

EMERSON LUÍS DAL POZZO

DIREITO DE RETIRADA NAS SOCIEDADES LIMITADAS

**CURITIBA
2007**

EMERSON LUÍS DAL POZZO

DIREITO DE RETIRADA NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco.

**CURITIBA
2007**

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	3
2 – AS SOCIEDADES LIMITADAS – CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	5
3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONSTITUTIVO DAS SOCIEDADES LIMITADAS	7
3.1 – Institucionalismo	7
3.2 – Contratualismo.....	8
3.2.1 - O contrato plurilateral.....	10
3.2.2 - O contrato-organização.....	11
3.3 - Considerações.....	12
4. Sociedade de capital <i>versus</i> sociedade de pessoas	14
5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	17
6. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	22
7. O DIREITO DE RETIRADA	25
7.1 – Breve Histórico do Direito de Retirada.....	25
7.2 - O direito de retirada.....	28
7.3 – Retirada e cessão de quotas	32
7.4 – Retirada e exclusão de sócios	33
7.5 – Retirada e renúncia.....	33
7.6 – Direito de retirada nas sociedades anônimas	34
8. Direito de retirada nas sociedades limitadas	37
8.1 – Retirada e o Novo Código Civil.....	37
8.2 – Artigo 1.029 e as sociedades simples.....	40
8.3 – Artigo 1077 e as sociedades limitadas.....	42
8.4 – A questão das duas sociedades limitadas	44
8.5 – Contrato social e direito de retirada	46
8.6 – Momento da retirada.....	48
8.7 – Prazo para o exercício	49
8.8 – Limitação da retirada enquanto violação do princípio da liberdade de associação.....	49
8.9 – Retirada, função social e preservação da empresa	51
9 – REEMBOLSO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS	53
10 – CONCLUSÃO.....	57
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 – INTRODUÇÃO

O artigo 335, n. 5, do antigo Código Comercial, dava guarida às pretensões de dissolução parcial da sociedade, ao talante de qualquer sócio de limitada por prazo indeterminado e no momento que lhe conviesse.

Misto de liberdade de associação com uma visão do direito de propriedade que não levava em conta a sua função social, a permissão se dava à margem do artigo 15 do Decreto nº 3.708, de 1919, que limitava o direito de retirar-se a caso de alteração contratual com a qual o sócio não anuísse.

Advém, contudo, o Código Civil de 2002, passando a tratar a saída de sócio único não mais como dissolução parcial, mas como resolução da sociedade em relação a um sócio. Aplicar-se-ia, então, o artigo 1.029, que diz, *in verbis*, que, preservados os casos previstos na lei ou no contrato, “qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias”.

A retirada ensejaria apuração de haveres, a partir das quotas subscritas pelo sócio retirante, desfalcando a sociedade de patrimônio destinado à empresa.

Tratar-se-ia de verdadeiro direito potestativo de retirada, como no ordenamento anterior?

Ora, o artigo 1.077, integrante da seção que trata das deliberações dos sócios das sociedades limitadas, atribui ao sócio que dissente de alteração do contrato social (além de fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra – todas hipóteses que exigem alteração contratual, daí os acréscimos, em realidade, nada acrescentarem) o direito de retirada, como fazia o mencionado decreto de 1919.

Ademais, a interpretação não pode olvidar novos elementos que têm sido incorporados, sucessivamente, ao ordenamento.

Dentre estes aparece o princípio da preservação da empresa, que alcançou desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial já a partir da década de 60, já que a atividade empresarial tem impacto não apenas na esfera jurídica dos

sócios remanescentes e do sócio retirante, mas também no fisco, na oferta de bens e serviços ao consumidor e, especialmente, na vida daqueles que com ela mantêm relação de emprego.

Por outro lado, a Constituição Federal prevê, no artigo 5º, XX, que ninguém será obrigado a associar-se ou a permanecer associado, dispositivo que daria base constitucional ao direito potestativo de retirada.

Há, também, quem afirme que a *affectio societatis* é pressuposto de existência de uma sociedade, o que faria do desaparecimento dela causa legítima para a dissolução.

Fala-se muito, ainda, na responsabilidade social da empresa, verdadeiro dever jurídico para alguns, para outros simples e eficaz ferramenta de *marketing*.

E, *last but not least*, inolvidável a influência do princípio da função social da propriedade, insculpido no artigo 5º, XXIII da Carta Magna, que abala o fundamento do direito à retirada imotivada com apuração de haveres como simples corolário da propriedade privada.

De um lado, uma severa limitação do direito de propriedade. De outro, o impacto social do seu livre exercício. O embate e a relevância dos efeitos produzidos pela vitória jurisprudencial de uma das posturas justifica a pesquisa que este projeto propõe.

2 – AS SOCIEDADES LIMITADAS – CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Enquanto as sociedades anônimas atendem os anseios organizacionais das grandes empresas, as pequenas e médias tardaram a ter um modelo jurídico positivo que com elas se coadunasse perfeitamente. O sistema carecia “de um tipo mais leve de estrutura jurídica”, mais adequado aos “propósitos organizacionais”¹ das médias e pequenas empresas.

A origem deste novo modelo societário rendeu algumas discussões.

Alguns apontaram como pioneiro o direito inglês, pois lá se instituiu, em 1857, uma sociedade que se dizia *limited by guarantee*, na qual a responsabilidade dos sócios, em caso de liquidação da sociedade, não ultrapassava um montante previsto no contrato. Todavia, este benefício pressupunha uma sociedade constituída nos moldes das sociedades anônimas, não sendo, então, mais do que uma sociedade anônima simplificada. Assim, não foi o direito inglês o primeiro a contemplar as sociedades limitadas.

