudência majoritárias têm se posicionado no sentido de que a legitimidade passiva é da sociedade e dos sócios. Vejamos:

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca preleciona:

“A sentença que vier a ser proferida na ação de dissolução de sociedade decretará, por um lado, a retirada do sócio e, por outro, o direito deste ao recebimento do valor correspondente a sua participação no capital social. Decidirá, assim, duas ações: uma constitutiva (dissolução parcial) e outra condenatória (apuração de haveres). Ou seja, tal decisão, ao referendar o desligamento do sócio, determinará forçosa alteração do contrato social, circunstância essa que exigirá a presença de todos os sócios no pólo passivo da ação. Por outro lado, o *decisum*, ao ordenar o pagamento dos haveres devidos ao retirante, produzirá reflexos diretos sobre o patrimônio da sociedade, pois é dele que se extrairá o montante necessário para aquela finalidade. Daí porque a sociedade, obrigatoriamente, deverá integrar a lide, em litisconsórcio necessário, com todos os demais sócios.”¹⁴¹

Em igual sentido a manifestação de Samantha Lopes Alvares sobre a questão:

¹⁴¹ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 115

“Ora, o resultado da ação de dissolução atingirá em cheio a sociedade, que tem personalidade jurídica completamente distinta da de seus sócios, provocando-lhe a dissolução e conseqüentemente extinção, tolhendo-a do mundo fático e jurídico. De outro lado, atingirá também os sócios, que sofrerão alteração em sua esfera patrimonial.

Assim, concordamos com os autores que entendem que tanto a sociedade quanto os sócios devem figurar no pólo passivo da ação dissolutória, visto que os efeitos da sentença proferida no curso da ação afetarão a todos de modo indistinto.” ¹⁴²

Vale, ainda, mencionar o magistério de Carlos Klein Zanini:

“Bem mais simples do que a discussão acerca da legitimidade para a propositura da ação dissolutória é a análise dos efeitos projetados pela legitimidade no pólo passivo da ação dissolutória.

Inicialmente, cumpre registrar que nenhuma dúvida existe quanto ao fato de ser a companhia cuja dissolução se requer parte legítima na ação dissolutória. E isso porque o resultado de um juízo de procedência viria a atingir, diretamente, a própria sociedade, que seria forçada a dar início ao procedimento de liquidação.” ¹⁴³

¹⁴² Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 114

¹⁴³ A dissolução ..., *op. cit.*, p. 249

A PROBLEMÁTICA DA CITAÇÃO

Um problema que surge com a inclusão de todos os sócios no pólo passivo da ação é o da citação. Isto porque a lide somente se estabiliza e o prazo de defesa somente inicia sua contagem com a citação de todos os litisconsortes, mais precisamente com a juntada aos autos do último mandado cumprido (art. 241 CPC).

Assim, imaginemos o tempo que o processo iria ficar sobrestado, aguardando a citação pessoal de todos os co-réus, como via de regra deve acontecer, em uma companhia com vários acionistas, espalhados pelo Brasil afora e, quiçá, inclusive no exterior.

Atenta a isso, a jurisprudência tem, em casos tais, admitido excepcionalmente a citação por edital. Aliás, como nos dá conta Mauro Rodrigues Penteado, pelo menos desde 1991, *verbis*:

“Mas, felizmente – *hélas!* – admitindo-se a citação por Edital, cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6.8.1991, recurso Especial nº 6.473-SP, ‘RT’, vol. 677/220-221, com a seguinte ementa: ‘Sociedade Anônima – Dissolução – Obrigatoriedade da citação de todos os sócios – Hipótese que configura litisconsórcio necessário’.”¹⁴⁴

Essa também a solução preconizada por Priscila M. P. Corrêa da Fonseca: “E não se sustente que o reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário – quando a sociedade comportar número significativo de sócios – implicaria sensíveis dificuldades práticas, porquanto a

¹⁴⁴ Dissolução..., *op.cit.*, p. 185

efetivação de múltiplas diligências citatórias poderia retardar a marcha processual. A solução que se apresenta, muito embora pouco ortodoxa, é a da citação por edital. Não obstante esta vise a citação do réu que se encontra em lugar incerto ou não sabido, não dispõe o processo civil de outro mecanismo para possibilitar a citação de grande quantidade de réus.”¹⁴⁵

Trata-se, é bem verdade, de uma solução *sui generis* e que causa uma certa insegurança jurídica, notadamente se analisada a questão sob o prisma dos réus, os quais correm o risco de o processo tramitar no seu mais absoluto desconhecimento.

Diz-se isso porque todos sabemos que a citação ficta se faz com a afixação do edital na porta do cartório da Vara do Fórum onde tramita o feito e publicação do mesmo no Diário Oficial e em jornal de grande circulação. Quanto a esse último, normalmente trata-se de periódico que não tem uma vendagem expressiva em decorrência do conteúdo jornalístico em si, mas sobrevive às custas das publicações legais que faz.

Enfim, suprem-se as formalidades de direito, mas não se propicia efetiva publicidade. Em outras palavras, há publicidade formal, mas não material, pois ninguém tem por hábito ler esses periódicos.

Seja como for, foi o único meio encontrado para suprir a necessidade de figurarem no pólo passivo todos os litisconsórcios necessários e, ao mesmo tempo, evitar que o processo permanecesse sobrestado indefinidamente, aguardando cumprimento de todos os mandados de citação, alguns, eventualmente, deprecados.

¹⁴⁵ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 118

CAUSA DE PEDIR

A causa de pedir, nas ações de dissolução por não preenchimento do fim, consiste na demonstração de que a companhia não tem lucro, tem lucro irrisório, ou tem lucro mas não o distribui ou, ainda, tem lucro e distribui valor irrisório.

Tânia Pantano¹⁴⁶ entende que a não distribuição de lucro ou pagamento de dividendos compatíveis com os resultados da companhia ou investimentos feitos pelo acionista, pode se dar por diversas razões, dentre elas a impossibilidade de realização do objeto social, paralisação dos órgãos sociais, subcapitalização da sociedade, perda da *affectio societatis*.

Entretanto, seja qual for a causa mediata que acarretou o não preenchimento do fim, em última análise, a causa de pedir imediata será sempre e invariavelmente uma das quatro acima elencadas, a saber: a companhia não tem lucro; tem lucro irrisório; tem lucro, mas não o distribui ou tem lucro e distribui valor irrisório.

Evidentemente que o não preenchimento do fim só se configura se essa situação se protai ao longo do tempo. Em outras palavras, é claro que se em um dado ano a sociedade não tem resultado positivo isso não implica em dizer que ela não preenche o fim.

Da mesma forma, se em um determinado exercício a companhia tem lucro, mas não o distribui ou distribui valor irrisório não é isso bastante para afirmar que ela não preenche o fim. É preciso, sempre, perquirir as razões que a levaram a assim proceder.

¹⁴⁶ Dissolução parcial de sociedades por ações. Dissertação não publicada. São Paulo, 2005

Pontes de Miranda de há muito salientou que “a impossibilidade do preenchimento do fim é *quaestio facti*, e não *quaestio iuris*, como, sem razão, entendeu o Supremo Tribunal Federal, a 27 de agosto de 1951.”¹⁴⁷

Fábio Konder Comparato assim se manifestou sobre a afirmação de Pontes de Miranda: “A opinião do notável jurisconsulto é, para dizer o mínimo, discutível e certamente deve ser entendida como uma assertiva elíptica sobre assunto que ele sabia se revestir da maior complexidade.”¹⁴⁸

Isto porque, no seu entender, “No julgamento de uma ação de dissolução de sociedade anônima, com fundamento na norma do art. 206, II, *b* da Lei 6.404, de 1976, só há uma questão de fato a decidir, que é a certificação dos fatos alegados pelo autor.”

O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, ao analisar a questão da competência, assevera que “O foro competente para a ação de dissolução parcial promovida contra a sociedade e os demais sócios (...) é, indiferentemente, o da sede da sociedade (art. 35, IV, do Código Civil c.c. art. 100, IV, *a*, do CPC) ou aquele do domicílio de qualquer dos sócios. Trata-se de opção outorgada, pela lei, ao autor da demanda.”¹⁴⁹

Diverge desse pensar Samantha Lopes Alvares. Para ela, “o foro competente para a ação de dissolução é o da *sede* da sociedade, e a doutrina é praticamente unânime nesse particular.”¹⁵⁰

¹⁴⁷ Tratado..., *op. cit.*, Tomo LI, p. 14

¹⁴⁸ RDM 96/67

¹⁴⁹ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, pp. 95-96

¹⁵⁰ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 96

A crítica que faz ao posicionamento que sustenta a livre escolha do foro baseia-se em dois fundamentos:

“A primeira razão que nos induz a essa discordância relaciona-se à própria interpretação sistemática do Código de Processo Civil. De fato, o artigo 94 estatui uma *regra geral* de competência, qual seja: o *domicílio do réu* para as ações pessoais e ações reais sobre bens móveis. O artigo 100, todavia, traz uma *regra especial* sobre competência que, por se referir a casos específicos, deve prevalecer sobre a regra do artigo 94.

.....
A segunda razão está relacionada a motivos práticos. Ora, a dissolução total visa à desmontagem da organização empresarial, e vários atos do procedimento estão diretamente ligados à escrituração contábil e à estrutura física da sociedade. Assim, é mais conveniente que a ação tramite em local próximo à sociedade, até para facilitar as atividades do liquidante.” ¹⁵¹

Ciente das críticas a seu posicionamento, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca as responde da seguinte forma: “Entretanto, a despeito da possível conveniência da propositura da ação da dissolução parcial no foro da sede da sociedade, em razão da norma do art. 94, § 4º, do Código de Processo Civil, prevalece necessariamente a possibilidade de o Autor optar pelo foro do domicílio dos sócios.” ¹⁵²

¹⁵¹ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, pp. 99-100

¹⁵² Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 96

Quer nos parecer, contudo, que a razão está com Samantha Lopes Alvares, a qual se alinha com a posição há tempos defendida por Hernani Estrella, pois efetivamente não tem sentido a ação se processar em foro diverso de onde está domiciliada a companhia.

Com efeito, nem mesmo se justifica, por exemplo, que a ação se processe no foro da sua sede, se não é nela que se situa a administração, pois isso somente ocasionaria a morosidade dos procedimentos avaliatórios, os quais teriam que ser realizados por precatória.

Nos tempos atuais, em que se busca a todo custo imprimir celeridade ao processo, se torna mais ainda importante a correta escolha do foro.

Não obstante, imperioso ressaltar que se o autor distribuir a ação em foro diverso do domicílio da pessoa jurídica e os réus não argüirem exceção de incompetência, por se tratar de questão que diz respeito à competência relativa, esta se prorrogará.

Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência, como se verifica pela Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 33. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.”

Além disso, não se pode olvidar que as normas de competência aplicadas não são as que constavam do Código de 1939, mas a do atual diploma legal processual. Logo, é preciso fazer a compatibilização entre os dispositivos da lei dos ritos de modo a evitar incongruências.

Uma outra questão que merece reflexão é a das companhias que têm inúmeras unidades operacionais e cuja administração é descentralizada. Nessas, entendemos que, a exemplo do que ocorre para fins falimentares, o foro competente é o do principal estabelecimento.

A DISCUSSÃO SOBRE O VALOR DA CAUSA

O valor da causa é outro ponto que demanda atenção. Os dispositivos que tratam da dissolução no Código de Processo Civil de 1939, e que foram preservados pela atual Lei Adjetiva nada dispõem sobre essa matéria.

Assim, temos que recorrer às disposições do artigo 259 do CPC, que estabelece:

“Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

.....
V – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato.”

