

Exclusão e retirada de sócios na sociedade Ltda.

Luiz Fernando Silva Oliveira

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito. 3. Histórico. 4. A diferença entre exclusão de sócio e dissolução parcial de sociedade. 5. Teorias da Exclusão de Sócios. 6. Fundamentos para a exclusão do sócio na sociedade limitada. 7. A impossibilidade da utilização da quebra da *affectio societatis* como fundamento para a exclusão do sócio e para o exercício do direito de retirada nas sociedades limitadas. 8. A importância da sentença líquida nos processos de exclusão e de exercício do direito de retirada. 9. Conclusões. 10. Bibliografia.

1. Introdução

O dia a dia forense é marcado por disputas envolvendo problemas nas sociedades empresárias, tais como disputa pelo controle acionário, contendas entre acionistas majoritários e minoritários, descontentamentos dos membros das sociedades que não conseguiram ver suas posições sendo acatadas em assembleias ordinárias e uma infinidade de celeumas decorrentes da luta pelo poder nas corporações.

Muitas das desavenças resultam em ajuizamento de ações da sociedade empresária e seus sócios para excluírem um dos sócios, ou em ações movidas por um sócio para desligar-se da sociedade. Em qualquer dos casos, antes do ajuizamento da ação judicial ocorrem muitos atritos, quase sempre resultantes da disputa pelo poder dentro da sociedade.

A resolução parcial de sociedade atualmente é medida cabível em casos de sociedades empresárias cujo tempo de duração é indeterminado, porque não é possível excluir sócio ou dissolver parcialmente a sociedade por tempo determinado.

2. Histórico

O Código Comercial, Lei 556, de 25 de julho de 1850, arts. 295 e 335 previa a possibilidade de dissolução pela quebra da própria sociedade ou de algum dos sócios, ou por mútuo consenso de todos os sócios, ou pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobrevivessem, e também a dissolução pela pura e simples vontade de um dos sócios. No art. 336, o Código Comercial dispunha sobre a dissolução das sociedades por tempo determinado, quando tornava-se impossível a continuidade da sociedade por não preencher o intuito e fim social, ou por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença, e ainda, por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

O Código Comercial de 1850 não contemplava a figura da sociedade limitada, que posteriormente foi regulada pelo Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, cujo art. 15 facultava aos sócios que divergissem da alteração do contrato social a retirada da sociedade e no mais, remetia ao Código Comercial para regular as disposições gerais da sociedade limitada.

Ao tratar das sociedades anônimas, o diploma de 1850 prescrevia que as companhias somente poderiam ser dissolvidas quando expirasse o prazo de duração, ou por quebra, ou quando não pudessem preencher o intuito ou fim social. A partir de 1976, com o advento da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o ordenamento jurídico dispôs expressamente sobre a dissolução da companhia pelo término do prazo de sua duração, nos casos expressamente previstos no estatuto social; por deliberação da assembleia geral em razão da dissolução da companhia ou do estado de liquidação; pela existência de um único acionista, verificada em assembleia geral, quando a reconstituição não fosse realizada até a data da assembleia geral do ano seguinte; no caso de extinção da autorização para funcionar; por decisão judicial: quando anulada a constituição, quando não puder preencher o fim social, em caso de falência, ou por decisão da autoridade administrativa competente na forma prevista em lei especial.

O Código Civil de 2002 revogou o Código Comercial de 1850 e o art. 1.053 do novo diploma regulou a forma de dissolução da sociedade limitada, especificando que a resolução em relação a um sócio pode ocorrer quando o sócio colocar em risco a continuidade da empresa, desde que prevista no contrato a exclusão por justa causa. E no art. 1.029 o Código Civil permitiu a dissolução parcial pela retirada de sócio, sem necessidade de justa causa, nas sociedades de prazo indeterminado, e mediante prova de justa causa, nas sociedades de prazo determinado.

Quanto à sociedade anônima fechada, a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, continua em vigor, com as regras nela previstas.

3. Conceito

A exclusão do sócio é um instituto que trata do afastamento do sócio da sociedade empresária independentemente de sua vontade. É uma medida adotada pela sociedade para proteger o interesse social em benefício da preservação da empresa, da geração de empregos, da geração de riqueza, da manutenção da arrecadação tributária, que em última análise, resulta na diminuição dos índices de violência, pois havendo crescimento econômico, há o aumento do poder de compra da população, e por consequência, diminui a quantidade de pessoas que ousam infringir a lei para a aquisição de seus objetos de desejo.

A doutrina conceitua a exclusão do sócio como “despedida compulsória”, afirmando que “A exclusão de sócios abrange todas as formas de afastamento ou eliminação do sócio independentemente de sua vontade. Consiste na despedida compulsória do sócio que esteja prejudicando o interesse social. Trata-se de uma das modalidades de resolução da sociedade em relação ao sócio. Contudo, não deve ser confundida com as demais modalidades de resolução, como a dissolução parcial em sentido estrito (solução dada

pela jurisprudência às situações em que um dos sócios desejava a dissolução total da sociedade), a morte de sócio ou mesmo a sua despedida voluntária.”¹

Exceto em caso de previsão contratual, a exclusão do sócio não pode ocorrer pela simples vontade dos demais sócios, porque não existe tal possibilidade no ordenamento jurídico, e o Código Civil, art. 1.030² é expresso ao permitir a exclusão do sócio somente por falta grave ou incapacidade superveniente. O mesmo diploma, art. 44, parágrafo segundo³, determina a aplicação subsidiária das disposições relativas às associações ao direito de empresa, e o art. 57⁴ do Código Civil, ao regular a exclusão de membro de associação, veda a exclusão sem justa causa.

Seguindo as disposições legais, a doutrina sustenta que “O instituto da exclusão de sócio busca preservar o interesse social e a empresa, dependendo sempre da existência da justa causa motivadora da exclusão, ou seja, de uma conduta de sócio que esteja prejudicando a consecução do escopo comum.”⁵

Portanto, a exclusão de sócio consiste em excluir o sócio do quadro social, contra a sua vontade, em razão de comportamento contrário aos interesses da sociedade.