Posteriormente foi o direito francês que usou a expressão *société à responsabilité limitée* para modelo social também diverso das atuais sociedades limitadas. Todavia esta era, também, uma sociedade anônima. Os novos moldes visavam, apenas, a se esquivar da autorização estatal que se exigia para o funcionamento das sociedades anônimas na época. Este modelo híbrido, a propósito, foi revogado logo que a necessidade de autorização desapareceu.

Foi, enfim, na Alemanha², com a lei de 20 de abril de 1892, que surgiram as sociedades limitadas, lá chamadas *gesellschaften mit beschränkter haftung*, com o fito de abrandar a responsabilidade dos sócios.

Depois, geraram-nas Portugal (1901), Áustria (1906), Inglaterra (onde já existiam como *private companies*, mas só foram reguladas em 1907). O Brasil teria sido o quinto país a admiti-las.³

Ao contrário dos demais tipos societários, que surgiram primeiro na prática e foram regulados depois, elas “foram introduzidas no direito comercial por

¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 456.

² REQUIÃO, Rubens, **Curso de Direito Comercial**, p. 458.

³ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**, p. 290.

decisão do legislador”.⁴ Constituem modelo societário com a simplicidade da sociedade em nome coletivo e com a limitação de responsabilidade das sociedades anônimas.

Sua introdução deu-se pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. O nome adotado para o novo tipo societário foi Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada.

Em apenas 19 artigos, o velho decreto deu contornos a esta espécie de sociedade, classificando-a como sociedade de pessoas, por força do artigo 2º, que fazia remissão aos artigos 300 a 302 do Código Comercial, aqueles que regiam as sociedades de pessoas. E, ainda, houve eleição da legislação das sociedades anônimas, se omissos o contrato social e aplicáveis as normas, consoante o artigo 18.

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada acabou se tornando o modelo societário mais comum, tornando desinteressantes diversos outros tipos societários, considerados atualmente tipos societários menores, como a sociedade em nome coletivo e a sociedade em comandita simples.

Quanto ao número, relata-se que acabou superada pelas sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, ainda não admitidas no Brasil⁵, mas que na Europa já são o tipo societário mais comum. No entanto, por continuarem sendo o tipo societário mais comum no direito pátrio e pela relevância que têm, já que são tipo ideal de organização para as pequenas e médias empresas, grandes geradoras de empregos do país, seu regime jurídico merece abordagem detida. E, dentro do regime geral, o regime específico do direito de retirada, pelo influxo que seu exercício tem na preservação da sociedade e da atividade de empresa que exerce.

⁴ Idem, p. 289.

⁵ A unipessoalidade só é admitida se efêmera ou em se tratando de subsidiárias integrais, que são o único modelo de sociedades unipessoais de origem no direito brasileiro.

3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONSTITUTIVO DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Boa compreensão do direito de retirada exige passagem, ainda que breve, pelas teorias da natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades. Para tanto, incumbe uma abordagem brevíssima das teorias institucionalistas, para enfim se conduzir abordagem mais detida nas teorias contratualistas, em especial a do contrato plurilateral de Túlio Ascarelli e a teoria do contrato-organização, adotada no Brasil por Calixto Salomão Filho.

3.1 – Institucionalismo

Determinado o caráter contratual do ato constitutivo de uma sociedade, o vínculo passa a ser lido à luz dos princípios do direito contratual, sendo esta a própria razão de se afirmar que uma sociedade é contratual.

Todavia, nem todas as sociedades são-no. As sociedades anônimas e as sociedades sem comandita por ações são consideradas institucionais.

A teoria institucionalista teve berço na Alemanha, com viés publicista, na obra de Rathenau, que via nas corporações a força motriz da reconstrução daquele país, naquele momento devastado pela Primeira Guerra Mundial. Havia, na teoria (voltada à pragmática, destaque-se), um claro viés publicista, com concentração de poderes na administração, que seria a detentora do interesse empresarial, o que relegava a Assembléia (e com ela os sócios minoritários) a um segundo plano. A *Aktiengesetz* de 1937 consolidou este ideário, cristalizando o papel predominante da administração em relação à Assembléia.⁶

Posteriormente, adveio novo institucionalismo, com viés não tão público quanto o anterior, buscando compor os interesses dos trabalhadores e dos tipos vários de sócios que compunham o organismo social. E esta teoria

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Novo Direito Societário**, p. 32.

institucionalista foi batizada de *institucionalismo organizativo*, por buscar delinear a organização melhor preparada para a condução de um interesse que não se reduz ao do grupo de sócios componentes da sociedade e tem um claro interesse na preservação do empreendimento.⁷

O desfecho da convivência das duas correntes foi a promulgação de nova lei acionário, em 1965, que tornou mais relevante o papel da Assembléia, ampliando também a proteção dos sócios minoritários.

Uma sociedade institucional, ao contrário da sociedade contratual, não é regida por um *contrato social*, mas por um *estatuto*. Ademais, tratar uma sociedade como instituição implica tratá-la com a perenidade típica destas.

E faz mais. Quando se trata uma sociedade como fruto de contrato, fica muito mais marcante o vínculo entre o interesse dela e o interesse dos sócios, sendo comum vê-la como negócio particular, não funcionalizado, ou seja, sem maior interesse no papel que ela desempenha no âmbito social, sobremaneira pelo fato de o modelo social contratual ser típico de empresas pequenas e médias, cuja relevância social não costuma ser objeto de estudos jurídicos.

Já a abordagem de uma sociedade como instituição dá-lhe uma imagem de maior independência em relação aos sócios. Tanto que a própria Lei das Sociedades por ações explicita a necessidade de atendimento a uma função social, enquanto que o Código Civil, diploma que regulamenta as sociedades limitadas, não é explícito (o que, claro, não torna inaplicável o princípio, já que constitucionalizado).