Como leciona Ascarelli, o que liga os sócios um aos outros é um contrato plurilateral, no qual “as prestações de cada parte não se apresentam, consideradas isoladamente, numa relação de equivalência”.¹⁵³

¹⁵³ Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 277

Logo, plenamente aplicável às ações de dissolução o disposto no artigo 259, V do CPC. Apenas a título exemplificativo, citamos as ementas abaixo:

“VALOR DA CAUSA - Dissolução de sociedade por cotas - Aplicação da regra do art. 259, V, do CPC - Inteligência do dispositivo (TJMG) RT 542/200”

“AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. VALOR DA CAUSA. A ação é de dissolução de sociedade, ou seja, de contrato plurilateral e, neste caso, o valor da causa pode ser aferido na forma do inciso V do art. 259 do CPC, ou seja, considerando o valor do contrato”. (Agravado de Instrumento nº 2005.002.20743 – Des. José C. Figueiredo – julgamento: 25/01/2006 – 11ª Câmara. Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)

Discorda da nossa posição Samantha Lopes Alvares. Com efeito, se, em um primeiro momento, a autora foi veemente em afirmar que “resta clara e incontestável a aplicação do critério dado pelo inciso V, supra, para a fixação do valor da causa” ¹⁵⁴, logo adiante fez questão de dizer que dar à causa o valor do contrato corresponderia a interpretar literalmente o dispositivo e “uma análise mais detida demonstra que essa não é a solução mais apropriada, podendo, ademais, onerar o autor demasiada e injustamente.” ¹⁵⁵

Manifesta-se na mesma direção Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, para quem “O valor da causa nas ações de dissolução

¹⁵⁴ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 142

¹⁵⁵ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 143

parcial de sociedade deve corresponder, necessariamente, à importância real dos haveres que deverão ser pagos ao sócio retirante, ou seja, aquele correspondente à participação societária deste último.”¹⁵⁶

Ciente de que é inviável apontar, no momento da distribuição da ação, o valor dos haveres, a citada professora, fulcrando-se na jurisprudência, aduz: “em falta da fixação legal, o valor da causa é estimativo e em conformidade com os cálculos do autor, se dependente do processo a determinação definitiva da magnitude do objeto deduzido na lide.”¹⁵⁷

Ora, primeiramente é preciso esclarecer que é sofismática a afirmação constante do acórdão invocado de que falta critério legal para fixação do valor da causa. O artigo 259, V do CPC é de uma clareza lapidar !

Se é fato que não é possível aferir, no momento da distribuição da ação, o montante dos haveres a que faz jus o acionista que postula a dissolução, também é verdade que, por expressa disposição legal, à causa deve ser dado o valor do contrato.

Divergimos do entendimento de que o valor da causa deve ser o dos haveres, pois ainda que represente o benefício econômico que o autor terá com a ação, estes não são líquidos no momento do ajuizamento do feito, como corretamente observou Priscila M. P. Corrêa da Fonseca.

Também não se mostra razoável fixar o valor da causa por estimativa, como sugerido, quando a lei estabelece um critério legal. O que se deve fazer é observar o preceito processual.

¹⁵⁶ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 127

¹⁵⁷ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 128

Não prospera igualmente o argumento de que a fixação do valor da causa segundo o que estabelece o artigo 259, V do CPC implicaria em “onerar o autor demasiada e injustamente”, como afirmou Samantha Lopes Alvares ¹⁵⁸.

Com efeito, é sabido que o capital social é igual ao valor patrimonial da companhia apenas no momento da constituição, isto porque, como preleciona Fábio Ulhoa Coelho:

“... como no exato instante em que ela é constituída possui somente o que recebeu dos sócios para dar início à empresa, nesse ato, o valor patrimonial da ação será igual ao nominal. Mas, em seguida, a sociedade irá comprar, vender, alugar, remunerar serviços, realizar negócios, investir, tomar emprestado, pagar seus empregados e o fisco; em suma, irá praticar uma série de atos, que aumentam ou reduzem o seu patrimônio. Desse modo, o patrimônio líquido da sociedade passará a ser maior ou menor que o capital social, em função dos mais variados fatores jurídicos, econômicos e financeiros.”

159

Portanto, é uma meia verdade dizer que a fixação do valor da causa tomando-se por base o valor do contrato implica, invariavelmente, em onerar o autor, posto que, ao contrário de onerar, pode eventualmente até mesmo implicar em economia de custas por parte deste, quando, por exemplo, o valor do capital social for menor do que o valor econômico da companhia, como sói acontecer.

¹⁵⁸ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 143

¹⁵⁹ Curso ..., *op. cit.*, Vol. 2, p. 85

Não há, necessariamente, co-relação entre valor da causa e benefício econômico. Tanto é assim que nas ações de despejo, seja por denúncia vazia, seja por infração contratual o valor da causa é sempre o mesmo, ou seja, doze vezes o aluguel.

Poder-se-ia, no máximo, dizer, em um exercício de exegese, que por se tratar de contrato plurilateral, a unidade de medida ideal para definir a obrigação de cada um dos sócios é, ao revés do valor total do contrato, a participação social, esteja ela integralizada ou não.

Para fundamentar tal posição, poder-se-ia dizer que se fosse possível cindir as relações, ou seja, analisar o negócio jurídico celebrado pelo acionista individualmente considerado, a conclusão que se chegaria é que o “contrato” celebrado por qualquer acionista tem o valor equivalente ao montante que ele subscreveu.

O capital social, por outro lado, representaria a soma de todos esses negócios jurídicos.

De qualquer forma, seja por esse raciocínio, seja pelo outro, não resta dúvida de que há fixação legal no sentido de qual deve ser o valor da causa. Eventual discussão pode se dar apenas no tocante à amplitude que deve ser dada ao dispositivo, isto é, contrato, para fins de fixação do valor da causa, deve ser entendido como o todo ou como cada ato de vinculação dos acionistas individualmente considerados.

Imperioso mencionar que se o valor da causa for fixado com inobservância do que a lei estabelece, e não for impugnado pelos réus, prevalecerá.

Nesse sentido dispõe o artigo 261 do

Código de Processo Civil:

“Art. 261. O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. (...) Parágrafo único. Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial.”

É certo que têm surgido algumas decisões entendendo que o juiz pode corrigir de ofício o valor da causa, sob o argumento de que compete a ele fazer cumprir a lei e, portanto, não pode ser conivente com atos que impliquem na burla ao pagamento das custas.

Todavia, pela análise conjunta dos dispositivos retro invocados permite-se inferir que é o réu, e somente este, que pode impugnar o valor da causa. Tanto é assim, que se não o fizer, o valor que tiver sido atribuído pelo autor torna-se definitivo.

Em outras palavras, não pode o juiz, de ofício, determinar que se corrija o valor que foi dado à causa, pois, se assim agir, estará, na verdade, intervindo em nome do réu, o que no processo civil não se admite. Pelo contrário, no sistema processual brasileiro, como salientaram Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

“O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que o juiz exerça sua função dentro do processo.”¹⁶⁰

Esta, também, a posição sustentada por

¹⁶⁰ Teoria Geral do Processo, 3ª edição, Ed. RT, p. 21

Nelson Nery Júnior, que ao comentar o artigo 261 do Código de Processo Civil, anotou: “1. Impugnação do valor da causa. O réu é quem detém a exclusiva legitimidade para opor-se ao valor da causa, por meio de incidente de impugnação ao valor da causa.”¹⁶¹

No campo jurisprudencial o entendimento mais acertado é o mesmo que ora se defende, como se depreende pelos arestos ora reproduzidos:

“O juiz não pode alterar de ofício o valor da causa (SIMP – concl. XI, em RT 482/271). Cf. arts. 2º e 128. Neste sentido: RT 517/185, RJTJESP 40/144, RF 269/254.”¹⁶²

“Havendo impugnação, o juiz poderá modificá-la, porém, não lhe é lícito, sem essa impugnação, alterá-la de ofício.” (RT 707/72)

Ademais, o poder de direção do processo, previsto no artigo 125 do CPC, não outorga ao julgador a faculdade de substituir e/ou complementar o direito da parte no exercício das obrigações processuais que são inerentes à sua própria defesa, ainda mais quando a matéria processual controversa está formalmente condicionada à prévia manifestação do réu, nos termos do artigo 128 e do artigo 261 e parágrafo, ambos do Código de Processo Civil.

CONTESTAÇÃO

Antes de falar sobre a contestação propriamente dita, necessário esclarecer qual o prazo para apresentá-la. Alguns,

¹⁶¹ Código de Processo Civil comentado, Nelson Nery Júnior, 3ª edição, Ed. RT, p. 526 – grifos nossos

¹⁶² Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 30ª edição, p. 309

apressadamente poderiam afirmar que o prazo é de 5 (cinco) dias *ex vi* do disposto no parágrafo 2º do artigo 656 do CPC/39, *verbis*:

“Art. 656. A petição será instruída com o contrato social ou com os estatutos.

.....
§ 2º Nos casos de dissolução contenciosa, apresentada a petição e ouvidos os interessados no prazo de cinco (5) dias, o juiz proferirá imediatamente sentença, se julgar provadas as alegações do requerente.”

Contudo, como demonstrado anteriormente, o pedido de dissolução parcial de sociedade anônima por não preenchimento do fim ou até mesmo o de dissolução total com pedido alternativo de dissolução parcial, se processa sob o rito ordinário.

Destarte, se o procedimento é ordinário, o prazo para defesa não é o do parágrafo 2º do artigo 656 do CPC/39, mas o do artigo 297 da atual Lei Adjetiva Civil, ou seja, quinze dias. Por outro lado, sendo os réus defendidos por procuradores diferentes, aplica-se o disposto no artigo 191 da Lei dos Ritos, que prevê prazo em dobro.

Apenas a título elucidativo, se a sociedade dissolvenda for de outro tipo que não anônima, havendo, além do pedido de dissolução total, pleito sucessivo de dissolução parcial, o procedimento também não será o especial regulado pelo Código de 1939, mas o comum do CPC de 1973, ou seja, ordinário ou sumário.

Caso o feito tramite pelo rito sumário, o que é incomum, mas pode suceder, como advertiu Priscila M. P. Corrêa da Fonseca,

o prazo também não será de 5 (cinco) dias, mas deve a defesa ser apresentada em audiência, consoante estabelece o artigo 278 do CPC.

Assim, somente incidirá a regra do artigo 656, § 2º do CPC/39, que fixa o prazo para defesa em 5 (cinco) dias quando a ação objetivar apenas e tão somente a dissolução total de sociedade de outros tipos que não anônima, o que, como exposto, tem sido a exceção.

Não é essa, entretanto, a posição sustentada por Samantha Lopes Alvares. Para ela, os prazos para contestação são os previstos no Código de Processo Civil de 1939:

“Como se depreende do artigo, o prazo para contestar variará de acordo com a natureza da dissolução. Se *pleno iure*, o prazo para contestar será de 48 horas; se contenciosa, o prazo será de cinco dias – em ambos os casos, o prazo será contado a partir da juntada do mandado cumprido ou do aviso de recebimento, nos termos do artigo 241 do CPC de 1973.”¹⁶³

Pelos motivos expostos anteriormente, não nos parece, entretanto, estar a autora com a razão. Em reforço à nossa posição citamos Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *verbis*:

“A contestação deve ser apresentada no prazo de 15 dias da juntada do mandado, uma vez que a ação de dissolução parcial processa-se por meio de procedimento ordinário (art. 297, CPC). Requerida pelo sócio, no entanto, a dissolução total, a

¹⁶³ Ação de Dissolução..., *op. cit.*, p. 169

contestação deverá ser apresentada no prazo previsto pelo art. 656, II, do Código de Processo Civil de 1939, qual seja, de cinco dias. Tendo em vista que ao pólo passivo da ação podem ser guindados a sociedade e os demais sócios, os quais poderão ter advogados diversos, a estes viável se faz o requerimento de prazo em dobro para o oferecimento da resposta, o qual passará a ser, portanto, de 30 dias ou 10 dias, respectivamente.”¹⁶⁴

No que tange à defesa em si, Samantha Lopes Alvares, fulcrando-se nas lições de José Frederico Marques, afirma: “o réu ‘defenderá a imutabilidade da situação que o autor pretende alterar’”¹⁶⁵

Pois bem, muito embora devesse ser essa a matéria de defesa, tem-se observado que se tornou prática não mais apenas contestar o pedido de dissolução total, para julgá-lo improcedente, mas aproveitar a oportunidade para requerer a exclusão do autor, ou seja, a dissolução parcial tal como concebida pelos pretórios.

Ocorre que nem sempre tal requerimento vem feito através do meio apropriado. Muitas vezes o réu se vale da própria contestação para requerer a dissolução parcial.