4. Diferença entre exclusão e dissolução parcial

A doutrina majoritária entende que o termo “dissolução parcial” é usado tanto para a exclusão de sócio quanto para a ação movida por sócio para retirar-se da sociedade empresária, afirmando que “O CC disciplina a exclusão do sócio como causa da dissolução parcial da sociedade, além do recesso (artigo 1.077), vontade individual do sócio na sociedade por prazo indeterminado e justa causa por prazo determinado (artigo 1.029), falecimento do sócio (artigo 1.028) e liquidação da quota a pedido do credor (artigo 1.026, parágrafo único).”⁶

O Tribunal de Justiça de São Paulo, pelas duas Câmaras de Direito Empresarial, adota o mesmo entendimento, considerando ação de dissolução parcial tanto a medida judicial ajuizada pela sociedade empresária para a exclusão de sócio quanto ação manejada por sócio para retirar-se da sociedade. A propósito, Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador José Reynaldo⁷, em julgamento de ação de exclusão de sócio denominando-a dissolução parcial de sociedade; Apelação de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro⁸, em julgamento de ação de exclusão de sócio, considerando dissolu-

¹ José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas - in Tipos Societários*, Saraiva 2010, Série GVlaw, págs. 176/177.

² CC art. 1.030: “Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.”

³ CC Art. 44, par. 2º: “As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.”

⁴ CC art. 57: “A exclusão de associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.”

⁵ José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas - in Tipos Societários*, Saraiva 2010, Série GVlaw, pág. 177.

⁶ Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Dissolução Parcial, Exclusão de Sócio e Apuração de Haveres nas Sociedades Limitadas*, Quartier Latin 2010, pág. 119.

⁷ AI 2027516-73.2014.8.26.0000 - 2ª Câmara de Direito Empresarial.

⁸ Ap. 1003295-34.2014.8.26.0003 - 1ª Câmara de Direito Empresarial.

ção parcial de sociedade; Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador Ricardo Negrão⁹ denominando ação de dissolução parcial a tutela judicial para exclusão de sócio; Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador Teixeira Leite¹⁰ denominando ação de dissolução parcial a medida intentada pelo sócio retirante; e Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro¹¹ quando denominou ação de dissolução parcial a medida judicial movida pelo sócio para retirar-se da sociedade.

A doutrina simplesmente seguiu o que está na própria lei, porque o Código Civil, nos artigos 1.028, 1.029, 1.033, 1.034 e 1.035 menciona “dissolução” da sociedade, assim como a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no artigo 206 utiliza o termo “dissolução”.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial funda-se no resultado final da resolução parcial, porque quando a sociedade empresária ajuíza ação de exclusão de sócio ou acionista, a procedência da pretensão deduzida em juízo resulta na diminuição do quadro societário, o que significa uma dissolução parcial da sociedade, com os efeitos previstos em lei, possibilitando a execução de valores reconhecidos na sentença em favor da sociedade. No caso de ação intentada pelo sócio ou acionista pretendendo retirar-se da sociedade, a procedência da pretensão fixará o direito do retirante de receber valores a que tiver direito, geralmente a serem apurados em liquidação de sentença para apurar os haveres.

Como o processo é prático e não teórico, o Poder Judiciário adota a posição da própria lei, até para evitar discussões acadêmicas, e porque no processo judicial o importante é o resultado buscado pelas partes e a efetividade da prestação jurisdicional. No ajuizamento da ação, os advogados denominam ação de dissolução parcial tanto para a pretensão de exclusão de sócio quanto para a pretensão do sócio de retirar-se da sociedade e o Poder Judiciário, geralmente, expede os provimentos judiciais com a mesma denominação dada pelo advogado à ação, o que não resulta em qualquer prejuízo ao processo.

Entretanto, há entendimento doutrinário que faz distinção entre exclusão e dissolução parcial, afirmando que “Algumas legislações, como a italiana, a espanhola e o novo Código Civil brasileiro mencionam a exclusão como dissolução da relação social limitada a um sócio. A jurisprudência brasileira firma o uso da expressão dissolução parcial. No entanto, exclusão e dissolução parcial são institutos distintos. Quando muito, a exclusão do sócio é causa de dissolução parcial.”¹²

O posicionamento doutrinário divergente sustenta que a exclusão de sócio não resulta na dissolução parcial da sociedade, porque a exclusão tem por finalidade a preservação da sociedade empresária e não sua dissolução parcial. A doutrina divergente traduz que “a exclusão de sócio não deve gerar a dissolução da sociedade, sendo impróprio associar o conceito de exclusão de sócio ao de dissolução de sociedade, mesmo parcialmente. Enquanto a dissolução põe término à sociedade, a exclusão objetiva a preservação da sociedade e da empresa por ela exercida. Uma demonstração da diferença entre exclusão de sócio e dissolução da sociedade encontra-se na possibilidade de exclusão na sociedade com dois sócios, pois a continuidade da sociedade com apenas um sócio, mesmo temporariamente, indica o interesse da preservação da empresa e ser protegido.”¹³

⁹ AI 2036606-08.2014.8.26.0000 - 2ª Câmara de Direito Empresarial.

¹⁰ AI 2094992-31.2014.8.26.0000 - 1ª Câmara de Direito Empresarial.

¹¹ AI 2077812-02.2014.8.26.0000 - 1ª Câmara de Direito Empresarial.

¹² Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 103.

¹³ Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 104.

Apesar de a exclusão de sócio ou acionista resultar na dissolução parcial da sociedade, diminuindo a quantidade de membros do quadro societário, e de o Código Civil e a Lei de Sociedades Anônimas adotarem a nomenclatura “dissolução”, no presente trabalho, para diferenciar os institutos “exclusão de sócio” e “retirada do sócio”, adotamos a nomenclatura “exclusão de sócio” ou “exclusão de acionista” para o caso de a sociedade empresária agir para excluir o sócio do quadro societário, e em se tratando de medida judicial ajuizada para excluir o sócio, adotamos a nomenclatura ação de exclusão de sócio ou ação de exclusão de acionista. E tratamos como dissolução parcial, a pretensão do sócio ou acionista de retirar-se da sociedade, e no caso de medida judicial ajuizada, adotamos o termo ação de dissolução parcial.

5. Teorias da exclusão de sócio

As teorias mais conhecidas acerca da exclusão dos sócios são três: teoria do poder corporativo disciplinar; teoria da disciplina taxativa legal e teoria contratualista.