3.2 – Contratualismo

A natureza contratual do ato constitutivo, pelo menos das sociedades limitadas, esteve presente no Código Civil de 1916 e persiste no Código Civil de 2002. Sua predominância é incontestada, mas sempre houve certos contratemplos teóricos.

⁷ Idem, p. 33.

A presença de interesses contrapostos num contrato típico (claríssimos se tomado como parâmetro o contrato de compra e venda), quando em relação ao contrato social o que se tem é uma união de interesses, é um dos problemas centrais. Dele cuidou o engenho de Túlio Ascarelli, que propôs solução teórica interessante com a figura dos contratos plurilaterais, postos como categoria diversa dos contratos de permuta, dos quais é melhor exemplo o de compra e venda.

Outro contratempo teórico, mais recente e de crescente importância, é a consideração das sociedades unipessoais, tendo em vista que contrato pressupõe bilateralidade, oposição de partes, sendo difícil incorporar à teoria contratual clássica um tipo de contrato celebrado por um único agente, uma sociedade com um único sócio.

O direito brasileiro é dos que recalcitram em admiti-las, em especial no modelo sociedade limitada com sócio único, mas são fartos os exemplos internacionais de admissão e sucesso, pelo menos desde a experiência do Principado de Liechtenstein, que admite as sociedades unipessoais já há várias décadas. Calixto Salomão Filho, quanto ao fato de se admitir sociedades unipessoais para os grandes conglomerados (subsidiárias integrais), mas não nos moldes ansiados por pequenas empresas destaca que “um país com um dos maiores índices de concentração de riquezas do mundo não se pode permitir reconhecer apenas formas societárias que facilitem essa mesma concentração”.⁸

Em suma, certo é que, no atual estágio de evolução do Direito Comercial brasileiro, não são mais explicações simplistas para o ato constitutivo. Ninguém mais sustenta, por exemplo, tratar-se de simples contrato bilateral o contrato social (como em outros contextos já fizeram autores do porte de Carvalho de Mendonça). Como afirmou certa feita Rubens Requião, a “teoria e a doutrina possuem hoje conceitos mais exatos para elucidar juridicamente o mistério da formação das sociedades mercantis”.⁹

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto **Sociedades Unipessoais**, p. 233.

⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 370.

E duas das teorias mais valiosas que a doutrina compôs serão abordadas na seqüência: a do contrato plurilateral e a do contrato-organização.

3.2.1 - O contrato plurilateral.

A teoria do contrato plurilateral foi amplamente divulgada por Ascarelli em meados do século XX [...] São o segundo elemento de uma dicotomia que tem, de um lado, os contratos de permuta.

Diferentemente dos contratos de permuta, em que há duas partes opostas (sendo que cada parte pode ser composta de qualquer número de indivíduos), no contrato plurilateral há pluralidade de partes, porém sem oposição. O contrato é aberto à participação de um número não fixo, mas variável de partes, que se põe em paralelo, sendo cada parte titular de direitos e obrigações em relação a cada uma das outras, num sistema harmonizado, com abertura para a adesão de novas partes, ou saída das partes integrantes, sem que isto abale o contrato como um todo e promova a sua resolução.¹⁰

Não que faltem, no contrato plurilateral, interesses opostos entre as partes, mas estes antagonismos são superados, são harmonizados, coordenados pelo fim comum, sendo este um dos traços distintivos em relação aos contratos de permuta. Tanto que o referencial geométrico para os contratos de permuta, para Ascarelli, era uma linha reta, enquanto que para os contratos plurilaterais é um círculo.¹¹

Como aponta Rubens Requião, esta construção permite leitura mais coerente de questões que envolvam a dissolução das sociedades, a fim de que se as preserve quando há morte de sócio, retirada, incapacidade ou exclusão, dentre outros fenômenos sociais, no que superaria as demais teorias até então conhecidas.¹²

Não obstante a originalidade da teoria ao tratar da relação entre os sócios, Ulhoa Coelho aponta crítica pertinente. Destaca que a teoria ascarelliana

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 371.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 379.

¹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 372.

deixa de abordar uma peculiaridade marcante do contrato social, qual seja o surgimento de relação não só entre os sócios, mas entre os sócios e a sociedade com personalidade jurídica própria que eles criam. A questão é fundamental para o direito de retirada, já que aí se aborda o dever de restituição da participação societária do retirante, que é dever da sociedade em relação ao sócio.¹³

Ademais, ela é inepta para explicar a natureza da sociedade unipessoal, razão pela qual demandou certa adaptação, que culminou na teoria do contrato-organização, que se passa a abordar, em breve esboço.

3.2.2 - O contrato-organização.

Enquanto para Ascarelli os contratos ou são de permuta ou são plurilaterais, para os arautos da teoria do contrato-organização eles são ou de permuta ou associativos. Nenhum contrato representa o de permuta tão bem quanto a compra e venda, tanto quanto nenhum outro é exemplo mais cabal de contrato associativo do que o ato constitutivo de uma sociedade.

Na esteira desta teoria, não é mais a existência de finalidade comum que distingue contratos de permuta de contratos associativos, como propugnava Ascarelli, mas o fato de os contratos associativos terem como núcleo a criação da organização, enquanto que os de permuta têm como base a atribuição de direitos subjetivos. E por organização se entende “a coordenação da influência recíproca entre atos”.¹⁴

O escopo de assim visualizar a sociedade é acomodar da melhor maneira possível o ordenamento de interesses nela envolvidos, além de proporcionar melhores soluções aos conflitos intersociais. E uma sociedade constituída a partir de um contrato-organização tem como interesse social aquele que visa à “melhor organização possível do feixe de relações envolvidas pela sociedade”¹⁵, no que é diverso do interesse social numa sociedade contratualista

¹³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 380.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, p. 43.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

(maximização do lucro) e numa institucional (preservação da empresa, vista como instituição).