Essa prática, que se incorporou à realidade forense e, por ocasião do julgamento do RE nº 78.418-7, foi inclusive chancelada pelo C. Supremo Tribunal Federal, malfere a lei processual civil.

¹⁶⁴ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 129

¹⁶⁵ Ação de Dissolução..., *op. cit.*, p. 170

Com efeito, no procedimento ordinário do sistema brasileiro, o autor deve pedir e o réu resistir, nada mais. Não há espaço para o réu fazer requerimentos em sua defesa, exceção, obviamente, de provas que pretende produzir, de aplicação das penalidades pela prática de litigância de má-fé e de condenação do autor nas verbas sucumbenciais.

A situação é diversa quando o feito se processa sob o rito sumário. Nos processos que tramitam por esse procedimento, os quais, ressalte-se, em se tratando de ações de dissolução, se existirem, são exceção, o pedido contraposto seria admissível, isto porque há previsão expressa para tanto.

Não por outra razão Humberto Theodoro Junior assevera: "... a resposta, no procedimento sumário, tanto pode ser de pura resistência como de contra-ataque, frente ao autor." ¹⁶⁶

Em suma, independentemente do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, externado no acórdão supra mencionado, no nosso entender somente se a ação se processar sob o rito sumário é que a reconvenção será despicienda para que o réu formule pedidos de provimentos jurisdicionais.

Idêntica opinião sobre o mérito da defesa tem Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, como se vê pelo trecho abaixo:

"Permitir-se, tanto no pedido de dissolução total, como no pedido de dissolução parcial, o pleito inverso por parte do contestante – isto é, naquele primeiro a retirada do autor e no segundo a dissolução total da sociedade -, implica fazer *tabula rasa* da finalidade da

¹⁶⁶ Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 40ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 310

contestação e da reconvenção. Constitui regra comezinha, no âmbito do Direito Processual Civil, aquela segundo a qual quem pede é o autor e o reconvinte, jamais o réu. A este, com efeito, não é lícito formular qualquer pedido, *‘exceto o de improcedência da ação, ou de compensação, bem como os requerimentos processuais de reembolso das custas e honorários advocatícios. Se tem pedido a formular – ensina WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL – se quer opor ao autor outra pretensão, deverá reconvir. Réu não formula pedido. Reconvinte, sim.’*¹⁶⁷

Samantha Lopes Alvares tem visão equivalente, tanto que afirmou: “Admitir que o réu formule pedido em sede de contestação e dispensar a reconvenção nos casos em que o réu formula pedido de natureza totalmente diversa do pedido inicial é contrariar o sistema processual vigente.”¹⁶⁸

RECONVENÇÃO

Esclarecido que a ação de dissolução de sociedade anônima por não preenchimento do fim não admite pedido contraposto, resta analisar a questão da reconvenção, mais precisamente se é admitida e, na hipótese de ser positiva a resposta, o que pode ser objeto de pedido nessa ação do réu contra o autor.

Assim, de início, é de se afirmar que, considerando a premissa por nós adotada de que o rito da ação de dissolução

¹⁶⁷ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 130

¹⁶⁸ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 172

parcial de sociedade anônima por não preenchimento do fim ou até mesmo o de dissolução total com pedido sucessivo de dissolução parcial é o ordinário, perfeitamente possível a reconvenção, desde que observado o disposto no artigo 316 do Código de Processo Civil.

Nesse mesmo diapasão manifestou-se Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *verbis*:

“A possibilidade de oferecimento, pelo réu, de reconvenção, na ação de dissolução parcial, ou o pleito desta, por meio daquele instrumento processual, em ações de natureza diversa, embora negada por alguns, afigura-se, a nosso ver, de pertinência inafastável, porquanto, como bem elucida GALENO LACERDA, a reconvenção configura pretensão submetida ao juiz fulcrada *‘em outro fato constitutivo, conexo, de situação jurídica, conexa, com a argüida pelo autor.’*”¹⁶⁹

Todavia, caso o pedido da ação seja apenas e tão somente o de dissolução total de sociedades de outros tipos que não anônima, o que fará com que o processo tramite segundo o preceituado nos artigos 655 e seguintes do CPC/39, entendemos que a reconvenção não terá lugar, por incompatibilidade de ritos, haja vista que a reconvenção se processa pelo procedimento ordinário e a dissolução total por rito especial.

Esta, a propósito, a advertência feita por Humberto Theodoro Junior: “O procedimento da ação principal deve ser o mesmo da ação reconvençional. Embora não haja previsão expressa da compatibilidade de rito para reconvenção, essa uniformidade é exigência lógica

¹⁶⁹ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 132

e que decorre analogicamente do disposto no art. 292, § 1º, III, que regula o processo cumulativo em casos de conexão de pedidos, gênero a que pertence a ação reconvenicional.”¹⁷⁰

Trilha o mesmo pensar Samantha Lopes
Alvares, a qual assevera:

“A dissolução total segue o procedimento especial do artigo 655 e seguintes do CPC de 1939. A reconvenção pedindo a dissolução parcial seguiria o procedimento ordinário, pois esse tipo de dissolução não se coaduna com o procedimento especial do CPC de 1939, em virtude de suas diferenças conceituais. A heterogeneidade processual nos parece intransponível, impedindo, em consequência, a reconvenção em ação de dissolução total. A única reconvenção que se vislumbra como possível é a que traga pedido coincidente, mas por outra causa de pedir, quando, por exemplo, o réu também deseje a dissolução total da sociedade, *mas com fundamento em outra causa de dissolução*.”¹⁷¹

Demonstrado o cabimento da reconvenção, resta agora mencionar o que poderia ser objeto de pedido pelo Reconvinte. Um primeiro caso que poderíamos citar a título ilustrativo seria o de uma reconvenção postulando indenização sob alegação de que quem deu causa a que a sociedade não preenchesse seu fim foi o próprio autor, em razão, *e.g.*, da concorrência desleal que vem praticando etc.

¹⁷⁰ Curso de Direito ..., *op. cit.*, p. 357

¹⁷¹ Ação de Dissolução ..., *op. cit.*, p. 174

Essa hipótese seria mais cerebrina, mas Priscila M. P. Corrêa da Fonseca cita outras situações nas quais é mais usual reconvir. São elas as seguintes:

“... os sócios citados para a ação de dissolução parcial podem, em reconvenção, requerer a dissolução total, como, por exemplo, quando o pagamento dos haveres devidos ao retirante seja de tal ordem que inviabilize o prosseguimento da sociedade. Por outro lado, pedindo o autor a dissolução total, permite a jurisprudência que o réu que pretenda dar continuidade à atividade empresarial possa pleitear, em reconvenção, a exclusão daquele.”

172

SENTENÇA

A sentença que decreta a dissolução tem caráter constitutivo-condenatório e produz efeitos *ex nunc*. Veja-se, a propósito, escólio de Samantha Lopes Alvares, “Já a sentença constitutiva negativa, proferida em sede de dissolução contenciosa, terá como efeito direto desconstituir a relação jurídica derivada do contrato de sociedade e sua eficácia será *ex nunc*, ou seja, a partir da prolação da sentença.”¹⁷³

Oportuna também a citação de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca:

“... a sentença proferida na ação de dissolução parcial apresenta a natureza mista apontada pelo mestre

¹⁷² Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 132

¹⁷³ Ação de Dissolução..., *op. cit.*, p. 180

italiano, já que é, a um só tempo, constitutiva negativa e condenatória. Explica-se o porquê:

É constitutiva na exata e precisa medida em que o juiz, ao decretar a dissolução parcial da sociedade, extinguindo o vínculo que até então ligava o sócio à sociedade, modifica o contrato social. (...)

A tanto, porém, não se limita o magistrado, pois, ao proferir a decisão, condena também a sociedade ao pagamento dos haveres correspondentes à participação do sócio retirante no capital social. (...)

Inferre-se, destarte, que a sentença produz efeitos constitutivos-negativos em relação aos sócios remanescentes – o que, aliás, os legitima para o pólo passivo da demanda – e efeitos meramente condenatórios em relação à sociedade, porquanto é esta, e não aqueles, que haverá de suportar o pagamento dos haveres do sócio que se afasta da sociedade.”¹⁷⁴

Mister, contudo, salientar que, muito embora a eficácia seja *ex nunc*, a decisão somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado, de modo que, antes disso, a sociedade não ingressa no estado de liquidação, que somente iniciará, como dito, após a decisão fazer coisa julgada.

Da mesma forma, se a sentença der parcial provimento ao pedido, decretando apenas a dissolução parcial, a fim de propiciar a saída do acionista, este, de igual modo, somente perderá a condição de acionista no momento em que não couber mais recurso da decisão ou houver transcorrido o prazo para interposição dos cabíveis.

¹⁷⁴ Dissolução Parcial..., *op. cit.*, pp. 144-145

Decretada a dissolução, dois caminhos distintos podem ser percorridos, um, se a dissolução for total, outro, se parcial.

LIQUIDAÇÃO

Antes de analisar como se desenvolve a liquidação, necessário esclarecer que o vocábulo pode ser utilizado para designar situações absolutamente distintas.

Como salienta Mauro Rodrigues Penteado, “a noção de ‘liquidação’ no âmbito societário: tanto expressa o estado jurídico em que é posta a companhia após a verificação de uma das causas de dissolução legal ou estatutariamente previstas, quanto designa o procedimento instaurado, voluntária ou judicialmente, com vistas à realização do ativo, o pagamento do passivo e a partilha do acervo remanescente entre os sócios ou acionistas. Como será demonstrado mais de espaço no Capítulo próprio, a companhia pode ingressar no estado de liquidação e nele permanecer, por mais ou menos tempo, sem que haja iniciado o procedimento de liquidação.”¹⁷⁵

Posto isso, esclarecemos que aqui vamos tratar do procedimento de liquidação. Pois bem, feita essa advertência, passemos, agora, a analisar como o mesmo se desenvolve.

Na hipótese de a dissolução decretada ser a total, será nomeado liquidante, observando-se o disposto no artigo 657 do CPC/39, e este deverá, a partir de então, assumir a administração e direcionar os negócios da companhia para realização do ativo e pagamento do passivo.

O objeto social permanece inalterado. O que muda é o fim a ser perseguido pela companhia, que passa a ser a ultimação dos

¹⁷⁵ Dissolução e liquidação..., *op.cit.*, p. 31

negócios (cf. artigo 211 da Lei das S/A), ao invés de geração de lucro para ser distribuído aos acionistas.

Depois de realizado o ativo e satisfeito o passivo ¹⁷⁶, as sobras serão partilhadas, via de regra, segundo o valor patrimonial das ações de cada acionista.

A fórmula geral acima explicitada comporta exceções, são elas:

Havendo acionistas preferencialistas é preciso verificar se o estatuto prevê alguma vantagem a eles para o caso de dissolução. É comum os estatutos estipularem que os acionistas preferencialistas receberão, na partilha do patrimônio remanescente, um percentual superior ao que será pago aos acionistas ordinarielistas.

Existindo essa previsão estatutária, por óbvio que a partilha não será equânime entre os acionistas ordinarielistas e os preferencialistas, isto é, o patrimônio líquido, neste caso, será repartido segundo as disposições do estatuto, o que, em última análise, significa dizer que o preferencialista receberá provavelmente mais pelo mesmo número de ações que o ordinarialista.

A outra exceção que a lei apresenta à regra geral está prevista no artigo 215 da Lei das S/A. Como visto, a partilha do patrimônio líquido remanescente ocorre, em geral, somente ao final, isto é, após realizado o ativo e satisfeito o passivo. Contudo, o dispositivo supra mencionado permite que, antes de ultimada a liquidação e depois de pagos todos os

¹⁷⁶ Adotamos aqui as expressões utilizadas no processo falimentar, pois entendemos que o *modus operandi* da liquidação é semelhante ao da falência. No nosso entender, a diferença fundamental reside no fato de que a dissolução pode ou não decorrer de uma situação de insolvência, enquanto que a falência, necessariamente, deriva de um ato praticado pela sociedade que demonstre a prática de ato de falência ou o não pagamento de uma obrigação no vencimento

credores, se façam rateios entre os acionistas, na medida em que se for apurando os haveres sociais.