5.1. Teoria do poder corporativo disciplinar

Para a teoria do poder corporativo disciplinar, a exclusão do sócio é fundada na soberania do estatuto ou contrato social. Segundo a doutrina, “A teoria do poder corporativo disciplinar (ou teoria institucional ou teoria cultural, como também são conhecidas) baseia-se na soberania estatutária para justificar a exclusão. De acordo com ela, a sociedade é um ente com poder disciplinar próprio. Considerando que a sociedade é um ente diverso da figura dos seus sócios, possuindo natureza institucional e não contratual, a ela não se aplica a teoria geral de resolução de contratos, ficando a exclusão representada pelo exercício do poder disciplinar da sociedade, aproximando-se do poder de polícia da administração pública.”¹⁴

Para José Marcelo Martins Proença, “As críticas à referida teoria repousam no argumento de que não há relação de supremacia ou hierarquia na relação entre a sociedade e os sócios, ou seja, diferentemente do poder de polícia, o instituto da exclusão tem a finalidade de proteger a sociedade, e não o interesse de excluir, podendo optar ou não pela exclusão, conforme lhe for mais conveniente, enquanto o Estado possui o poder-dever de exercer o poder de polícia.”¹⁵

Ao discorrer sobre a teoria do poder corporativo disciplinar, a doutrina afirma que “Se o associado tem por dever ou função trabalhar colaborar com o escopo social, não pode ser obstáculo à consecução dos fins sociais. O predomínio da sociedade sobre os sócios, inclusive com o poder de exclusão, permite instaurar a disciplina dos sócios, fazendo com que eles cumpram seus deveres e respeitem o ente coletivo.”¹⁶

¹⁴ José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 181.

¹⁵ José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 182.

¹⁶ Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 136.

São muitas as críticas à teoria do poder corporativo disciplinar, sob o argumento de que não há como aplicar no direito societário o raciocínio próprio do direito administrativo acerca do poder de império do Estado, a ponto de a exclusão não estar sujeita ao controle do Poder Judiciário, pois “Não bastasse o exposto, deve-se salientar que não se sustenta referida teoria em razão de que, segunda ela, o mérito da exclusão, por se tratar do exercício de um poder de império, não estaria sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário. Contudo, deve-se assegurar ao sócio excluído, em qualquer hipótese, o direito de recorrer ao Judiciário para o seu controle, inclusive do mérito da exclusão, de forma a coibir eventuais abusos praticados pelos demais sócios.”¹⁷

Apesar das críticas, entendemos que a teoria do poder corporativo disciplinar pode ser adotada para explicar o instituto da exclusão dos sócios, porque não há incompatibilidade na sua aplicação em raciocínio semelhante ao aplicado no direito público.

O fato é que a alegada discricionariedade existente no direito administrativo, que a doutrina comercialista toma com base para criticar a teoria do poder corporativo disciplinar, não é absoluta, e hodiernamente a discricionariedade não é uma cláusula aberta para o administrador público agir como bem entender, a ponto de interpretação semelhante ser incabível no Direito Comercial para fundamentar a exclusão do sócio.

No direito administrativo, o ato administrativo contém cinco requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, e há entendimento de que a estes cinco requisitos, inclui-se o sexto, a causa.¹⁸

É unânime o entendimento de que os requisitos da competência, finalidade e forma são vinculados, e antigamente, falava-se que o motivo e o objeto eram discricionários, todavia, atualmente o direito administrativo evoluiu para o entendimento de que não existe discricionariedade, e sim graus diversos de vinculação. “O direito administrativo certamente não corresponde à exceção ao processo de constitucionalização do Direito. Seus princípios estruturantes começam a experimentar maiores reflexões críticas, suas teorias e paradigmas passam por um processo de reformulação na busca por consolidar uma harmonia com a atual dogmática estabelecida pela Constituição de 1988. Oriundo dessa nova postura científica de neoconstitucionalismo, o conceito de discricionariedade também começa a experimentar graus de alteração, saindo da ideia de liberdade e subjetivismo para a noção de obrigatoriedade de consonância entre a motivação do ato e os postulados estruturantes da Constituição Federal, manifestando-se na ideia de juridicidade administrativa. Logo, a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.”¹⁹

Nessa medida, ainda que o ato administrativo seja discricionário, ele deve estar vinculado à lei, o que significa que no direito societário o instituto da exclusão do sócio pode ser estruturado de acordo com a teoria do poder corporativo disciplinar, adaptada

¹⁷ José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 182.

¹⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1998, Malheiros.

¹⁹ Saulo Nunes de Carvalho Almeida e Luis Otávio Franco Martins, *Linhas Fundamentais acerca da Relativização e Transformação dos Paradigmas da Discricionariedade Administrativa*, SÍNTESE SAGE, 12 de junho de 2012, fazendo referência a BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

ao modelo atual do ato administrativo e também ao ato de império, pois nenhum ato do administrador público atualmente fica excluído da apreciação do Poder Judiciário.

Hodiernamente, até os defensores da discricionariedade sustentam que o ato administrativo deve ser analisado pelo Poder Judiciário, inclusive com relação ao motivo e ao objeto, os quais devem ser examinados à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, o ato administrativo não está excluído da apreciação do Poder Judiciário.

Da mesma forma, o ato de império não está excluído do exame judicial, a exemplo dos planos econômicos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, entre outros. Consequentemente, não é o caso de repudiar a teoria do poder corporativo disciplinar ao fundamento de que a exclusão do sócio pode ser controlada pelo Poder Judiciário e o ato de império não pode, pois ambos, tanto este (ato administrativo e ato de império) podem e devem ser controlados pelo Judiciário, assim como a exclusão do sócio.

O fato de a exclusão do sócio não ser, necessariamente, feita por meio de ação judicial não é fundamento para rejeitar a teoria do poder corporativo disciplinar, porque a regra deve ser, sempre e sempre, que as controvérsias societárias sejam resolvidas internamente, no seio da sociedade, pela Assembleia Geral. No caso, o sócio que se sentir prejudicado poderá acionar o Poder Judiciário, sendo desarrazoado querer que a sociedade empresária judicialize, ela própria, toda e qualquer controvérsia contra sócios, pois se assim fosse, a Assembleia Geral seria um órgão meramente emissor de pareceres, já que as deliberações da Assembleia Geral simplesmente seriam pressuposto para o ajuizamento da ação para o Judiciário decidir o que a Assembleia deliberou.

Um outro argumento contrário à teoria é o de que no direito societário, diferente do que ocorre no direito administrativo, não há supremacia ou hierarquia da sociedade sobre os sócios.

Entendemos que todos os sócios estão vinculados aos interesses da sociedade e a ela devem se curvar, abrindo mão de interesses pessoais, em benefício do interesse social.

Da mesma forma que pelo contrato social, o homem abriu mão de sua liberdade em nome do Estado, o qual regula a vida em sociedade, no direito societário o sócio vincula-se à sociedade, não podendo agir contra os interesses sociais, e relativamente a estes, a sociedade exerce supremacia sobre o sócio, tanto que se o sócio fizer concorrência com a sociedade poderá ser excluído do quadro societário.

Portanto, respeitadas as posições em contrário, entendemos que não há incompatibilidade na adoção da teoria do poder corporativo disciplinar para fundamentar a exclusão de sócio.