Destaque-se que não há incompatibilidade com o intuito preservativo, até porque como se tem por aspiração explícita a harmonização dos interesses individuais dos sócios, a fim de evitar conflitos, a “primeira e mais óbvia consequência é que a regra de conflito deve tender a eliminar o conflito e não fazer o acionista descontente retirar-se da sociedade”.¹⁶

Ademais, muito embora seja erigida com vistas a abarcar a internalização da maioria dos interesses, é perfeitamente compatível com a regulamentação estatal de outros, sendo este o caso daqueles que têm impacto além dos próprios sócios (caso do direito de retirada).

No entanto, apesar de ter ido além do contrato plurilateral, o contrato-organização também é suscetível à crítica apontada supra, no tocante às relações entre sócio e sociedade, de grande importância para o direito de retirada.

3.3 - Considerações

A postura mais recorrente, entre os autores que tratam da natureza jurídica do ato constitutivo, é a assunção pura e simples de uma abordagem, criticando e olvidando as demais. Quiçá seja este o aspecto a superar.

Fazendo coro a Alfredo Assis Gonçalves Neto¹⁷, porém, cabe destacar que, por um lado, sociedade com pluralidade de sócios e sociedade unipessoal, apesar do rótulo idêntico, são figuras jurídicas distintas, a primeira fundada num contrato (para o autor plurilateral) e a segunda num negócio jurídico unilateral.

E, por outro lado, que cada face que uma sociedade apresenta comporta a aplicação de regras jurídicas distintas, o que exige que se considere tanto as teorias institucionalistas, quanto as contratualistas e até as anticontratualistas, de modo que se busque “uma solução que procure não ficar

¹⁶ Idem, p. 45.

¹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de Direito Societário**, p. 59.

enformada em uma única categoria de negócios jurídicos para que o intérprete possa buscar em qualquer deles a norma que, no caso concreto, deva incidir para a resolução de uma lacuna da maneira mais adequada”.¹⁸

Claro que adotar tal postura exige esforço intelectual maior do que a simples filiação a uma das correntes típica engendraria, mas na medida em que sucessivas construções teóricas tentando adaptar os atos constitutivos a uma única categoria de negócios jurídicos mostraram-se falhas em tão diversos aspectos, abandonar o dogma da categoria única pode ser um bom caminho alternativo de que os estudiosos do direito societário não podem simplesmente se desviar.

De qualquer forma, para os fins deste estudo, a teoria do contrato-organização e a do contrato plurilateral, ainda que com a ressalva de Ulhoa Coelho, permitem que se compreenda que contrato é este que persiste apesar da livre mobilidade das partes que o firmaram.

¹⁸ Idem, p. 60.

4. SOCIEDADE DE CAPITAL *VERSUS* SOCIEDADE DE PESSOAS

Critério de classificação bastante recorrente na análise das sociedades é o que as considera ora sociedades de capital, ora sociedades de pessoas. A distinção é relevante para fins de abordagem do direito de retirada, já que, tratando-se de sociedades de pessoas, costuma-se vê-lo como dotado de maior amplitude (caso das sociedades simples), sendo esta amplitude bastante restrita quando se fala em sociedades de capital (vide as sociedades anônimas como exemplos por excelência).

As sociedades limitadas, como já indigitado quando do esboço histórico, foram primeiramente classificadas no direito brasileiro, por força de lei, como sociedades de pessoas. Foi esta a opção externada pelo artigo 2º do Decreto 3.708/1919.

São classicamente listadas como de pessoas as sociedades simples, em nome coletivo e em comandita simples. De capital, as sociedades anônimas e aquelas em comandita por ações. Omitte-se, propositadamente, as sociedades limitadas, visto que o enquadramento delas é mais complexo.

Mas o que significa, então, afirmar que uma sociedade é de pessoas ou de capital?

São de pessoas, conforme a doutrina clássica, aquelas sociedades constituídas por consideração à pessoa dos sócios. O sócio é visto como companheiro escolhido, formando-se a sociedade “em atenção às qualidades pessoais dos sócios”¹⁹. Por conseguinte, o ingresso e a substituição exigem modificação no contrato social, exigindo a anuência dos demais sócios.

Por outro lado, nas sociedades de capital a figura do sócio, a sua idiosincrasia, é desconsiderada, dando-se preponderância ao “impessoalismo do capital”²⁰. Conseqüentemente, o *status* de sócio é de livre movimentação, havendo ingresso ou retirada (aqui não na acepção técnica) sem que os demais possam

¹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 399.

²⁰ Idem, p. 400.

opor qualquer obstáculo, sem sequer se alterar o estatuto, já que tudo ocorre pela compra e venda das ações.

São exemplo cabal as sociedades anônimas abertas que têm negociação de suas ações em Bolsa de Valores. A identidade dos sócios não é considerada e, mais do que isso, a lista de sócios pode variar diversas vezes em curtíssimos espaços de tempo, de acordo com as oscilações mercadológicas que tornam interessante ou desinteressante a permanência do acionista na companhia.

Eis que, descritas as duas categorias, resta a dúvida de em qual se enquadra a sociedade limitada. Há quem as considere sociedades de pessoas, de capital ou, como sintetizou Rubens Requião, “cercadas de certo hibridismo personalista-capitalista”.²¹

No entanto, sobreleva discutir até que ponto a classificação em si pode ter impacto, já que classificar, em Direito, exceto quando para fins didáticos, significa discriminar de modo que cada discriminado seja suscetível de regime jurídico próprio.

Considerada a legislação já não vigente, tinha-se regras específicas para sociedades de pessoas que eram subsidiárias das regras das sociedades limitadas, conforme apontava o decreto que lhes dava os contornos fundamentais. Supondo que não houvesse classificação legal, o posicionamento doutrinário das sociedades limitadas no âmbito das sociedades de pessoas conduziria, inexoravelmente, à aplicação do que o Código Comercial dispunha sobre elas.