Nesse caso, o acionista recebe a parte que lhe cabe nas sobras, conforme forem sendo alienados os bens.

O § 1º do artigo 215 prevê também a possibilidade de a assembléia geral estabelecer condições especiais para a partilha do ativo remanescente. Explica-se:

Como mencionado anteriormente, a liquidação se faz, via de regra, com a venda do ativo. Pois bem, depois de pagos ou garantidos todos os credores, podem os acionistas que representem 90% (noventa por cento) das ações deliberar, em assembléia geral, atribuir os bens que ainda não foram alienados aos sócios, segundo a divisão que decidirem, pelo valor contábil ou outro fixado na reunião assemblear.

Essa opção fica, entretanto, condicionada à inexistência de prejuízos aos minoritários, isso porque diz o § 2º do artigo 215:

“Provado pelo acionista dissidente (art. 216, § 2º) que as condições especiais de partilha visaram a favorecer a maioria, em detrimento da parcela que lhe tocava, se inexistissem tais condições, será a partilha suspensa, se não consumada, ou, se já consumada, os acionistas majoritários indenizarão os minoritários pelos prejuízos apurados.”

Osmar Brina Corrêa Lima mais uma vez dá sua visão pragmática sobre essa questão que a lei considera como direito essencial, quando, enfocando e analisando a liquidação sob o prisma da

minoria, pontifica: *“o minoritário (não controlador), na dissolução e liquidação da sociedade, é mero expectador passivo, uma espécie de vítima desamparada, que a tudo assiste impotente, com a mera e remota expectativa de participar do acervo da companhia...”*¹⁷⁷

APURAÇÃO DOS HAVERES

Outro caminho que pode ser percorrido após a sentença que decreta a dissolução é o da simples apuração de haveres. Isso sucederá quando a dissolução for parcial, isto é, quando para preservar a empresa, ao invés de dissolver totalmente a companhia, a sentença propiciar apenas a retirada do acionista que não quer mais nela permanecer.

Nesses casos, como já dito, não se procede à liquidação, mas é feito mero levantamento contábil, ajustado a valor de mercado, ou, em termos consolidados pela jurisprudência, apura-se o balanço de determinação.

Essa providência, por seu turno, se realiza em sede de liquidação de sentença, como anota Priscila M. P. Corrêa da Fonseca: *“... decretada a dissolução parcial da sociedade, com a retirada do sócio insatisfeito, competirá à sociedade o pagamento a este último do valor dos seus haveres correspondentes à participação societária até então por ele detida.”*¹⁷⁸

E prossegue a comercialista antes citada: *“É evidente que, em razão do objetivo perseguido, a atividade do perito não poderá limitar-se ao exame da escrita contábil da sociedade, devendo ir mais além para abranger a avaliação, a preço de mercado, de todos os bens que integram o*

¹⁷⁷ O acionista..., *op.cit.*, p. 28

¹⁷⁸ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 148

patrimônio social, ou seja, os corpóreos (móveis, imóveis, equipamentos, veículos etc.) e incorpóreos (fundo de comércio, marcas, patentes, ponto etc.).”

179

ANÁLISE DE CASOS

Fábio Konder Comparato afirmou, em sua obra “O poder de controle na Sociedade Anônima”, que:

“Para se compreender um instituto jurídico, não basta analisá-lo, estaticamente, mas importa, também, observar e discutir os problemas que suscita sua aplicação, na vida social, ou seja, estudá-lo sob o aspecto dinâmico. A fisiologia completa a anatomia. O que nos interessa, na discussão do tema deste ensaio, não é apenas o plano lógico da composição abstrata de normas jurídicas, ms também a experiência do Direito, efetivamente vivida.”¹⁸⁰

Assim, e como a presente dissertação tem por objeto analisar o direito comercial como tecnologia, isto é, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho “*definir como deve ser interpretada uma norma jurídica*”¹⁸¹, necessário se faz analisar como o Judiciário tem interpretado o artigo 206, II, *b* da Lei das Sociedades por Ação.

Pois bem. Para tanto foi feita ampla pesquisa jurisprudencial a fim de verificar como os Tribunais têm se posicionado sobre os mais variados aspectos, tais como legitimidade para propositura da ação, o que se entende por fim das companhias, etc.

¹⁷⁹ Dissolução Parcial ..., *op. cit.*, p. 186

¹⁸⁰ O Poder..., *op.cit.*, p. 317

¹⁸¹ O conhecimento do direito comercial como tecnologia

No Recurso Especial 247.002 ¹⁸² foi dado provimento ao recurso para julgar improcedente a dissolução parcial de sociedade anônima, não porque os Ministros que participaram do julgamento e que integram a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça não admitam a possibilidade de dissolver-se parcialmente uma companhia, mas porque entenderam que o pedido de dissolução deve ser amparado em uma das hipóteses dos incisos do artigo 206 da Lei nº 6.404/76.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, a nosso ver com acerto, que o pedido de dissolução pode ser imotivado apenas se a companhia tiver características *intuitus personae*.

No caso, entendeu-se que a companhia tinha nítidas feições de sociedade de capital. Nessas, de fato, o pedido de dissolução tem que ser fundamentado em alguma das hipóteses constantes do rol *numerus clausus* do artigo 206 da Lei do Anonimato.

Nas instâncias ordinárias, havia sido propiciada a saída do acionista minoritário como alternativa a evitar a dissolução total. Mais que isso, a questão foi tratada como se recesso fosse e determinou-

¹⁸² Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. 206 da Lei n. 6.404/76. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de árvores de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não produz lucros a curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso concreto. Insustentabilidade do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar.

- Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto.

- A “*affectio societatis*” decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria as (sic) sociedades anônimas de capital fechado.

- Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais hão de prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.

se que os haveres fossem calculados com observância do artigo 45 da Lei das S/A.

Os haveres do acionista minoritário que requer a dissolução total da sociedade por não preenchimento do fim evidentemente não podem ser apurados na forma do artigo 45 da Lei das S/A, pela simples razão de que de recesso não se trata.

Nem se diga que a aplicação se faz por analogia, pois para que se aplique algum dispositivo por analogia é preciso que as situações jurídicas se assemelhem e não há similitude alguma entre o recesso e a dissolução parcial.

Com efeito, o recesso, nas palavras de Vera Helena de Mello Franco, “*é fenômeno dissociativo e não, dissolutório.*”¹⁸³, ao passo que a dissolução parcial é criação pretoriana para evitar a dissolução total de uma dada companhia que tem um papel social importante.

Ao julgar o Recurso Especial 271.930¹⁸⁴, a Colenda Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento sobre as seguintes questões:

¹⁸³ *Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada – Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres, RDM, vol. 75, p. 24*

¹⁸⁴ DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE DO ACÓRDÃO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. INCLUSÃO DOS FUNDOS DE COMÉRCIO E DE RESERVA E DOS DIVIDENDOS DENTRE OS HAVERES. INTERESSE DE AGIR. SÓCIO RETIRANTE. EXISTÊNCIA AINDA QUE A SOCIEDADE E O SÓCIO REMANESCENTE CONCORDEM COM A DISSOLUÇÃO. OFENSA AO CONTRATO SOCIAL. INVIABILIDADE DE EXAME NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. ARTS. 20.21, 131, 165, 293, 458-11, 460, CPC, 668, CPC/1939, 955, 960, 963, CC. RECURSO DESACOLHIDO.

I – A fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a descisão desmotivada.

II – O fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na apuração dos haveres, por ocasião da dissolução, sem que a sua inclusão caracterize julgamento *extra petita*.

Primeiro, os fundos de comércio e reserva integram os haveres do sócio que se retira da sociedade, assim como também os dividendos que não foram pagos.

O fundamento jurídico que justificou tal decisão foi a vedação ao enriquecimento sem causa. Isto porque, como os primeiros fundos, a par de serem intangíveis, agregam valor ao negócio e os outros foram constituídos com numerário do sócio ou que a ele por direito pertence, não contemplar tais quantias no cálculo dos haveres implicaria em injustamente beneficiar os sócios remanescentes em detrimento daquele que se retira.

A decisão em comento concluiu, também, que é desnecessário pedido específico para inclusão dos fundos de comércio e de reservas no cálculo dos haveres, pois esses integram o patrimônio da sociedade.

Um outro aspecto que foi objeto de apreciação pelo C. Superior Tribunal de Justiça foi a questão do interesse de agir. Em resumo, discutiu-se no recurso se, tendo a sociedade apurado internamente os haveres do sócio dissidente, teria esse interesse de agir para propor a ação de apuração de haveres. E a Câmara julgadora entendeu, por unanimidade, que “ainda que a sociedade tenha internamente feito a apuração,

III – A inclusão, entre os haveres, dos dividendos porventura não pagos ao sócio retirante, ainda que não pedida expressamente, tem por objetivo evitar o enriquecimento indevido do sócio remanescente, não configurando julgamento *extra petita*.

IV – O sócio que pretenda desvincular-se da sociedade tem interesse de agir, ainda que tenha havido concordância do outro sócio sobre a dissolução, uma vez que não se trata de mera alteração contratual, mas de levantamento dos valores patrimoniais devidos a quem pretende retirar-se, mostrando-se útil o ajuizamento de ação para esse fim.

V – O exame de possível violação das cláusulas do contrato social da empresa, quanto à base de cálculo para o caso/de retirada, refoge à competência desta Corte, a teor do verbete sumular nº 5/STJ.

VI – Decorrido o prazo previsto no contrato social, após a notificação do sócio retirante ao remanescente sobre a dissolução, incorrem este e a sociedade em mora, tornando devidos, desde então, os juros moratórios

tem o sócio interesse de agir para ingressar em juízo com o pleito de apuração judicial de haveres.”

Por fim, restou assentado que se a sociedade não apura e paga os haveres no prazo e forma estabelecidos no contrato social fica sujeita aos juros moratórios, contados a partir da data em que deveriam ter sido pagos, e, mais que isso, se entre a data em que os haveres deviam ser quitados e a decisão judicial que ratificou o direito de o sócio dissidente recebê-los transcorreu longo lapso temporal, o provimento jurisdicional pode estabelecer critério de pagamento distinto do que consta no contrato social, inclusive determinando que a quitação se faça de uma só vez, ao invés de parceladamente.

No Recurso Especial nº 651.722 ¹⁸⁵, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que ora integra o C. Supremo Tribunal Federal, o E. Ministro, após esclarecer que tem posicionamento contrário à dissolução parcial de sociedade anônima, dá provimento ao recurso especial interposto para, contrariamente à sua posição pessoal, reconhecer o direito do Recorrente à dissolução parcial, fundamentando singelamente sua decisão no fato de que a Segunda Seção, ao julgar caso análogo, do qual também participou e no qual restou vencido o Ministro Relator do Recurso Especial *sub examine*, entendeu que a pretensão objeto do recurso é cabível.

A despeito do resultado do recurso, alguns comentários merecem ser feitos ao raciocínio desenvolvido no voto do Ministro Relator, para fundamentar sua posição acerca da questão da dissolução parcial de sociedade anônima.

¹⁸⁵ Dissolução parcial de sociedade anônima. Precedente da Segunda Seção.

1. Como já decidiu a Segunda Seção desta Corte, é possível a dissolução parcial de Sociedade Anônima, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo (ERESP nº 111.294/PR, Relator o Ministro Castro Filho, julgado em 28/6/06).

2. Recurso especial conhecido e provido.

A primeira crítica que se faz diz respeito à afirmação de que a dissolução de sociedade anônima não é possível, pouco importando as peculiaridades de cada caso. *Data maxima venia*, não há como concordar com tal colocação.

Há na lei, no artigo 206 da LSA, disposição expressa que determina a dissolução da companhia em determinadas situações. Portanto, para dizer o menos, ter como dogma a não admissão de dissolução de sociedade anônima é judicar *contra legem* !!!

E isso não se pode aceitar, como restou advertido no v. acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível nº 77.434-4/3, da lavra do Desembargador Silva Rico, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

“(…)

O festejado BACON ensinou que:

‘A lei é a garantia do cidadão. O Juiz, a garantia da lei.’