5.2. Teoria da disciplina taxativa legal

A referida teoria sustenta que a exclusão do sócio é uma punição, e por isso os fatos permissivos da exclusão devem estar taxativamente previstos no estatuto, na lei, ou no contrato social.

Para a doutrina, “De acordo com a teoria da disciplina taxativa legal, a exclusão de sócio surgiu em razão de interesse econômico e público na conservação da empresa. Ademais, a exclusão do sócio teria um caráter penal, devendo ser prevista legal ou estatutariamente, servindo de punição ao sócio que deixasse de cumprir com algu-

ma obrigação em relação à sociedade. Trata-se, então, de hipótese de caráter penal, restritivo e excepcional, sendo restrita aos casos expressamente previstos em lei, em *numerus clausus*.²⁰

O direito penal é espécie do gênero *direito sancionador*, e entendemos que não se deve fazer comparação de institutos de direito sancionador, no caso direito penal, com ramos do direito que não têm objetivo sancionatório, principalmente o direito penal, que é *ultima ratio*, ou seja, é aplicado em último caso, quando outras medidas jurídicas tornam-se insuficientes para resolver conflitos. O direito penal é instituto de controle social, que não guarda relação com o direito comercial, e os desacertos comuns ao direito comercial não podem ser tratados de forma semelhante a um direito *ultima ratio*, porque a taxatividade do direito penal é incompatível com qualquer outro ramo do direito.

Em se tratando de exclusão de sócio, deve existir uma cláusula porosa a permitir que cada caso seja analisado em concreto, e esta cláusula porosa vem consubstanciada na justa causa, um instituto que permite avaliar se o comportamento do sócio, passivo ou ativo, é justa causa para a exclusão, porquanto, é nítida a incompatibilidade da teoria da disciplina taxativa legal como teoria para fundamentar a exclusão de sócio.

5.3. Teoria contratualista

É a teoria adotada pela maioria dos doutrinadores, entre eles, Dalmartello, Egberto Lacerda Teixeira, Rubens Requião, Fábio Comparato e Avelãs Nunes, e define, basicamente, que a exclusão do sócio é fundada na resolução por inadimplemento. Antônio José Avelãs Nunes, reportando-se a Aulleta, Il contrato, pág. 56 e ss. e Dalmartello, L'esclusione, p. 69, sustenta que “como uma via di mezzo entre as duas concepções atrás enunciadas (teoria do poder corporativo disciplinar e teoria da disciplina taxativa legal), outros escritores, ainda no domínio da legislação italiana anterior a 1942, reduziram o instituto da exclusão ao esquema da resolução por inadimplemento, temperados os seus princípios pelo princípio conservativo da empresa, expediente necessário para justificar que a resolução operasse apenas em face do sócio inadimplente, sobrevivendo a relação social entre os outros.”²¹

O autor português entende que para a teoria contratualista, a exclusão do sócio é extraída dos princípios gerais da resolução contratual, afirmando que “O Código Civil italiano de 1942 parece ter consagrado a idéia de que o fundamento da exclusão se deve ir buscar aos princípios gerais da resolução dos contratos. Nele se determina, efetivamente, que nos contratos com mais de duas partes em que as prestações de cada uma são dirigidas à realização de um escopo comum, o inadimplemento ou a impossibilidade superveniente da prestação de uma das partes não importam a resolução do contrato em face das restantes (arts. 1.420º, 1.459º e 1.466º).”²²

²⁰ José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 182.

²¹ Antônio José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 40.

²² Antônio José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 41.

A discussão que vem à tona com a teoria contratualista da exclusão de sócio é se porventura surgir uma situação ruínosa para a sociedade em razão da presença de um determinado sócio, e tal situação não estiver prevista no contrato como causa de exclusão.

Ao enfrentar a questão, António José Avelãs Nunes sustenta que isso não impossibilita a exclusão do sócio, porque não existe direito de permanecer na sociedade em prejuízo da corporação. Segundo o autor português, o direito não permite a permanência de um sócio nocivo à sociedade, tão somente pela falta de previsão contratual expressa da situação surgida, e que exige a exclusão como forma de preservação da empresa, porque se assim fosse, seria o ordenamento jurídico “a apoiar uma situação nítida de abuso de direito, situação que não pode merecer proteção jurídica, quer em face da sociedade, quer em face dos outros sócios que pretendem evitar a destruição da empresa social e do valor objetivo de organização que ela representa.”²³

A solução de Avelãs Nunes é a de que em todos os contratos e estatutos de sociedades existe uma cláusula implícita que permite a exclusão do sócio quando sua presença for nociva aos negócios da sociedade sustentando que “podemos concluir que a exclusão do sócio justamente intolerável pode sempre considerar-se como a efectivação de uma cláusula do pacto: cláusula que os sócios expressamente fixaram; ou com que tacitamente concordaram; ou que deveria ter sido aceita, de acordo com a mais razoável interpretação dos interesses em jogo feita agora, dentro dos cânones da boa-fé contratual.”²⁴

Apresentadas as teorias, a aplicação de uma ou outra será examinada ao analisar os fundamentos da exclusão de sócio, aplicando-se a teoria mais adequada ao caso, e até eventual cabimento da conjugação da teoria do poder corporativo disciplinar com a teoria contratualista, para a prevalência dos interesses da sociedade sobre os interesses do sócio, quando não há previsão expressa de exclusão em uma situação que está comprometendo a sociedade.

6. Fundamentos para a exclusão do sócio da sociedade limitada

Conforme já dissemos, a exclusão do sócio quando há expressa previsão no contrato social ou no estatuto não é tão complicada, bastando aplicar o que está pactuado. O problema surge quando a presença do sócio está comprometendo o desenvolvimento da atividade social e não há previsão de exclusão, ao menos naquele caso específico.

Para Avelãs Nunes, há em todos os contratos uma cláusula implícita de exclusão, em nome da boa-fé contratual. Entendemos perfeitamente cabível a convivência de cláusula implícita de exclusão em todos os contratos de sociedade para tornar possível a exclusão de sócio quando surgir situação que torne insuportável o exercício da empresa, porque em nome da preservação da empresa é possível a exclusão, uma vez que no conflito de interesses entre o sócio e a sociedade, deve prevalecer o interesse social. Por isso, em vez de dissolução total da sociedade, é possível, com supedâneo na cláusula implícita de exclusão de sócio, extirpar membro do quadro societário, assegurando-se a continuidade da atividade empresária.

²³ António José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 65.

²⁴ António José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 67.