No direito vigente, porém, não há um capítulo destinado às sociedades de pessoas. Há, isto sim, o regramento de uma modalidade de sociedades que é de pessoas (as sociedades simples), que regerá também as limitadas quando o capítulo próprio a elas for omissivo.

Ainda que se conclua que as sociedades limitadas são sociedades de pessoas, não será consequência lógica a aplicação de normas consideradas atinentes às sociedades de pessoas ao arripio do que a lei construiu especialmente para as sociedades limitadas.

²¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.**, p. 400.

Trazendo estas considerações para o direito de retirada, tem-se que não é o enquadramento de uma sociedade como de pessoas que torna inelutável a aplicação do que às sociedades de pessoas se costuma aplicar, historicamente, ao instituto. Ou seja, não é o fato de se considerar a sociedade limitada como de pessoas, que se aplicará o que às sociedades simples se aplica em matéria de recesso, sobrepujando o que de positivo e especial se tem.

A classificação pode servir, apenas, como mecanismo de superação de lacunas, dada a ficção de completude do sistema, mas jamais como justificativa supostamente científica para a imposição de certo mandamento, malgrado presente mandamento diverso no ordenamento.

Aliás, ainda assim o ideal seria que a opção por um regime ou outro, em especial por se tratar de Direito Comercial, fosse dada não da teoria para a prática, mas da prática para a teoria, num juízo não de coerência lógica, calcado nos mais vetustos ideais de cientificidade jurídica, mas do mais puro pragmatismo, num juízo de adequação ou inadequação fática, de adequação ou inadequação dos efeitos da aplicação da norma aos desideratos constitucionalizados.

Em suma, diga-se que se trata de sociedade de pessoas, diga-se que se trata de sociedade de capital, diga-se que se trata de sociedade híbrida, a sociedade limitada deverá ter o regime mais propenso ao atendimento dos princípios constitucionais da ordem econômica, dentre os quais, quando se trata de direito de retirada, reina o da preservação da empresa, que se passa a abordar na seqüência.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Abordar a função social da empresa exige antes leves considerações acerca do papel que ela exerce na sociedade globalizada hodierna. É uma sociedade organizada em moldes capitalistas bem se define como conjunto de empresas, sendo que estas criam entre si uma longa teia de relacionamento, em nome do objetivo maior da geração de riquezas. Há uma notável interdependência entre tantas delas, que só valoriza individualmente cada uma.

Até quem aborda as empresas sem saudosismo, mas com olhar bastante crítico reconhece que elas exercem “um papel de extrema utilidade na vida econômica contemporânea, mais do que as precedentes entidades capitalistas, primitivas e agressivamente exploradoras”.²²

No Estado Liberal, ao direito cabia apenas a fixação das regras do jogo, sem privilégio a qualquer dos jogadores, à luz da ficção de que todos eles são iguais perante a lei, reduzindo-se o bem comum “à adequada formulação e ao escrupuloso respeito das regras jurídicas”²³. Foi aí que se deu a grande transformação, que converteu a ordem jurídica e passou a considerar legítima a organização do direito “em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade”.²⁴

A menção a função faz brotar a questão da funcionalização dos institutos jurídicos, como a propriedade e o contrato, vitória sobre a visão absoluta da propriedade e sobre o contrato que era lei entre as partes, intocável pelo Estado. Tudo isso só faz sentido no modelo de Estado Social de Direito, em especial pós Constituição de Weimar.²⁵

E não se pode conceber abordagem da “funcionalização da propriedade sem se indagar dos propósitos da empresa e do mercado, na planificação econômica e social imposta pela Constituição”.²⁶

²² GALBRAITH, John K. **A Economia das Fraudes Inocentes: verdades para o nosso tempo**, p. 50.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito de Empresa**, p. 6.

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ NALIN, Paulo. **Conceito Pós-Moderno de Contrato**, p. 219.

²⁶ NALIN, Paulo. **Conceito Pós-Moderno de Contrato**, p. 225.

Isto porque o artigo 5º, em seu inciso XXIII, prescreve que a propriedade atenderá a sua função social. Ora, se à propriedade em geral dá-se tal ordem, à dos meios de produção se a dá em especial, pela relevância social que tem. Adiante, no artigo 170, ao tratar da ordem econômica, também há destaque à função social da propriedade, desta vez no inciso II.

A propósito, consoante destaque de José Afonso da Silva, ao se unir a função social da propriedade a valores tais como o trabalho humano, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, além da busca do pleno emprego, nota-se direta vinculação do princípio com a propriedade dos bens de produção, sobremaneira no que toca a empresa, meio por excelência do exercício do poder econômico.²⁷

Neste viés, “tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico”²⁸, expressões que serão tomadas aqui como sinônimas, todas derivadas do princípio da função social da propriedade, calcado na idéia de função social dos direitos.

E o autor arremata:

“a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da Constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme o ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos.”²⁹

Assim posto, o princípio sugere tal limitação que faz crer que o dito princípio é absoluto. No entanto, como todos os outros, submete-se a ponderação quando com outro colide. E, evidentemente, o princípio da função social deve ser compatibilizado com o da liberdade de iniciativa, não só este com aquele. Destarte, se o princípio da liberdade de iniciativa expressou a opção do constituinte pelo sistema capitalista, o princípio da função social da propriedade (e,

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentários à Constituição de 1988**, p. 712-713.

²⁸ Idem, p. 713.

²⁹ Idem, ibidem.

portanto, também da propriedade dos meios de produção), não pode ser suporte para que se tente limitar a sobredita liberdade a tal ponto que se alcance patamar de planificação econômica digna de modelos socialistas.