Existe um preceito milenar, que adverte:

‘Fora da lei, nasce o arbítrio.’

(…)

A respeito da importância da lei em vigor, já se professou sabiamente, que a construção dogmática não deve ser barrocamente confundida com apreciações extranormativas, com opiniões pessoais. Uma coisa é a lei, e outra é a nossa opinião. Quando estas não coincidem, nada nos privará de dizer o que pensamos; mas, devemos saber distinguir o que é a lei, do que é só o nosso desejo.

O ministro MÁRIO GUIMARÃES comungava com a mesma linha de pensamento de SEBASTIAN SOLER, um dos maiores juristas desta era:

‘Deverá o Juiz obedecer à lei, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador. Seria um império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação’.

E, invocando FRANCISCO CAMPOS:

‘Não existe nenhum sistema jurídico em que se conceda ao Juiz permissão para substituir à regra geral a que lhe seja ditado pela sua consciência, ou pelo seu sentimento de Justiça, ou pela sua filosofia econômica, política ou social.’

(MÁRIO GUIMARÃES, ‘O Juiz e a função Jurisdicional’, C.E. Forense, Rio de Janeiro, 1958, págs. 331)

Vale sempre a pena rever a belíssima lição de ALIOMAR BALEEIRO, *in* ‘JUSTIÇA FORMAL, JUSTIÇA SUBSTANCIAL’ – Geraldo Ataliba – ‘Revista de Direito Público’, vol. 7º, págs. 201 e seguintes:

‘Não me cabe psicanalizar os eminentes representantes da nação’.

E, citando D’Argentrè:

‘NÃO JULGO A LEI, JULGO SEGUNDO A LEI’.

(...)

O Juiz não pode substituir-se ao legislador, para impor a regra de direito que lhe pareça mais justa ou adequada, segundo o seu entendimento.

Assim pontificou o Pretório Excelso *in* ‘RBDP’, 50/159:

‘Não pode o Juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de Justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio, a regra de direito aplicado. Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplica-a com equidade

e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.”

(grifos)

Evidente, portanto, que o juiz não pode confundir a função de julgar e interpretar a lei com a de legislar, que escapa por completo de sua competência.

Também, *data maxima venia*, parece equivocar-se o E. Ministro quando diz que “a dissolução é própria do tipo de sociedade de pessoas...”. Ora, como visto, as sociedades anônimas podem sim ter caráter *intuitus personae*. Não aceitar isso é fechar os olhos para a realidade.

É ignorar o fato de que, no direito brasileiro, “por diversos motivos (cf. parte I, 2.3, abaixo), empresários estão cada vez mais optando pela forma de sociedade anônima em lugar das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Em geral, sociedades de pequeno e médio porte, com traços personalistas.”¹⁸⁶

Também discordamos da afirmação citada pelo Ministro Relator no sentido de que “em se admitindo a dissolução parcial da sociedade anônima, quando pedida a dissolução total, poderá surgir a indústria especulativa entre os acionistas ditos profissionais de mercado, que passariam sistematicamente, sempre que possível, a formular pedidos de dissolução total de companhias prósperas, como forma de auferir significativos e indevidos ganhos”.

Como dito linhas atrás, o artigo 206, II, “b” da Lei das Sociedades Anônimas não é uma norma potestativa, pois, não obstante esteja sendo utilizado hodiernamente para propiciar a saída da companhia do acionista fora das hipóteses taxativamente previstas no artigo 136

¹⁸⁶ Exclusão de sócios..., *op.cit.*, p. 30

da legislação do anonimato, deve haver prova de que a sociedade em questão não pode preencher o seu fim.

É o que basta para demonstrar que a afirmação não se sustenta. De fato, somente se “provado que não pode preencher o seu fim” é que se dissolve a companhia. Em outras palavras, companhias prósperas, e que respeitam seus acionistas, notadamente distribuindo dividendos, não ficam sujeitas a uma arbitrária dissolução, como quer fazer crer o texto citado.

Equivocada, igualmente, a afirmação de que “ao ‘se permitir a dissolução parcial de uma companhia por simples quebra da **affectio societatis**, abrir-se-á precedente perigoso nas estruturas da sociedade anônima. Isto porque serão inseridos em seu arquétipo aspectos de natureza subjetiva (**affectio societatis**) nas relações entre os acionistas.”

Na verdade, não é a possibilidade de dissolução parcial da companhia que insere na sociedade elementos de natureza personalista, mas o estatuto. É da leitura dele que se depreende se a sociedade é de pessoas ou de capital, se é familiar, se tem características institucionais ou contratuais etc.

Enfim, como já dito antes, não se pode tratar todas as sociedades anônimas como se fossem macrocompanhias, pois no plano da realidade apenas uma pequena parcela possui esta característica. A grande maioria das companhias em funcionamento são microcompanhias fechadas, *intuitus personae* e familiares.

Ledo engano pensar que o perigo reside na intenção do acionista majoritário de excluir o minoritário. O controlador tem formas muito mais eficazes de oprimir a minoria, sem ter que se descapitalizar,

por exemplo não distribuindo dividendos, aumentando desmensuradamente sua remuneração etc.

Por fim, há que se dizer que o fato de a lei prever o direito de retirada do acionista dissidente de modo algum exclui o direito deste de postular a dissolução da sociedade. Retirada e dissolução são coisas distintas, têm causas distintas e conseqüências igualmente diversas. Enfim, são institutos que caminham paralelamente.

Com efeito, como já dito, o recesso, nas palavras de Vera Helena de Mello Franco, “*é fenômeno dissociativo e não, dissolutório.*”¹⁸⁷, ao passo que a dissolução parcial é criação pretoriana para evitar a dissolução total de uma dada companhia que tem um papel social importante.

Obviamente que o que se propugna não é a aplicação indiscriminada do dispositivo, mas, tratando-se de uma microcompanhia fechada, *intuitus personae* e familiar que não distribui lucros é o caso de dissolvê-la, consoante determina a lei. Se, a despeito de não preencher o fim tem, por outro lado, um papel social relevante, melhor dissolvê-la parcialmente, propiciando, ao mesmo tempo, que o acionista insatisfeito dela se desvincule e ao acionista que tem interesse em prosseguir com as atividades, que nela permaneça.

Essa a solução aventada também por Mauro Rodrigues Penteado, *verbis*:

“Nas companhias fechadas (...) o acionista minoritário fica à mercê dos acionistas controladores para desfazer-se de sua participação acionária, que

¹⁸⁷ *Dissolução Parcial e Recesso...*, op. cit., p. 24

difficilmente poderá interessar a terceiros. O único corredor de escape, estreitíssimo, reside na faculdade de pleitear a dissolução judicial da sociedade, possível apenas em circunstâncias anômalas e quase sempre obstaculizadas pelos Tribunais, nas quais caber-lhe-á o difícil senão insuperável ônus de provar que a companhia não preenche os seus fins (cf. item 69, abaixo).

Este é, seguramente, um dos motivos que vem levando nossos pretórios a estender a construção doutrinária da dissolução parcial também para as sociedades por ações fechadas, dada a identidade da *ratio essendi* do reconhecimento dessa prerrogativa, nas sociedades de pessoas e nas limitadas.”¹⁸⁸

No Recurso Especial nº 507.490¹⁸⁹, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prolatou acórdão irretocável. Vejamos:

¹⁸⁸ Dissolução e liquidação..., *op.cit.*, p. 159

¹⁸⁹ I – RECURSO ESPECIAL – SOCIEDADE ANÔNIMA – PEDIDO DE DISSOLUÇÃO INTEGRAL – SENTENÇA QUE DECRETA DISSOLUÇÃO PARCIAL E DETERMINA A APURAÇÃO DE HAVERES – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – INEXISTÊNCIA.

- Não é *extra petita* a sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade anônima quando o autor pede sua dissolução integral.

II – PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DO AUTOR. CONTROVÉRSIA. DEFINIÇÃO POSTERGADA À FASE DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. A Lei 6.404/76 exige que o pedido de dissolução da sociedade parta de quem detém pelo menos 5% do capital social.

2. Se o percentual da participação societária do autor é controvertido nos autos e sua definição foi remetida para a fase de liquidação da sentença, é impossível, em recurso especial, apreciar a alegação de ilegitimidade ativa.

III – SOCIEDADE ANÔNIMA. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. REQUISITOS.

1. Normalmente não se decreta dissolução parcial de sociedade anônima: a Lei das S/A prevê formas específicas de retirada – voluntária ou não – do acionista dissidente.

2. Essa possibilidade é manifesta, quando a sociedade, embora formalmente anônima, funciona de fato como entidade familiar, em tudo semelhante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

IV – APURAÇÃO DE HAVERES DO ACIONISTA DISSIDENTE. SIMPLES REEMBOLSO REJEITADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF.

Primeiramente, o voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, acompanhado da Ministra Nancy Andrighi e do Ministro Castro Filho, afastou, acertadamente, a preliminar de nulidade baseada na alegação de julgamento *extra petita*.

O Recorrente alegava que por ter sido requerida a dissolução integral da sociedade anônima, não seria possível julgar a ação para dissolver parcialmente a companhia.

Entretanto, o E. Ministro Relator afastou tal sofismático argumento esclarecendo que “a dissolução parcial se contém no âmbito da dissolução total”.

A questão foi ainda melhor exposta pela E. Ministra Nancy Andrighi, *verbis*:

“Como se sabe, o art. 460 do CPC veda ao juiz a prolação de decisão acima (*ultra petita*), fora (*extra petita*) ou aquém do pedido (*citra* ou *infra petita*). Tecnicamente, portanto, se a parte pede a dissolução integral da sociedade e a sentença determina apenas a dissolução parcial, tal julgamento não é *extra petita*, mas, sim, *citra* ou *infra petita*; uma vez que, por decorrência lógica, a dissolução parcial (*parte*) está contida na dissolução integral (*todo*).

Assim, se o autor pede a dissolução integral da sociedade e a sentença decreta apenas a dissolução parcial, quem tem interesse recursal para pleitear a

- Não merece exame a questão decidida pelo acórdão recorrido com base em mais de um fundamento suficiente, se todos eles não foram atacados especificamente no recurso especial.

anulação da sentença é apenas o autor, pois obteve menos do que pretendia (decisão *citra* ou *infra petita* em relação ao pedido). O réu, nesta hipótese, somente teria interesse em recorrer para anular a sentença se: (i) em sua contestação, tivesse concordado com o pedido de dissolução total, discutindo apenas a apuração de haveres, mas a sentença tivesse decretado a dissolução parcial, ou (ii) o autor tivesse pedido a dissolução parcial e a sentença tivesse decretado a dissolução total da sociedade; hipóteses que, evidentemente, não ocorreram na espécie.

Na linha de raciocínio de que a tão-só desconformidade da decisão com os requerimentos formulados pelas partes não basta, por si só, para caracterizar o interesse em recorrer, pois a parte deve pretender alcançar algum proveito, do ponto de vista jurídico, com a interposição do recurso, sem o que não terá ele interesse em recorrer; está Nelson Nery Jr. (**Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**, São Paulo: RT, 2000, pág. 266)."

E o fundamento jurídico adotado no v. acórdão encontra total respaldo na melhor doutrina processual.

Quando citado aresto aborda a questão da dissolução parcial de sociedade anônima, dois pontos principais merecem destaque:

Primeiro, a admissão do instituto. Diz o acórdão: em hipóteses excepcionalíssimas, ou seja, quando coexistirem a

“*affectio societatis* como fator preponderante na criação da empresa”; e, “quebra dessa *affectio*, conjugada à inexistência de lucros ou falta de distribuição dos dividendos por longo período, de forma a configurar que a sociedade não consegue alcançar sua finalidade.”

Segundo, a confirmação de que o entendimento jurisprudencial acerca do fim buscado pela companhia é coincidente com a posição aqui sustentada, qual seja, o que a sociedade privada visa é o lucro. Tal conclusão se extrai da seguinte afirmação: “...inexistência de lucros ou falta de distribuição dos dividendos por longo período, de forma a configurar que a sociedade não consegue alcançar sua finalidade.”