Ao considerar a existência de cláusula implícita de exclusão, apesar de Avelãs Nunes defendê-la sustentando a teoria contratualista, entendemos que é uma conjugação da teoria do poder corporativo disciplinar com a teoria contratualista, em que os interesses sociais se sobrepõem aos interesses do sócio ou acionista.

Quando o comportamento do sócio, seja ativo, praticando atos que comprometam a boa governança ou o bom desempenho da sociedade, ou passivo, deixando de agir, omitindo-se e causando prejuízos à sociedade, a ponto de tornar insuportável sua presença no quadro social, ainda que não prevista a exclusão expressamente, é possível considerar a existência de cláusula implícita de exclusão, pois, entre a extinção da sociedade pela insuportabilidade da presença do sócio nocivo e a exclusão de sócio, esta é a medida saneadora do problema, e visa a preservação da empresa.

E ainda que a situação não seja tão ruim a ponto de tornar insuportável o exercício da empresa, uma das formas de manutenção da sociedade empresária é o seu crescimento, e por isso, quando a presença de um sócio puser em risco a expansão da atividade empresária, está presente o fundamento para a exclusão, ou seja, a cláusula implícita da exclusão do sócio, fundada no princípio da boa-fé contratual, pois quando da constituição da sociedade empresária ou do ingresso do tal sócio no quadro societário, havia a presunção geral de boa-fé, de que ele iria, sempre e sempre, contribuir para o bem da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, há abalizada doutrina sustentando a exclusão do sócio como medida de promover maior eficácia na atividade empresarial, citando Perrino, Le Tecniche, pág. 140, e defendendo que “A finalidade da exclusão de sócio não é só a preservação da empresa, mas a eficiência na exploração da atividade empresarial pela sociedade. Isto justifica a exclusão situação gerada pelo sócio, com ou sem culpa, que tenha afetado ou possa prejudicar a atividade social, mesmo sem o risco de fim da empresa. A elevada competitividade do mundo empresarial hodierno exige eficiência, ou seja, maximização de resultados, para obtenção de menor custo e melhor qualidade. Da melhor eficiência decorre o sucesso da atividade empresarial. Por isso, devem ser evitadas as situações que afetam a eficiência da empresa, justificando a exclusão de sócio não só quando prejudicial à eficiência, mas também quando sua saída pode ocasionar melhora da atividade empresarial.”²⁵

O posicionamento de Avelãs Nunes, defendido em 1968, em dissertação apresentada para o exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito de Coimbra, no ano letivo de 1966/1967, é perfeitamente aplicável no ordenamento jurídico pátrio, porque analisando a situação à luz de princípios constitucionais, considerando o direito de propriedade do sócio ou acionista, garantido pela CR/88, art. 5º, inciso XXII²⁶, e considerando a obrigação da sociedade de atender a sua função social, igualmente prevista na Carta Magna, art. 5º, inciso XXIII²⁷, não pode o sócio ou acionista ser um estorvo ao desenvolvimento da atividade econômica da sociedade, tão somente ao fundamento de que não há previsão expressa de exclusão.

É que, ao interpretar a Constituição da República, a garantia do direito de propriedade está condicionada ao atendimento da função social, pela propriedade, e quando

²⁵ Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, págs. 164/165.

²⁶ CR/88, art. 5º, inciso XXII: “é garantido o direito de propriedade;”

²⁷ CR/88, art. 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social;”

o sócio ou acionista está sendo estorvo para a manutenção da atividade empresária, ou para o crescimento da sociedade, a propriedade não está atendendo a sua função social, daí, o fundamento constitucional para a exclusão.

A CR/88, art. 170, incisos II e III²⁸, dispõe que a ordem econômica deve obedecer aos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, o que significa que no direito societário, a propriedade privada do sócio ou acionista deve ser utilizada para o bem da sociedade, gerando empregos, gerando riquezas, aumentando a arrecadação fiscal para a melhoria da prestação de serviços públicos, resultando, em última análise, na redução das desigualdades sociais, e na diminuição dos índices de violência, e nisso consiste o atendimento da função social da propriedade no direito societário.

Quando a presença do sócio ou acionista na sociedade deixa de ser benéfica para a atividade econômica da sociedade, e ele passa a ser um estorvo, o seu direito de propriedade não está servindo de meio para o atendimento da função social da sociedade, daí que, interpretando-se os dispositivos constitucionais de forma conjugada, concluímos que pela falta de atendimento da função social da propriedade, o direito do sócio ou acionista de permanecer na sociedade não pode sobrepor-se ao direito da sociedade de atender sua função social. E na colidência de direitos, no caso concreto, deve prevalecer o interesse social.

É exatamente aqui que podemos conjugar a teoria contratualista com a teoria do poder corporativo disciplinar, sustentando a prevalência dos interesses da sociedade sobre os interesses dos sócios.

Ainda que exista discordância quanto à cláusula implícita de exclusão, o Código Civil, art. 1.085²⁹, inclui a “justa causa” para a exclusão do sócio, quando prevista no estatuto ou contrato social, e a doutrina, fazendo menção a Lucena, *Das Sociedades por Quotas*, pág. 616, entende que “A idéia de justa causa pode ser expressa das mais variadas formas, como falta grave, forte motivo, motivo grave, motivo legítimo, ato irregular, justo motivo, grave inadimplência, inegável gravidade, etc”.³⁰

Poder-se-ia dizer que a exclusão do sócio, então, seria possível somente se prevista no contrato ou estatuto social, entretanto, essa não é a solução aplicável, porque além da exclusão por justa causa, condicionada à previsão estatutária, o dispositivo legal ressalva a previsão do art. 1.030³¹, que é a exclusão judicial por falta grave, mediante iniciativa da maioria dos sócios, independentemente de previsão estatutária.

O conceito de falta grave, extraído de Innocenti, deve ser analisado no caso concreto, e “A doutrina que melhor desenvolveu a idéia de motivo relevante foi a alemã, conceituando-a como qualquer comportamento ou circunstância pessoal do sócio excluído que, valorando todas as circunstâncias do caso, traga impossibilidade ou ponha em

²⁸ CR/88, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III - função social da propriedade;”

²⁹ CC, art. 1.085: “Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.”

³⁰ Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão dos Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 177.

³¹ CC, art. 1.030: “Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.”

perigo a consecução do fim social ou que de qualquer outra forma torna inadmissível aos demais a permanência do sócio na sociedade.”³²

Nessa medida, o conceito de falta grave é um conceito aberto, que deve ser analisado caso a caso, pela sociedade e seus sócios, a fim de concluir se o comportamento do sócio está causando insuportabilidade da continuidade da atividade social, ou se está impedindo ou dificultando o crescimento da sociedade empresária, ou ainda, se está causando embaraços para a melhoria da eficiência da atividade empresarial.