Não se pode perder de vista que a simples geração de riqueza já é ato de suma importância no seio de uma sociedade. E, como incentivo a ela, o lucro é admitido, ainda que, como aponta Fábio Konder Comparato, não se trate de um “dever supremo, ou então de uma liberdade fundamental do homem”, mas de “uma liceidade sem conteúdo impositivo”³⁰

A restrição se justifica porque, se por um lado algum liberalismo é imprescindível, por outro não há quem ainda sustente que jamais haverá conflitos entre o objetivo societário de lucro e o dever societário, consolidado no próprio artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações, de atendimento de uma função social pela sociedade (seja ela anônima, simples ou limitada, destaque-se).

Neste esteio, justifica-se o lucro “como estímulo ou incentivo aos agentes privados, no desempenho da função social que lhes é constitucionalmente assinada”.³¹

Todavia, há dois lucros típicos, que se pode chamar, com Carlos Alberto Farracha de Castro³², de lucro lícito e lucro especulativo. O primeiro “possibilita novos investimentos, pesquisas, reflexões e, portanto, o desenvolvimento da sociedade, isto é, tributos, empregos e divisas”, já o segundo “presta-se tão-somente para aumentar as desigualdades sociais entre pessoas e nações”³³. Destarte, deve-se estimular a busca do lucro lícito, em detrimento do lucro especulativo.

Tamanho é o reconhecimento que o ordenamento jurídico dá à função social de algumas empresas, que se exige autorização estatal para o seu funcionamento, além de, quando elas se mostram inviáveis, não seguem o processo habitual de falência, mas têm liquidação especial. É o caso dos bancos e das seguradoras.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito de Empresa**, p. 11.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito de Empresa**, p. 14.

³² CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **A preservação da empresa no novo Código Civil**, p. 133.

³³ Idem, *ibidem*.

Ademais, o próprio exercício da atividade empresarial pelo Estado só se justifica quando o objetivo for o atendimento do interesse nacional que justificou o empreendimento, ainda que se exija também economicidade, ou seja, não se admitindo o exercício de empresa sem viabilidade econômica.

Impende ainda lembrar que a função social não é limite ao exercício do direito de propriedade, mas sim corresponde a deveres embutidos à condição de proprietário. A própria Constituição de Weimar já asseverava que a propriedade obriga e que seu uso deve servir ao interesse da coletividade.

No tocante aos bens de produção, consoante lição de Fábio Konder Comparato, o proprietário tem seu poder-dever de “dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade” transmudado quando os bens “são incorporados a uma exploração empresarial”³⁴. Deste ponto em diante, o que se tem é um poder-dever do controlador de dar à empresa direção no sentido da realização dos interesses coletivos a que a lei a obriga.

No entanto, se por um lado é o controlador que deve direcionar os esforços empresariais no sentido de atender aos anseios coletivos (que não são mais do que os objetivos da ordem econômica), o proprietário das quotas também guarda estreita relação com a função social da propriedade dos bens de produção. Isto porque, em última análise, proprietário é ele. Também esta propriedade obriga. Se direcionar cabe ao controlador, a manutenção dos meios para tal direcionamento também é responsabilidade do quotista ou acionista que não detém o controle.

Não é da maior valia asseverar que o controlador tem o dever de dar uma destinação aos bens de produção condizente com a função social que a empresa deve exercer e, ao mesmo tempo, permitir que o proprietário das quotas ou ações possa, livremente, desfalcocar o patrimônio da empresa sem razão, forçando-a não raramente a abandonar as atividades, promovendo a dissolução total do patrimônio ou, no mínimo, abdicar da expansão (e no ramo empresarial parar de crescer é morte anunciada).

³⁴ Idem, p. 34.

É neste ponto que o direito de retirada e a função social da empresa se tocam: na necessidade constitucionalmente assegurada de preservar a empresa, posto que ela exerce uma função social. E é do princípio da preservação da empresa que trata o tópico seguinte.

6. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Explícito que a empresa desempenha uma função social, é imperativo que se a preserve, para que possa continuar desempenhando-a. Desta percepção nasce o princípio da preservação da empresa, que reconhece a relevância dela na estrutura social e, portanto, fornece mecanismos, dentro do ordenamento jurídico, para que ela se mantenha.

O princípio merece reconhecimento até no Direito Tributário, apesar de não ser corriqueiramente considerado, já que obsta a sanha arrecadatória do Estado. Ainda assim, porém, deflui de normas constitucionais tributárias tais como a do parágrafo primeiro do artigo 145, onde consta que a pessoa pública que tributa deve respeitar, dentre outros, as *atividades econômicas do contribuinte*.

Nesta esteira, na decisão do Recurso Especial nº 525.295/SC, o Ministro Franciulli Netto asseverou que ao “Estado-juiz não é permitido, em hipótese alguma, ser conivente com a conduta de inadimplentes”, todavia alertou que, “ao coagir tais indivíduos a adimplir suas dívidas, mister se observe com prudência as conseqüências desses atos, em nome do princípio da preservação da empresa”³⁵.

Tem alicerce constitucional, na medida em que a Constituição elegeu como princípios da ordem econômica a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. Se o ordenamento busca, dentre outros, a consecução destes dois princípios, depende para tanto da saúde empresarial e, na medida em que dela é dependente, a Constituição, sob pena de estabelecer os fins e negar os meios, deve defender a preservação das empresas.

Neste esteio, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao tratar do princípio da busca de pleno emprego, defende que:

“corresponde ao da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal

³⁵ Recurso Especial nº 525.295/SC.

consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica³⁶

Quanto ao segundo alicerce, a função social da propriedade (aqui já descrita como função social da empresa ou dos bens de produção), destaque-se que ele torna intolerável “a extinção de empresas produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais de seus titulares”.³⁷ A assertiva, a propósito, vem a calhar no tocante ao direito de retirada, como se explanará no cotejo específico entre ele e o princípio constitucional ora abordado.