O último ponto objeto de enfoque pela decisão diz respeito à forma de apuração dos haveres e, nesse particular, o acórdão limitou-se a referendar a decisão do Tribunal *a quo*, posto que tal fundamento não foi atacado no recurso especial.

Não obstante o mérito dessa irresignação não tenha sido objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, cumpre salientar que a pretensão de pagamento dos haveres do sócio que se retira, de fato, não deve mesmo ser feito nos moldes do que estabelece o artigo 45 da Lei nº 6.404/76, isto porque a situação que enseja a dissolução parcial é diversa das causas que justificam o recesso.

Nesse, o acionista dissente da deliberação e naquela a sociedade só não é dissolvida totalmente porque, não obstante não preencha seus fins, a companhia é preservada apenas e tão somente pelo papel social que tem perante a coletividade.

Outro acórdão que merece comentário é o do Recurso Especial nº 235.640 ¹⁹⁰, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro. O desfecho da questão encontra-se adequado se a dissolução determinada for total.

O mesmo não se pode dizer se a dissolução for parcial. É que nessa hipótese não há a figura do liquidante. A apuração dos haveres do acionista que se retira quando ocorre dissolução parcial é feita de forma ficta, através de levantamento pericial.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no Recurso Especial nº 315.915 ¹⁹¹, empreendeu tentativa no sentido de introduzir nas dissoluções parciais a figura do liquidante, mas as atribuições desse profissional seriam diversas daquelas previstas no artigo 660 do CPC/39. Esse liquidante, diferentemente daquele previsto na lei processual, se limitaria “a supervisionar e fiscalizar o processo, sem a representação legal da sociedade.”

Ora, a conclusão a que se chega é que o atípico liquidante criado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito somente implicaria em um ônus a mais para o acionista que se retira, porque como não tem ele poder de representação da companhia - e nem poderia mesmo ter ¹⁹²-

¹⁹⁰ Sociedade anônima. Dissolução

Decretada a dissolução da sociedade, proceder-se-á a sua liquidação e só então se saberá qual a exata importância que caberá a cada um dos sócios. Não se justifica seja fixado esse valor no processo em que se postula a dissolução.

¹⁹¹ **Dissolução parcial de sociedade por quotas. Nomeação de liquidante. Precedentes**

1. Esta Terceira Turma tem reiterados precedentes no sentido de que na “*dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da **affectio societatis**, há de fazer-se como de dissolução total se tratasse posto que, segundo a jurisprudência do STJ, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o **quantum** devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes*” (REsp nº 38.160/SP, Relator o Senhor Ministro **Waldemar Zveiter**. DJ de 13/12/93). Com isso, a nomeação de liquidante, diante das circunstâncias de fato do caso, para supervisionar e fiscalizar o processo, sem a representação legal da sociedade, não agride nenhum dispositivo de lei federal.

2. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

¹⁹² Já que o acionista que está saindo, a partir do momento em que é acolhido seu pedido de dissolução parcial, não pode se insubordinar contra os rumos que a administração da companhia entendeu por bem

nem tampouco direito de veto sobre os atos da administração, funcionará como mero espectador...

Portanto, no caso de haver fundado receio de que a administração pretenda dissipar os bens para frustrar o pagamento dos haveres, seria mais eficiente determinar o arrolamento dos ativos da companhia ao invés de nomear um observador sem voz nem vez.

Ademais, o próprio voto divergente proferido pelo Ministro Ari Pargendler se encarregou de espancar a justificativa apresentada para a nomeação do liquidante *sui generis*. Por serem oportunas, transcrevemos suas palavras:

“Data venia, a nomeação de liquidante judicial supõe a liquidação da sociedade, e, à míngua disso, não se justifica que o ânimo dos sócios esteja exacerbado, ou não. Se essa exacerbação fosse motivo para a nomeação de liquidante, todas as ações de apuração de haveres de sócios exigiriam essa providência. O litígio só chega ao Juízo, depois que as partes já não se entendem e não se toleram.

A ação de dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada nada mais é do que uma ação para apuração dos haveres do sócio que se retira. Quando a jurisprudência diz que tudo se passa como se tratasse de uma dissolução total, deve-se entender que ‘o sócio não pode, na dissolução parcial da sociedade, receber, a título de reembolso, valor diverso do que receberia, como partilha, na

seguir, posto que desse momento em diante deixa de ser acionista e passa a ser mero credor da sociedade, conforme preleciona Fábio Ulhoa Coelho (Coelho, 2002, p. 470/471).

dissolução total' (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Comercial, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, Vol. 2, p. 450).

... 'A apuração de haveres, em outras palavras, é a simulação da dissolução total da sociedade. Por meio de levantamento contábil, que reavalia, a valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social, e da consideração do passivo da sociedade, projeta-se quanto seria o acervo remanescente caso a sociedade limitada fosse, naquele momento, dissolvida' (op.cit. p. 450).

Para esse efeito, há necessidade de perito judicial, e não de liquidante judicial.

'Divide-se a doutrina' – na lição de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro – 'quanto à caracterização da figura do liquidante, ora apresentando-o como representante dos acionistas, ora definindo-o como representante dos credores sociais. Na verdade, porém, à vista do disposto no art. 211, entendemos que o liquidante é órgão da sociedade, assim como sucede com seus administradores. Ainda que sua atuação tenha por finalidade realizar o ativo, pagar o passivo e promover o rateio do remanescente entre os acionistas, o fato é que o liquidante representa a companhia, nos termos do citado art. 211, tendo as mesmas responsabilidades do administrador, conforme deixa claro o art. 217. Conquanto escolhido para fins especiais, já que a sociedade não mais opera normalmente, o liquidante é órgão social' (Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, Livraria e

Editora Jurídica José Bushatsky Ltda., São Paulo, 1979, p. 631)

A nomeação de liquidante para uma sociedade que continua a desenvolver normalmente os seus negócios, cuja atuação não tem como finalidade a realização do respectivo ativo e que carece de funções de representação não se encaixa no figurino legal – nada auxiliando a observação de que ‘a liquidante firmará compromisso e agirá segundo o que determina o art. 660 do CPC/39, naquilo que não for incompatível com a dissolução parcial’ (fl. 279), a qual será motivo de novas desavenças quanto a extensão desses poderes.”

No Recurso Especial nº 164.125 ¹⁹³, o Superior Tribunal de Justiça, desta feita por voto de lavra do outrora Ministro Costa Leite, novamente admitiu a possibilidade de se dissolver parcialmente uma sociedade anônima. Não obstante, no caso específico objeto do recurso, a pretensão dos recorrentes não mereceu guarida, pois o acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* entendeu que ficou provado que a sociedade vinha cumprindo seu fim e, em virtude do que estabelece a Súmula nº 07 do STJ, não foi possível reexaminar a matéria, pois isso implicaria em reexame de prova.

No REsp nº 197.303 ¹⁹⁴ deu-se uma solução processualmente correta, mas que, na prática, impede de se apurar adequadamente o valor dos haveres. Senão, vejamos:

¹⁹³ Processo Civil e Comercial. Recurso especial. Admissibilidade. Sociedade Anônima. Dissolução.

Ruptura da *affectio societatis* constitui questão que apresenta contornos fáticos, atraindo, assim, a incidência da Súmula nº 07. A falta de lucratividade ajusta-se à hipótese de dissolução do art. 206, II, ‘b’, da Lei das Sociedades Anônimas, desde que reponte o malogro no intento de lucro, o que não foi reconhecido pelo acórdão, deixando o fundamento em que se estabeleceu entrever causa conjuntural. Recurso não conhecido.

¹⁹⁴ COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. APURAÇÃO DE HAVERES. LIQUIDAÇÃO POR

A sociedade dissolvenda detinha, em seu ativo, ações de uma companhia. Essa companhia, por seu turno, controlava uma outra.

Assim, a fim de apurar o valor real dos haveres do sócio que se retirava, foram formulados quesitos requerendo que o perito informasse quais os valores de mercado dos bens que integravam o ativo da companhia da qual a sociedade dissolvenda era acionista.

Com o mesmo intuito, requereu-se, também, que o *expert* avaliasse igualmente a terceira sociedade, controlada pela companhia acima mencionada.

Evidentemente que examinando a questão sob o ponto de vista estritamente processual a decisão se mostra irreparável. Entretanto, sob o prisma da eficácia da apuração dos haveres, parece-nos óbvio que o sócio que está se retirando da sociedade *holding* não terá seus haveres levantados da forma apropriada.

E isso se constata pelo simples fato de os bens que constam do ativo serem contabilizados pelo valor de aquisição e assim permanecerem ao longo dos anos, sofrendo, ainda, as depreciações

ARBITRAMENTO. QUESITOS. VALOR REAL DAS AÇÕES DA SOCIEDADE EM SOCIEDADE ANÔNIMA. AFERIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. EFEITOS DA COISA JULGADA. EXTENSÃO A TERCEIROS. INVIABILIDADE. ART. 472, CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Na ação de dissolução parcial de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, tendo sido determinada em sentença transitada em julgado a apuração de haveres como se se tratasse de dissolução total, deve-se apurar o valor real das ações de sociedade anônima que integram o patrimônio da sociedade dissolvida.

II – A apuração do valor real das ações, todavia, não se traduz na obrigação de terceiros, que não participaram do contraditório no processo de conhecimento, deixarem informações sobre seus ativos e controle acionário à disposição para a realização de perícia em processo cuja tramitação não os tenha atingido, uma vez que não se sujeitam aos efeitos da coisa julgada, a teor do art. 472 do Código de Processo Civil.

determinadas pela legislação fiscal ¹⁹⁵. Logo, se for considerado o balanço patrimonial da controlada resta indubitoso que, no mais das vezes, a avaliação resultará muito aquém do valor real da sociedade.

Não por outra razão, a jurisprudência tem determinado que o cálculo dos haveres se faça tomando por base o valor de mercado dos bens que integram o ativo, adotando, assim, solução intermediária entre o valor patrimonial e o econômico.

Poder-se-ia pensar, então, que se o problema é simplesmente apurar o valor de mercado dos bens que compõem o ativo da sociedade controlada, bastaria, para chegar à conclusão de quanto vale a participação que a controladora tem, que o perito avaliasse esses bens a valores de mercado.

Todavia, a questão não é de tão simples solução como pode, à primeira vista, parecer. A dificuldade em assim proceder já começa no próprio ponto de partida, pois nos balanços não constam os ativos discriminados. Como é de conhecimento geral, ali há apenas menção genérica dos mesmos, por exemplo: “imóveis”, “veículos” etc...

A descrição detalhada dos bens somente existe em outros documentos da contabilidade, aos quais o perito não terá acesso, por não ter a controlada sido parte da lide, de modo que não terá como avaliar a valor de mercado aquilo que sequer sabe o que é...

Não se pode esquecer, também, que nem todas as sociedades são obrigadas a publicar seus balanços. Apenas as

¹⁹⁵ Somente com a entrada em vigor da Lei nº 11.638/07, que se deu em 01 de janeiro de 2008, é que se tornou obrigatória a contabilização do ativo e passivo a valor de mercado.

companhias com patrimônio líquido superior a R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) têm a obrigação de fazê-lo.

Destarte, se a controlada for uma sociedade limitada, uma companhia fechada que tenha patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00, sequer ao balanço da controlada o perito terá acesso.

É verdade que se for aberta a companhia da qual a sociedade dissolvenda tem participação, o perito terá algum tipo de informação (tal como a própria cotação dos valores mobiliários, os balanços) que poderá lhe auxiliar na tarefa, mas não podemos nos esquecer que não é essa a realidade brasileira.

De acordo com dados do DNRC, consolidados até 2005, de um universo de 8.915.890 sociedades, apenas 20.080 são companhias, 380 abertas e, dessas, somente 171 têm um índice de negociabilidade que permitiriam ao avaliador ter uma noção razoável do valor daquele investimento que a sociedade dissolvenda tem.

Problema ainda maior se apresenta para a avaliação de sociedades *holdings* puras, pois os únicos ativos que essas possuem são justamente as participações que detêm em outras sociedades.

Ora, se a perícia tem que se limitar à sociedade dissolvenda, a fim de dar cumprimento ao disposto no artigo 472 da Lei de Rito, como fará o experto para apurar os haveres do sócio que se retira ?