Não é qualquer situação que poderá justificar a exclusão do sócio, devendo ser uma situação fática que, com ou sem culpa do sócio ou acionista, está prejudicando o desenvolvimento da atividade empresarial. Por isso, a doutrina, com supedâneo em Antônio José Avelãs Nunes e Luis Menezes Leitão, sustenta que “A gravidade deve sempre estar relacionada ao objeto da sociedade ou a atos ou situações ensejadoras da perda de confiança em determinado sócio. Em outras palavras, falta grave é o ato do sócio que, se conhecido antes da constituição da sociedade ou de seu ingresso nela, inibiria os demais de participarem da sociedade.”³³

Entendemos que não apenas o ato conhecido antes da constituição da sociedade ou do ingresso do sócio, mas também o ato superveniente que torne insuportável o desenvolvimento do objeto da empresa, ou que comprometa a melhoria da eficiência da atividade empresária é fundamento para a exclusão do sócio ou acionista, entretanto, a quebra da *affectio societatis*, que será analisada em tópico à parte, não é falta grave, e não está relacionada com o objeto da empresa, por isso não pode ser utilizada como fundamento para a exclusão do sócio.

7. A impossibilidade de utilização da quebra da *affectio societatis* para a exclusão do sócio e para o exercício do direito de retirada nas sociedades limitadas

No Brasil, o direito societário convive, até hoje, com as sociedades familiares, constituídas por amigos ou por parentes, tanto que os membros da sociedade, não raras vezes, frequentam o mesmo círculo social, e quando ocorrem divergências entre os sócios, a questão deságua em pedidos de exclusão de sócios, com base na quebra da *affectio societatis*.

Acontece de alguns sócios, insatisfeitos com um deles, por questões alheias ao objeto social, quererem a saída do sócio. Da mesma forma, é comum um sócio, pretendendo seguir sua vida profissional sozinho, pedir judicialmente a dissolução parcial.

Há situações em que depois de um investimento vultoso, um sócio pretende deixar a sociedade, alegando discordância com os rumos da sociedade, e é também comum acontecer de, após investimentos vultuosos, os demais sócios quererem excluir um deles.

No dia a dia forense deparamos com processos em que, quando há a expectativa de lucro pela sociedade, os sócios querem excluir um deles, e quando há risco de prejuízos,

³² Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão dos Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 180, fazendo menção a Osmida Innocenti, *L'escusione del sócio*, Padova, CEDAM, 1956, págs. 72/74.

³³ Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 181, citando Antônio José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão dos Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 1968, e Luis Menezes Leitão, *Pressupostos da exclusão do sócio nas sociedades comerciais*, Lisboa, AAFDL, 1989, págs. 56/58.

um sócio pretende deixar a sociedade. É também comum que o sócio que quer se retirar da sociedade, pretender estabelecer-se no mesmo ramo de atividade.

Essa situação existe em razão da nossa cultura, muito enraizada na personalidade, em que o indivíduo quer prevalecer sobre as instituições e faz delas uma extensão de sua vida social e familiar.

É assim na Administração Pública, e ainda existem administradores que confundem o público com o privado, fazendo do Poder Público, geralmente as Prefeituras, uma extensão de seus negócios particulares. No direito societário a situação é a mesma, pois existem empreendedores que, ao fundamento de terem constituído a sociedade, fazem dela uma extensão de sua família, onde os filhos opinam sobre os negócios sociais, dão ordens aos empregados da sociedade, utilizam os bens da sociedade em benefício da família, entre outros fatos comuns às empresas familiares brasileiras.

Essa situação tem origem na própria personalidade do povo brasileiro, e Luiz Guilherme Marinoni faz duras críticas a isso, citando Sérgio Buarque de Holanda, na obra *Raízes do Brasil*, afirmando que o que ocorre entre nós vem da origem de nossa colonização pelos povos ibéricos, pois “No famoso capítulo intitulado *Homem Cordial*, Buarque de Holanda trabalha com os conceitos weberianos de patrimonialismo e burocracia. Esses conceitos são usados como ferramentas para a demonstração do significado de homem cordial, um modo de comportamento pessoal típico à formação da cultura brasileira, avesso à impessoalidade e à racionalidade formal, nitidamente relacionado ao modelo das instituições e da Administração Pública brasileiras - que ainda permanece na cultura do país.”³⁴

Para Marinoni, “Sérgio Buarque de Holanda, nos cinco primeiros capítulos de *Raízes do Brasil*, alude a vários pontos de grande importância para a compreensão de como o patrimonialismo e particularmente o ‘homem cordial’ inserem-se na cultura brasileira. No primeiro capítulo, Sérgio adverte para o personalismo, peculiar aos povos ibéricos, e sua influência sobre a ausência de coesão social e a tibieza das organizações: ‘Pode-se dizer, realmente, que pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos semelhantes no tempo e no espaço, devem os espanhóis e portugueses muito de sua originalidade nacional. Para eles, o índice do valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste. (...) É dela (dessa concepção) que resulta largamente a singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem solidariedade e ordenação entre esses povos. Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida”.³⁵

Ao analisar a obra de Sérgio Buarque de Holanda, concluímos que as desavenças que resultam em ações de exclusão de sócios ou em pedidos de dissolução parcial são, geralmente, fruto da cultura brasileira de colocar o homem acima das instituições, e segundo ele, “No fundo, o próprio princípio de hierarquia nunca chegou a importar de modo cabal entre nós. Toda hierarquia funda-se necessariamente em privilégios. E a verdade é que, bem antes de triunfarem no mundo as chamadas idéias revolucionárias, portugueses e espanhóis parecem ter sentido vivamente a irracionalidade específica, a

³⁴ Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes - Justificativa do Novo CPC*, Revista dos Tribunais, 2014, pág. 77.

³⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes - Justificativa do Novo CPC*, Revista dos Tribunais, 2014, pág. 81, citando Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, pág. 32.

injustiça social de certos privilégios, sobretudo dos privilégios hereditários. O prestígio pessoal, independente do nome herdado, manteve-se continuado nas épocas mais gloriosas da história das nações ibéricas.”³⁶

No direito empresarial é comum as desavenças começarem pela vaidade, e pelo interesse de o membro do quadro social estar acima da instituição, as disputas pelo poder interno e os interesses financeiros desaguando em ações de exclusão ou pedidos de dissolução da sociedade, tudo porque, como dito acima, nossa cultura é a cultura do indivíduo colocar-se acima da instituição.