Aliás, se a empresa é fase dinâmica da propriedade, então se conclui “que o legislador defende a preservação da empresa; em caso contrário, não existirá função social concreta e, muito menos, haverá o desenvolvimento de atividade produtiva, com reflexos sociais, como a geração de empregos”³⁸. Ademais, constata-se que “a defesa da preservação da empresa, como princípio constitucional não escrito e integrante da ordem econômica nacional, auxilia em demasia a concretização dos direitos fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana”.³⁹

O intuito preservativo da legislação se mostra mais evidente quando a empresa enfrenta situação de falência ou recuperação judicial. A Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) expõem, em seus artigos 47 e 75:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a **preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.**

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, **visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.** (sem grifo no original)

³⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**, p. 99.

³⁷ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **A preservação da empresa no novo Código Civil**, p. 26.

³⁸ Idem, p. 27.

³⁹ Idem, p. 29.

Nota-se a menção explícita ao princípio, idéia motriz da recuperação judicial e que permeia a própria falência. Não que se queira preservar sempre, em detrimento dos interesses dos credores e ainda que a empresa não apresente verdadeira viabilidade econômica. Quer-se, isto sim, preservar a empresa quando se mostrar viável e impedir que interesses escusos ou simples conjuntura de mercado impeçam que um organismo produtivo, a que se ligam trabalhadores, consumidores, outros organismos produtivos e o próprio fisco, mantenha-se ativo.

Fábio Ulhoa Coelho⁴⁰, discorrendo sobre óbices à recuperação da empresa pelo próprio mercado, fala em valor idiossincrático, que seria o valor que o empresário dá à empresa, mas que não reflete o valor real de mercado. Na seqüência, é incisivo ao afirmar que:

Agride ao senso de justiça ver o fim de postos de trabalho, a redução de abastecimento, falência de pequenas e médias empresas satélites e outros efeitos negativos da crise de uma grande empresa, quando o mercado poderia tê-la solucionado, mas a idiossincrasia de um homem impediu.⁴¹

Se abomina a idiossincrasia determinar a extinção de uma empresa em estado débil, quão agressora à idéia do justo é a idiossincrasia de uns ou alguns promover a cessação das atividades de uma empresa sã? E aqui o direito de retirada precisa ser considerado, pois promove desfalque patrimonial na empresa e pode conduzi-la à debilidade que se quer evitar.

Do cotejo entre o princípio da preservação enquanto diretriz para a interpretação dos limites do direito de retirada nas sociedades limitadas tratará o item 8.9.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 3, p. 236-237.

⁴¹ *Idem*, p. 237.

7. O DIREITO DE RETIRADA

7.1 – Breve Histórico do Direito de Retirada

Apesar de não ser o escopo primo deste estudo, parece imprescindível, para melhor compreensão do direito de retirada, uma abordagem cronológica, ainda que perfunctória.

Túlio ASCARELLI aponta como ordenamento-pai do direito de retirada o italiano, tratando especificamente das sociedades por ações⁴². O desiderato, então, seria harmonizar o poder das maiorias de modificar os estatutos (não havendo, aliás, plena liberdade de modificação – estas podiam versar apenas sobre alguns aspectos especificados taxativamente na legislação) com os interesses dos minoritários, que passaram, então, a ter direito de retirar-se se não participaram da deliberação (ausentes) ou se, nela participando, votaram contra a modificação (dissidentes).

A retirada permitida amplamente, no entanto, trouxe inconvenientes com o tempo, por promover a descapitalização das empresas, o que conduziu a uma maior restrição das hipóteses.⁴³

Esta a razão pela qual o Código Civil Italiano de 1942, em seu artigo 2437, limitou a possibilidade de retirada a três hipóteses, quais sejam: a) modificação do objeto social; b) mudança de tipo social (transformação); e c) mudança de sede social para país estrangeiro.

No direito positivo brasileiro, aparece em 1919, com o Decreto nº 3.708, ou Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Seu artigo 15 garantia “aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado”.

Tomava-se, então, por pressuposto para a retirada, a presença de alteração do contrato social. Ademais, exigia-se, cumulativamente, que da retirada

⁴² ASCARELLI, Túlio. Sociedade por Ações – Retirada do Acionista Dissidente. **Revista Forense**, p. 19.

⁴³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, v. 2, p. 129.

o sócio tivesse divergido, cabendo, neste ponto, interpretação extensiva, que considerava suficiente a ausência de manifestação.

Em definição negativa, tinha-se, então, que seria titular de direito de retirada todo aquele que, presente modificação do contrato social, com ela não tivesse anuído expressamente. Silêncio, ausência da assembléia ou divergência serviam, igualmente, para fins de retirada.

No entanto, em se tratando de sociedades por quotas de responsabilidade limitada contratadas por tempo indeterminado, o sócio podia servir-se de caminho alternativo, com resultados idênticos, que o livrava da presença do pressuposto fático (alteração do contrato social): a dissolução parcial.

O recurso à dissolução parcial tinha supedâneo no Código Comercial, artigo 335, n. 5. E a prática elevou este modo de retirar-se da sociedade como o de maiores vantagens do que o exercício efetivo do direito de retirada, nos moldes do artigo 15 do decreto que regulamentava as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.⁴⁴

Muito embora a maioria da doutrina não distinguisse a retirada da dissolução parcial, posto o alinhamento quanto aos defeitos, tinha-se na primeira um direito condicionado a uma dissidência, que a dissolução não exigia. Ainda, recesso (ou retirada) seria “fenômeno dissociativo e não, dissolutório”.