Enfim, como compatibilizar o princípio da segurança jurídica, preservando a coisa julgada apenas entre aqueles que foram partes na ação, consoante estabelece o artigo 472 do CPC, com o da vedação ao enriquecimento sem causa é o grande desafio do operador do direito.

Também se faz necessário dizer que uma outra solução simplória que eventualmente pode vir a ser cogitada como se fosse a panacéia, qual seja, a inclusão das controladas no pólo passivo da ação de apuração de haveres, não se faz possível, eis que, como se diz no linguajar coloquial, sócio do meu sócio meu sócio não é !

Um último caminho que poderia ser cogitado seria o da desconsideração da personalidade jurídica, para que a apuração dos haveres atinja as pessoas jurídicas controladas, mas, *data venia*, não nos parece que a situação se enquadre nos contornos do artigo 50 do Código Civil.

O Recurso Especial nº 408.122 ¹⁹⁶ enfrenta uma outra questão processual importante, qual seja, o requisito de procedibilidade que a lei estabelece.

O artigo 206, II, “b” da Lei das S/A, fixa como condição da ação que a lide seja proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social.

O acórdão, por seu turno, entendeu que essa condição deve ser preenchida “na data da propositura da demanda, sendo irrelevantes as alterações nesse percentual ocorridas no curso do processo.”

¹⁹⁶ Direito societário. Ação de dissolução de sociedade anônima, proposta por acionistas minoritários. Quorum mínimo atendido na data da propositura da ação. Desistência da ação por um dos autores, no curso do processo. Homologação pelo juízo. Correspondente diminuição da participação detida pelos autores no capital social da companhia a ser dissolvida, para patamar inferior ao mínimo legal. Irrelevância.

- A titularidade de 5% do capital social da companhia, em ações de dissolução proposta com base no art. 206 da Lei das S.A., é condição a ser preenchida na data da propositura da demanda, sendo irrelevantes as alterações nesse percentual ocorridas no curso do processo.

- Na hipótese dos autos, a desistência de um dos litigantes não poderia prejudicar os demais. Sendo necessário o litisconsórcio formado por ocasião da propositura da ação, o consentimento dado pelo autor no início do processo não pode ser revogado em seu curso. A desistência só pode ser admitida caso subscrita por todos os autores.

Recurso especial conhecido e provido.

Data venia, não há como concordar com tal posicionamento, em virtude do que estabelece o art. 462 do CPC.

Entende-se a louvável preocupação da douta Turma Julgadora de dar utilidade ao processo, aproveitando, por uma questão de economia processual, atos praticados ao longo de 5 (cinco) anos. No entanto, a nosso ver, o processo poderia, sim, ser preservado, mas por outro fundamento, aquele apontado pelo Ministro Relator.

O que se discute não é a decisão em si de não extinguir o processo, mas o fundamento. A própria Ministra Nancy Andrighi, que divergiu do Relator e modificou o resultado do julgamento, já havia sustentado em outro Recurso Especial (REsp nº 247.002) que o pedido de dissolução pode ser imotivado se a companhia tiver características *intuitus personae*.

Pois bem, ainda que a ação tenha sido distribuída invocando como fundamento jurídico o artigo 206, II, “b” da Lei das S/A, pode o julgador, invocando a máxima “*da mihi factum, dabo tibi jus*” julgar procedente o pleito por quebra da *affectio societatis*, pois, em última análise, indubitável que não distribuição de lucros pode implicar em rompimento da vontade de permanecer sócio.

O que não se pode é ignorar a disposição que estabelece que as condições da ação devem perdurar ao longo do processo e, mais que isso, estarem presentes no momento da prolação da decisão.

CONCLUSÃO

Eram esses os pontos que na minha visão precisariam ser enfocados para demonstrar que o fim da companhia privada

particular permanece sendo, como sempre foi, gerar lucro para distribuí-lo aos seus acionistas.

Não se pode negar o fato de que a preocupação com o social introduziu limitações à liberdade de agir, de contratar, ao uso da propriedade etc., mas essas restrições não implicam em desnaturar o fim das sociedades anônimas, como parte da doutrina tem propalado.

O que existe é apenas e tão somente um dever de exercer os direitos individuais em harmonia com outros interesses, a saber: dos consumidores, do fisco, do meio ambiente, dos empregados etc.

Diante disso, houve uma mudança de paradigma. No Estado liberal, o lucro se sobrepunha a tudo e todos. Hodiernamente essa busca persiste mas deve ser compatibilizada com interesses externos à empresa.

Ao longo dessa dissertação procuramos também distinguir as expressões função social, papel social e responsabilidade social. Para tanto, valemo-nos do magistério de Eduardo Tomasevicius Filho, para quem: “A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.”¹⁹⁷

A responsabilidade social, por seu turno, para Tomasevicius “... abrange as não relacionadas à sua finalidade, consubstanciadas no objeto social, mas que são benéficas à sociedade. (...) por

¹⁹⁷ A função social..., *op.cit.*, RT 810/45

não serem atividades ligadas ao seu fim é que se pode falar em responsabilidade social.”¹⁹⁸

Por fim, para o citado jurista, a importância que a empresa tem para a coletividade, como unidade geradora de empregos, impostos etc é o que melhor define papel social.

Criticamos, ainda, a função social, que tem sido, por muitos, endeusada e tratada como o antídoto para toda a problemática da vida em sociedade. No nosso entender, a função social apenas implica em gastos por parte do empreendedor.

Gastos que ele não queria ter, mas que o legislador o obrigou a suportar, a exemplo dos encargos trabalhistas, das responsabilidades que o Código de Defesa do Consumidor e as legislações ambientais e tributárias atribuem.

Demonstramos, por outro lado, que esses gastos, inerentes ao exercício da atividade, serão socializados entre todos os consumidores, salvo se forem criados mecanismos para viabilizar e estimular as empresas a exercerem suas funções sociais sem que isso implique na transferência desse ônus empresarial para o particular.

Essa, todavia, não parece ser a preocupação dos legisladores. Muito pelo contrário, o que se percebe é apenas o intuito de onerar cada dia mais a cadeia produtiva, como se o empreendedor fosse o culpado pelas mazelas sociais ou devesse suportar, com exclusividade, os ônus da inoperância do Estado.

¹⁹⁸ A função social..., *op.cit.*, RT 810/45

Constatamos que se essa indiferença do legislador para com o impacto que tais medidas ocasionam na esfera jurídica dos empreendedores persistir, o resultado será ou a evasão empreendedora ou a socialização dos aumentos dos custos (que acabará penalizando o particular, que se verá obrigado a pagar mais pelos mesmos produtos) ou a pura e simples sonegação fiscal, como meio de neutralizar o aumento dos custos de produção.

Alertamos que nenhuma das três hipóteses é boa para o país !

Diagnosticamos, por outro lado, que o princípio da autonomia patrimonial, que surgiu justamente para limitar a responsabilidade daquele que se aventurava a empreender, está cada dia mais relativizado, seja em virtude de leis, seja em razão de práticas negociais que têm exigido como condição *sine qua non* das operações das quais tomam parte as pessoas jurídicas que os sócios figurem como avalistas.

Todas essas situações, acrescidas ainda da desconsideração da personalidade jurídica, que se tornou prática corriqueira, têm aumentado exponencialmente o risco de o empreendedor perder seu patrimônio pelo insucesso de um negócio cuja perda máxima deveria ser limitada àquilo que foi destinado ao empreendimento.

Feita essa constatação, para demonstrar que se faz urgente uma revisão de como os empreendedores têm sido vistos pela lei e pelo Judiciário, explicamos que assim como papel social, responsabilidade social e função social não são conceitos equivalentes, finalidade e fim também não são.

Expusemos, de forma absolutamente direta, que as expressões se distinguem por um simples fato, qual seja, a finalidade ou objeto social é o meio pelo qual a companhia pretende alcançar seu fim.

Prosseguindo nosso raciocínio, alertamos para o fato de que, ao contrário do que pode parecer, as sociedades anônimas não são apenas as macrocompanhias abertas.

Lembramos que existem sociedades anônimas abertas e fechadas, de pessoas e de capital ¹⁹⁹, que exploram atividades de pequeno e grande porte.

Advertimos também que companhia fechada não é sinônimo de sociedade de pessoas, assim como aberta não necessariamente corresponde à de capitais.

Mencionamos, ainda, que companhias abertas podem sim, justamente por terem seus valores negociados no mercado, ter problemas para conseguir os recursos de que necessita para bem exercer seu objeto social, do mesmo modo que também não é equivocado dizer que há sociedades anônimas fechadas extremamente bem capitalizadas.

Distinguimos as diversas acepções do vocábulo dissolução para explicar que o significado semântico da expressão varia e pode ser empregado com o sentido de causa, procedimento e extinção.

Com relação especificamente ao artigo 206 da lei das Sociedades Anônimas, concluímos que a expressão foi utilizada com

¹⁹⁹ Pontes de Miranda diz que a classificação é entre sociedades de pessoas e por ações. Veja-se: “A sociedade por ações é sociedade que fica em frente das sociedades de pessoas. A distinção, que se há de fazer, é entre sociedades por ações e sociedades de pessoas, e não entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais...” (*in op. cit.*, Tomo L, pág. 16)

o sentido de causas que ensejam o ingresso da companhia no estado de liquidação.

A seguir, explicamos quem é considerado acionista minoritário, expondo que como o artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas define o controlador, todos aqueles que não se enquadram em tal conceito legal são minoritários.

Mencionamos também o fato de que “maioria” não representa noção qualitativa, mas quantitativa, pois existem, como há muito escreveram Berle e Means, quatro modalidades de controle.

Ressaltamos ainda que a minoria nem sempre é beligerante, mas que o litígio entre essa e os controladores normalmente surge quando há tentativas de desequilibrar as relações.

Anotamos, outrossim, que embora tecnicamente os preferencialistas não possam ser considerados minorias, a doutrina em geral trata os preferencialistas como minoritários e nessa dissertação não foi diferente.

No que tange, especificamente, ao artigo 206, II, “b” da Lei em exame chegamos às seguintes conclusões:

1) Os destinatários da norma são os acionistas que representam 5% (cinco por cento) ou mais do capital social, sejam eles ordinarielistas ou preferencialistas, mas, em especial, os minoritários e, mesmo entre esses, aqueles que não têm seus interesses respeitados pelos controladores.

2) Não é uma norma potestativa, pois, não obstante esteja sendo utilizada hodiernamente para propiciar a saída da companhia do acionista fora das hipóteses taxativamente previstas no artigo 136 da legislação do anonimato, deve haver prova de que a sociedade em questão não pode preencher o seu fim.

3) O fim a que a lei se refere deve ser visto sob a perspectiva dos sócios. Não basta que a companhia privada particular apresente condições de explorar lucrativamente a atividade, tampouco é suficiente para demonstrar que preenche o fim que ela dê lucros. O que é necessário é que dê lucros compatíveis com a atividade e os distribua a seus acionistas.

4) A previsão de dissolução da sociedade por não preenchimento do fim já existia no Código Comercial de 1850²⁰⁰ e foi repetida nos diplomas legais que se seguiram, notadamente, na atual lei das Sociedades Anônimas, daí porque não procede a afirmação de que o fim da companhia privada particular não é egoístico.

5) A ação de dissolução de sociedade anônima por não preenchimento do fim deve tramitar pelo rito ordinário, conforme prevê o artigo 674 do Código de Processual Civil de 1939.

6) O Autor da ação pode pedir simplesmente a dissolução total ou fazer, além do requerimento de dissolução total, um pedido alternativo de dissolução parcial, sendo que este último viria formulado *ad cautelam* para a hipótese do desacolhimento do primeiro.

²⁰⁰ Em uma época dominada pela escola contratualista (que privilegiava a vontade dos sócios em detrimento do interesse institucional da sociedade). Cf. Samantha Lopes Alvares *in* Ação de Dissolução de Sociedades, Quartier Latin, 2008, p. 21

7) A cumulação é permitida pelo artigo 292, § 2º do CPC.