No atual estágio da globalização, o país precisa de corporações fortes, bem administradas, e sem o ranço da pessoalidade que permeia as empresas familiares, porque os empreendedores têm o mérito de terem constituído a sociedade empresária, todavia, com a constituição da sociedade, ela adquire vida própria, distinta da vida de seus membros, e o fim social está acima do interesse de seus membros.

A legislação brasileira já sinaliza para esse entendimento, tanto que a Lei de Recuperação de Empresas dispõe que o objetivo da recuperação é viabilizar a superação da crise econômico-financeira com as finalidades específicas.

Uma das finalidades é a de permitir a manutenção da fonte produtora, porque mantendo a sociedade produzindo, haverá geração de riquezas, arrecadação tributária, garantia do poder de compra dos consumidores, e por consequência, diminuição dos índices de violência. Outras das finalidades são a manutenção do emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, ou seja, os empregados continuarão tendo a remuneração e os credores irão receber seus créditos.

A Lei de Recuperação de Empresas não menciona, em hipótese alguma, a recuperação como forma de ajudar os sócios ou diretores da sociedade empresária e seria incorreto um processo para os credores concederem deságio, alongamento de dívidas, parcelamentos, entre outras formas de viabilizar a recuperação da empresa, em benefício dos sócios, porque seria o Estado-Juiz, facilitando o parcelamento de dívidas que as outras empresas do mesmo ramo não têm, em benefício de sócios, pois seria o sacrifício de muitos em benefícios de poucos.

Por isso, entendemos cabível a convivência da teoria do poder corporativo disciplinar com a teoria contratualista, porque a teoria institucionalista (poder corporativo disciplinar) impede que os sócios estejam acima da instituição, o que favorece o fortalecimento institucional das corporações brasileiras.

No mundo contemporâneo, no atual estágio do direito societário brasileiro, é necessário fortalecer as instituições, para que a impessoalidade suplante o culto à personalidade, próprio de nossa cultura, pois não há como conviver com instituições fragilizadas pela pessoalidade, cujos diretores colocam-se como “donos”, deixando de lado a instituição.

E quando há expectativa de lucros, ocorre de um grupo de sócios querer excluir um deles, ou quando há expectativa de prejuízos, há sócio que quer deixar a sociedade para não fracassar juntamente com os demais, e buscam na cláusula aberta da quebra da *affectio societatis* o fundamento para a exclusão ou dissolução.

³⁶ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, pág. 35, Companhia das Letras, 26ª edição, 40ª impressão.

Apesar de jurisprudência maciça permitindo a resolução parcial pela quebra da *affectio societatis*, é necessário uma releitura do instituto à luz do moderno direito societário, visando o fortalecimento das instituições.

E ainda que prevaleça a teoria contratualista, a quebra da *affectio* não é fundamento para a extinção do contrato social, porque a *affectio* não é elemento essencial do contrato de sociedade. Em estudo sobre o tema, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, sustentam que a *affectio societatis* é um conceito jurídico superado pelo conceito de fim social, e criticando a utilização da *affectio* para a resolução parcial, afirmam que “A quarta crítica é a de que a *affectio societatis* não é elemento que, desaparecendo ao longo da execução do contrato de sociedade, possa determinar a sua automática extinção. Embora a solução pudesse ser até diversa da *societas* romana, da qual a moderna sociedade em muito difere, a verdade é que a *affectio societatis* também não é elemento essencial para a manutenção da sociedade – como não o é, de regra, para qualquer outro contrato em que não se admita o arrependimento.”³⁷

Portanto, com supedâneo na posição de Erasmo Valladão e Marcelo Von Adamek, entendemos que a exclusão de sócio e o exercício do direito de retirada não podem ser fundamentadas na quebra da *affectio societatis*, dada a superação do referido conceito jurídico pelo conceito de fim social da sociedade empresária.

8. A importância da sentença líquida nos processos de exclusão e de exercício do direito de retirada

Nos processos de exclusão de sócio ou de dissolução parcial, o que ocorre, geralmente, é o juiz analisar o objeto da pretensão, e em caso de procedência, decretar a exclusão ou a retirada do sócio, remetendo para a fase de liquidação a apuração de haveres.

Na prática, o que ocorre é que o processo torna-se interminável, tramitando anos a fio, sem solução prática, pois a resolução da parte financeira da controvérsia fica postergada a momento futuro. Após a sentença, geralmente a parte sucumbente recorre e após o trânsito em julgado da decisão que decretou a exclusão ou autorizou a retirada do sócio é que começa a fase de apuração de haveres, na qual serão resolvidas as pendências financeiras entre a sociedade e o sócio excluído ou retirante da sociedade.

É nessa fase que ocorrem muitos agravos de instrumento, muitos deles impugnando a forma de realização dos cálculos periciais, exigindo quesitos desnecessários e querendo que o perito responda a achismos, ou que o perito emita parecer, sobre se é comum ocorrer isso ou aquilo, e se em casos semelhantes, é comum o perito deparar-se com situação semelhante, entre outros quesitos absolutamente incabíveis, visando tumultuar o processo e retardar a solução da lide. Isso é incorreto porque perito responde a quesitos certos e determinados, sobre fatos certos e determinados, emitindo laudo pericial, nunca parecer.

³⁷ Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de Fim Social*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 149/150, jan./dez. 2008, Malheiros, págs. 108/130, (com remissão a Fábio Konder Comparato, *Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: nova et vetera*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, Forense, 1981*, pág. 38 e Antônio Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. 1, n. 6, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2007, pág. 51, Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, págs. 45 e ss e José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, *Notas sobre a história das Companhias*, em *A Lei das S/A*, 1º vol, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 28-30).

E para evitar tumulto na fase de liquidação da sentença, é importante que a apuração de haveres seja feita na fase de conhecimento, antes da sentença de decretação da exclusão ou autorização de retirada do sócio.

A regra no direito processual é a prolação de sentença líquida, e a liquidação de sentença é medida excepcional, que deve ser utilizada somente quando não for possível resolver todas as questões no processo de conhecimento.

No caso de dissolução de sociedades, não há nenhuma situação que inviabilize a realização da apuração de haveres na fase de conhecimento. Ainda que a pretensão dissolutória seja improcedente, a perícia estando pronta no processo, em caso de o Tribunal reformar a sentença e decretar a dissolução, a apuração de haveres estará pronta, nada tendo que ser resolvido em liquidação.

A experiência mostra que a remessa da apuração de haveres para a fase de conhecimento pode prejudicar a efetividade do processo. É que o recurso da sentença de primeiro grau que decreta a exclusão do sócio tem efeito apenas devolutivo, e por isso, entre a data da sentença monocrática de conhecimento, e a data da perícia para a apuração de haveres passam anos, o que não raras vezes compromete a efetividade do processo.

Apesar de na sentença de conhecimento o juiz fixar a data da exclusão ou retirada do sócio, pode ocorrer de a sociedade empresária passar por dificuldades e entrar em recuperação judicial, ou até encerrar suas atividades, tanto por situações mercadológicas desfavoráveis quanto por má administração.

O argumento de que se isso ocorrer o sócio que permanecer na sociedade responde pessoalmente não é suficiente para sustentar a remessa da apuração de haveres para a fase de liquidação, porque o processo deve ser efetivo, e, na maioria das vezes, quando ocorre o encerramento das atividades da sociedade, ou quando o sócio que permanece decide agir de má-fé, ocultando bens, que geralmente não são encontrados, ou quando o encerramento das atividades ocorre por má administração, não sobram bens na pessoa física do sócio para indenizar o excluído ou retirante.

E não basta condenar o sócio administrador a indenizar, porque não tendo bens, a condenação judicial é inócua, contribuindo para a desmoralização do Poder Judiciário, porque a decisão judicial que obriga a indenizar torna-se uma “vitória de Pirro”.

É importante ressaltar que nem sempre o sócio excluído ou retirante tem valores a receber e, em vez disto, ter de pagar para a sociedade.

Quando o sócio excluído tiver lesado a sociedade, e estiver concorrendo com a sociedade, por exemplo, fazendo concorrência desleal com a sociedade, exercendo atividade econômica no mesmo ramo de atividade, causando prejuízos no faturamento da sociedade autora, poderá ter que indenizar, e a sentença fixará o valor da indenização. Pode ocorrer de a sociedade ter contraído financiamentos, assumindo dívidas, e seu passivo estar comprometido, e o retirante ficar obrigado a assumir parte do passivo social. Tais situações devem ser resolvidas na fase de conhecimento, e não há qualquer óbice a que fique tudo resolvido sem a fase de liquidação.

Portanto, a solução para garantir a efetividade do processo em casos dessa natureza é o juiz determinar a realização da perícia de apuração de haveres na fase de conhecimento, antes da sentença, e proferir sentença líquida, fixando no dispositivo se o sócio excluído ou retirante tem direito de receber algum valor, e em caso positivo,

qual o valor que deverá receber, e como o recurso será no efeito devolutivo, a sentença poderá ser executada imediatamente, independentemente do trânsito em julgado, evitando a longa e penosa fase de liquidação de sentença, muitas e muitas vezes inefetiva.

9. Conclusões

Apesar de a doutrina maciçamente majoritária sustentar que a exclusão de sócio deve ser fundamentada na teoria contratualista, entendemos perfeitamente cabível a aplicação da teoria do poder corporativo disciplinar para fundamentar a exclusão, ou no mínimo, aplicação unificada das duas teorias, porque diante do quadro brasileiro de empresas familiares, a profissionalização das administrações corporativas e o fortalecimento institucional das corporações necessita de interpretação que coloque a instituição acima de seus membros.

Seguindo o entendimento de Avelãs Nunes, entendemos que em todos os contratos sociais há a cláusula implícita de exclusão para tornar possível a exclusão de sócio quando surgir situação que torne insuportável o exercício da empresa, vez que no conflito de interesses entre o sócio e a sociedade, deve prevalecer o interesse social. A cláusula implícita de exclusão serve também para excluir o sócio quando sua saída for imprescindível para a maior eficiência no exercício da atividade econômica.

O conceito de falta grave para justificar a exclusão do sócio é um conceito aberto, que deve ser analisado no caso concreto, a fim de concluir se o comportamento do sócio está causando insuportabilidade da continuidade da atividade social, ou se está impedindo ou dificultando o crescimento da sociedade empresária, ou ainda, se está causando embaraços para a melhoria da eficiência da atividade empresarial.

Não é qualquer situação que poderá justificar a exclusão do sócio, devendo ser uma situação fática que, com ou sem culpa do sócio ou acionista, está prejudicando o desenvolvimento da atividade empresarial.

Não apenas o ato conhecido antes da constituição da sociedade ou do ingresso do sócio, mas também o ato superveniente que torne insuportável o desenvolvimento do objeto da empresa, ou que comprometa a melhoria da eficiência da atividade empresarial é fundamento para a exclusão do sócio ou acionista, entretanto, a quebra da *affectio societatis*, não pode ser utilizada como fundamento para a exclusão do sócio, porque, na esteira do entendimento de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, a *affectio societatis* é um conceito superado no direito societário.

Nos processos de exclusão ou retirada de sócio, a sentença deve ser líquida, com a apuração de haveres realizada antes da sentença, para evitar a fase de liquidação, sendo tal medida necessária para a garantia da efetividade do processo.

10. Bibliografia

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho e MARTINS, Luis Otávio Franco. *Linhas Fundamentais acerca da Relativização e Transformação dos Paradigmas da Discricionariedade Administrativa*. SÍNTESE SAGE, 12 de junho de 2012.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1945.

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*. vol. 1, n. 6, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2007.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1973.

FERREIRA, Juliano. *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anônima*, Almedina, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de Fim Social*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 149/150, jan./dez. 2008, Malheiros, págs. 108/130.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. Malheiros, 2009.

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna, Il Mulino, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Companhia das Letras, 26ª edição, 40ª impressão.

INNOCENTI, Osmida. *L'escusione del sócio*. Padova, CEDAM, 1956.

KOMPARATO, Fábio Konder. *Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: nova et vetera*, in *Novos Ensaíes e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

LEITÃO, Luis Menezes. *Pressupostos da exclusão do sócio nas sociedades comerciais*. Lisboa, AAFDL, 1989.

MARIANO, João Cura. *Direito de Exoneração dos Sócios nas Sociedades por Quotas*. Almedina, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes - Justificativa do Novo CPC*. Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 1998, Malheiros.

NUNES, Antônio José Avelãs. *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*. Cultural Paulista, São Paulo, 2001.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução Parcial, Exclusão de Sócio e Apuração de Haveres nas Sociedades Limitadas*. Quartier Latin 2010.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões e FILHO, Alfredo Lamy. *Notas sobre a história das Companhias, em A Lei das S/A*. 1º vol, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 28-30).

PROENÇA, José Marcelo Martins. *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas* - in *Tipos Societários*. Saraiva 2010, Série GVlaw.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*. Quartier Latin, 2005.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Direito Empresarial*. Saraiva, 2014.

ZANETTI, Andrea e FEBERBAUM, Marina. *Direito dos Negócios em Debate*. Saraiva/FGV, 2011.