8) Se o pedido da ação se limitar ao requerimento de dissolução total, nos alinhamos a posição defendida por Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, que afirma que “... a decisão que nega a dissolução total explicitamente requerida e assegura uma retirada jamais pleiteada pelo autor – ou postulada pelo réu, em reconvenção – não é considerada *extra petita*, porquanto estaria apenas a representar mero ‘*provimento parcial do pedido e ajustada ao interesse social de preservação de empresas*’.”²⁰¹

9) Ocorrendo uma situação que permite o recesso, não tem o acionista livre arbítrio para decidir se exerce o seu direito de retirada ou se postula a dissolução parcial imotivada.

10) Legitimado ativo para a ação de dissolução de sociedade por não preenchimento do fim é o acionista ou acionistas que, em conjunto, detém 5% (cinco por cento) do capital social, sejam eles ordinarialistas ou preferencialistas.

11) Em se tratando de aquisição da participação acionária objeto de negócio jurídico entre acionistas ou entre esses e terceiros, o adquirente somente tem legitimidade para requerer a dissolução da companhia após a transferência das ações no livro da sociedade, pois, somente com essa torna-se acionista.

12) O usufrutuário terá legitimidade ativa para postular a dissolução por não preenchimento do fim, caso tenham sido conferidos a ele, além dos direitos patrimoniais (inerentes ao usufruto), os direitos políticos, caso contrário, legitimado ativo será o nu-proprietário.

²⁰¹ Dissolução Parcial..., *op.cit.*, p. 125

13) A sociedade não tem legitimidade para postular sua própria dissolução.

14) A legitimidade passiva é da sociedade e dos sócios.

15) Havendo muitos litisconsortes, admite-se a citação por edital, a fim de evitar o sobrestamento do feito por prazo indeterminado.

16) A causa de pedir consiste na demonstração de que a companhia não tem lucro; tem lucro irrisório; tem lucro, mas não o distribui ou tem lucro e distribui valor irrisório.

17) O foro competente para a ação de dissolução é o da *sede* da sociedade.

18) O valor da causa é o valor do contrato, consoante determina o artigo 295, V da Lei de Rito.

19) A contestação deve ser apresentada no prazo de quinze dias, salvo se os réus forem defendidos por procuradores diferentes, caso em que se aplicará o disposto no artigo 191 da Lei Adjetiva Civil, que prevê prazo em dobro.

20) No que tange à defesa em si, valemos da lição de José Frederico Marques, citado por Samantha Lopes Alvares, que afirma: “o réu ‘defenderá a imutabilidade da situação que o autor pretende alterar’”²⁰².

²⁰² Ação de Dissolução..., *op. cit.*, p. 170

21) É cabível reconvenção.

22) A sentença que decreta a dissolução tem caráter constitutivo-condenatório e produz efeitos *ex nunc*.

23) A decisão somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado, de modo que, antes disso, a sociedade não ingressa no estado de liquidação, que somente poderá se iniciar após a decisão fazer coisa julgada.

24) Na hipótese de a dissolução decretada ser a total, será nomeado liquidante, observando-se o disposto no artigo 657 do CPC/39, e este deverá, a partir de então, assumir a administração e direcionar os negócios da companhia para realização do ativo e pagamento do passivo.

25) Havendo acionistas preferencialistas é preciso verificar se o estatuto prevê alguma vantagem a eles para o caso de dissolução. Existindo previsão estatutária de alguma vantagem a acionistas dessa espécie, por óbvio, que a partilha não será equânime entre os ordinarialistas e os preferencialistas, isto é, o patrimônio líquido, neste caso, será repartido segundo as disposições do estatuto, o que, em última análise, significa dizer que o preferencialista provavelmente receberá mais pelo mesmo número de ações que o ordinarialista.

26) A outra exceção que a lei apresenta à regra geral, encontra-se prevista no artigo 215 da Lei das S/A. Como visto, a partilha do patrimônio líquido remanescente ocorre, em geral, somente ao final, isto é, após realizado o ativo e satisfeito o passivo. Contudo, o dispositivo supra mencionado permite que, antes de ultimada a liquidação, e depois de pagos todos os credores, se façam rateios entre os acionistas, à proporção que se

forem apurando os haveres sociais.

27) O § 1º do artigo 215 prevê também a possibilidade de a assembleia geral estabelecer condições especiais para a partilha do ativo remanescente, isto é, deliberando, em assembleia geral, atribuir os bens que ainda não foram alienados aos sócios, segundo a divisão que decidirem, pelo valor contábil ou outro fixado na reunião assemblear.

28) O outro caminho que pode ser percorrido após a sentença que decreta a dissolução é o da simples apuração de haveres. Isso sucederá quando a dissolução for parcial, isto é, quando para preservar a empresa, ao invés de dissolver totalmente a companhia, a sentença propiciar apenas a retirada do acionista que não quer mais nela permanecer.

29) Nesses casos, como já dito, não se procede à liquidação, mas é feito mero levantamento contábil, ajustado a valor de mercado, ou, como a jurisprudência denominou chamar, apura-se o balanço de determinação.

Entendemos, por fim, que é possível a dissolução parcial de sociedade anônima apenas alegando a perda da *affectio societatis*, desde que se trate de microcompanhia fechada com caráter *intuitus personae*.

BIBLIOGRAFIA

ALVARES, Samantha Lopes. *Ação de Dissolução de Sociedades*, Quartier Latin, São Paulo, 2008

ALVIM, Arruda. *A função social dos contratos no novo Código Civil*, RT 815/11

AMENDOLARA, Leslie. *Direito dos Acionistas Minoritários*, Quartier Latin, São Paulo, 2003.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo e MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. *Novos enfoques da função social da empresa numa economia Globalizada*, RDM 117/157

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Saraiva, São Paulo, 1969, 2ª edição.

ATTALI, Jacques. *Os judeus, o dinheiro e o mundo*, Ed. Futura, 2003

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. 3

BERLE JR., Adolf A.; MEANS, Gardiner C.. *The modern corporation and private property*, Nova York: Hartcourt, Brace & World Inc., 1950

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, Edipro, São Paulo, 2ª edição, 2003.

DE BOER, Erasmo Mendonça. *Sociedade Comercial – Acionista Minoritário e incorporação*, RT 570/21

BOITEUX, Fernando Netto. *A função social da empresa e o novo Código Civil*, RDM 125/48

DE BRITO, Cristiano Gomes. *Dissolução parcial de sociedade anônima.*, RDP 7/18

BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico da proteção às minorias nas S/A*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

_____. *Manual das Sociedades Anônimas*, Atlas, São Paulo, 10ª edição, 1998

BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*, Ed. Globo, Rio de Janeiro, 1985, 27ª edição.

_____. *Manual das Sociedades Anônimas*, Atlas, 1998, 10ª edição.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*, 3º vol., Saraiva, São Paulo, 2003.

_____. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*, 4º vol., tomo I, Saraiva, São Paulo, 2002, 3ª edição.

_____, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2º vol., Saraiva, 2ª edição, 1998.

_____, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1º vol., Saraiva, 4ª edição, 2002.

DE CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; DE ARAGÃO, Leandro Santos. *Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*, Quartier Latin, São Paulo, 2007

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*, OAB/SC Editora, 2006

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, Ed. RT, São Paulo, 3ª edição

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Saraiva, São Paulo, 2002, 5ª edição

_____. *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Saraiva, São Paulo, 2002, 6ª edição

COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*, RT 732/45.

_____. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*, RDM 96/67

_____. *O poder de controle na Sociedade Anônima*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005

_____. *Estado, empresa e função social*, RT 732/38

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no Direito Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994.

_____. *Sociedade Anônima*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*, Forense, Rio de Janeiro, 19ª edição.

DOBBS, Michael. *A vitória de Churchill*, Record, São Paulo, 2007

ESTRELA, Hernani. “*Direito do Acionista ao Dividendo*” in *Direito Comercial - estudos*, Ed. R.J., 1969

_____. *Apuração dos Haveres de Sócio*, Forense, Rio de Janeiro, 3ª edição, 2001

- FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, 12ª edizione
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, Saraiva, São Paulo, 1961
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*, Unione Tipografico – Eitric Torinese, Torino, 1950
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*, Atlas, São Paulo, 2002
- FREITAS, Ricardo dos Santos. *Dissolução de S/A pela Impossibilidade de preencher o seu fim*, RDM 113/222
- FRANCO, Vera Helena de Mello; STAJN, Rachel. *Manual de Direito Comercial*, vol. 2, Ed. RT, São Paulo, 2005
- GARRIGUES, Joaquim. “*La proteccion de las minorias en el derecho español*” in *Studi in Memoria di Lorenzo Mossa, Volume 2, Padova – CEDAM*, 1961.
- GALGANO, Francesco. *Diritto Commerciale – Lê società*, Zanichelli, Bologna, 15ª ed..
- GRAU, Eros Roberto. *Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado*, RDM 55/35
- JAEGER, Pier Giusto. *L’interesse sociale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1972
 _____. *L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)*, Giurisprudenza commerciale, parte I, 2000.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S/A (pressupostos, elaboração, aplicação)*, volume I, Renovar, Rio de Janeiro, 1997,
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso de poder econômico*, Quartier Latin, São Paulo, 2006
- LOBO, Jorge. *A empresa: Novo instituto jurídico*, RT 795/81
- MAISANO, Aldo. *Lo scioglimento delle società*, Giuffrè Editore, 1974
- DE MELLO, Adriana Mandim Theodoro. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro*, RT 801/11
- MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. IV, livro II, parte III, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1934

- _____. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. III, livro II, parte III, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1933
- DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, Tomo LI, Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, 3ª edição
- _____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Borsoi, Rio de Janeiro, 4ª edição
- _____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo L, Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 3ª edição
- _____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXXVIII, Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, 3ª edição
- _____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo LI, Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, 3ª edição
- MOSSA, Lorenzo. *Diritto Commerciale*, Parte I, Società Editrice Libreria, Milano, 1937
- NASCIMENTO, Edmundo Dantes. *Lógica Aplicada à Advocacia*, Saraiva, 1981
- NAVARRINI, Umberto. *Trattato Elementare di Diritto Commerciale*, Vol. 2, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 5ª edizione, 1937
- NERY, Rosa Maria Andrade. *Ato e atividade*, RDP 22/8
- _____. *Apontamentos sobre o princípio da soliedariedade no sistema do Direito Privado*, RDP 17/65
- _____. *Noções Preliminares de Direito Civil*, Ed. RT, São Paulo, 2002
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*, Ed. RT, São Paulo, 3ª edição
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 30ª edição
- NUSDEO, Fábio. *O desenvolvimento econômico como fim constitucional*, RDM 37/9
- PANTANO, Tânia. *Dissolução Parcial de Sociedades por ações*. Dissertação de mestrado, São Paulo, 2005
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, Brasília Jurídica, 1995

PERIN JUNIOR, Ecio. *A Lei n. 10.303/2001 e a proteção do acionista minoritário*, Saraiva, 2004.

PONTES, Aloysio Lopes. *Sociedades Anônimas*, vol. 2, Forense, Rio de Janeiro, 3ª edição, 1954

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 2º volume, Saraiva, 20ª edição, 1995.

_____. *Curso de Direito Comercial*, 1º volume, Saraiva, 6ª edição, 2002.

_____. *A sociedade anônima como instituição*, RDM 18/25.

RIBEIRO, Vera de Paula Noel. *A minoria nas S.A.*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991.

RIBEIRO, Renato Ventura. *A exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, São Paulo, 2005

SALANDRA, Vittorio. *Manuale di Diritto Commerciale*, v. 1, UPEB, Bologna, 1946

SALOMÃO FILHO, Calixto e RICHTER JÚNIOR, Mário Stella. *Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle*, RDM 89/65

DA SILVA, Sérgio André Rocha Gomes. *Teoria da empresa - um retorno ao critério subjetivo*, RT 783/16

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Sociedades Anônimas & Interesse social*, Ed. Juruá, Curitiba, 2004

SZTAJN, Rachel. *A responsabilidade social das companhias*, RDM 114/34

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, José Bushatsky, São Paulo, 1979, vol. 2

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, 2004

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 40ª edição, 2003

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*, RT 810/33

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades Anônimas*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1937

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, v. 2, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*, Forense, Rio de Janeiro, 2005