De qualquer forma, foi o meio mais utilizado para que um sócio, fosse ele majoritário ou minoritário, pudesse sair da sociedade, com o devido retorno patrimonial, chegando ao ponto de tornar praticamente obsoleto, porque desinteressante, a retirada a partir da divergência em relação a alguma modificação do contrato social..⁴⁵

O antigo Código Civil abordou, também, a retirada, ao tratar dos contratos de sociedades civis, mais especificamente no tópico dedicado à dissolução, tendo por núcleo o artigo 1.404, onde se fez uso do termo “renúncia”, mas no sentido de retirada (sobre a diferença entre renúncia e retirada, ver item 8.4, *infra*).

⁴⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, **RDM**, p. 19

⁴⁵ *Idem*, p. 24.

O indigitado artigo tratava da hipótese de dissolução do artigo 1.399, V, que previa dissolução da sociedade contratada por prazo indeterminado se qualquer dos sócios renunciasse. Trouxe, contudo, abrandamento que já era, de certo modo, uma afirmação do hoje constitucional princípio da preservação da empresa (ainda que, evidentemente, a norma não tenha sido elaborada, no início do século XX, com esta finalidade), ao prever que a renúncia só conduziria à dissolução da sociedade se feita em tempo oportuno e notificada aos sócios com dois meses de antecedência, além de, *last but not least*, atender à boa-fé.

O artigo seguinte, 1.405, definia que se considerará a renúncia como sendo de má-fé quando o sócio renunciante pretende apropriar-se exclusivamente dos benefícios que os sócios tinham em mente colher em comum. Outrossim, considerava-a inoportuna se não estivessem as coisas em seu estado integral ou se a retirada (que o artigo insiste em chamar de renúncia), com a conseqüente dissolução, puder prejudicar a sociedade naquele momento.

Quanto às sociedades anônimas, no direito brasileiro, a retirada surgiu com o Decreto 21.536/1932, mas tratando apenas dos acionistas que tivessem ações preferenciais. Depois, com o Decreto-Lei nº 2.627/1940, foi regulamentado em relação a todos os acionistas.

Foi sucedido, enfim, pela atual Lei nº 6.404/196, que também abarca todos os acionistas, mas apenas em casos apresentados em *numerus clausus*, que serão abordados de forma mais detida no item 7.3.

Mas a própria inserção não foi pacífica, já em 1932, pois a idéia de se permitir que o capital social fosse reduzido para que se atendesse anseio de minoritário que divergiu de decisão da maioria chocava-se com a idéia de princípio majoritário, que somada ao interesse na permanência da sociedade bastava para que se considerasse a obrigação da minoria simplesmente submeter-se.⁴⁶

Quanto às sociedades anônimas, via-se claro o interesse preservativo, reiterado nas mais variadas reformas, sempre com vias de restringir, tanto no direito nacional quanto estrangeiro, a possibilidade de retirada. Só nas limitadas vigorou, graças a uma construção jurisprudencial, aquele caminho

⁴⁶ SZTAIN, Raquel. O direito de recesso nas sociedades comerciais, **RDM**, p.50.

alternativo descrito *supra*, hoje incompatível com uma leitura constitucional das normas infraconstitucionais, necessidade consolidada no meio jurídico.

Aliás, o cotejo da retirada com o intuito de preservação do empreendimento mostra posturas que vão desde a simples negação da própria dissolução parcial⁴⁷ (com o conseqüente reconhecimento de que a saída de um sócio extingue a sociedade) até o modelo atual, em que se lê recesso com as lentes da preservação, com o fito de que a empresa continue exercendo a sua função social.

E já os autores que escreviam sob a égide do antigo sistema asseveravam que não cabe permitir “a dissolução se o motivo apresentado for fútil ou não representar razão séria para a extinção da pessoa jurídica”.⁴⁸

Impende, então, após se ter visto com os mais variados diplomas já revogados o trataram, analisar o que se considera *direito de retirada*.

7.2 - O direito de retirada

Tem-se como estabelecido, no direito societário, o princípio de que “o sócio não pode permanecer prisioneiro da sociedade”⁴⁹. E, de fato, impende que se admita desde logo que, ao contratar uma sociedade sem prazo determinado, o sócio não pode ser compelido a nela permanecer *ad eternum*.

O direito positivo oferece caminhos para que o sócio se afaste da sociedade quando crer que assim deve proceder. Que se enfatize este plural: caminhos. E dentre estes caminhos, destaque merecido a três: a renúncia, a transferência de suas participações societárias (cessão de quotas, no caso específico das sociedades limitadas) e a retirada.

⁴⁷ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, p. 251, por exemplo, aduzia que quem ‘contrata sociedade sem determinar o prazo de sua vigência, sabe bem o que ajusta: o direito, que assiste a qualquer de seus consócios, de olhe por termo em qualquer momento’, acrescentando que a dissolução parcial de que alguns se utilizavam para fazer persistir a sociedade, malgrado a declaração de vontade unilateral no sentido da dissolução, era artifício “de evidente injuricidade, por contrária a texto expresso de lei”.

⁴⁸ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**, p. 309.

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 492.

Assim, tem razão quem afirmar que o direito do sócio de se desligar da sociedade “se baseia no fato de não ser ninguém obrigado a contratar contra sua vontade”, ficando os sócios “sujeitos a permanecer na sociedade enquanto lhes convier”⁵⁰ Cada um dos três caminhos jurídicos conduz ao desvinculo sócio-sociedade, uma dissociação, e explicita que, realmente, um sócio não pode ser mantido preso a uma sociedade, contra a sua vontade, por tempo indeterminado.

Dos caminhos, o que aqui mais ênfase merecerá é a retirada, o direito de retirada ou direito de recesso.

Em sentido lato, consoante lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁵¹, o vocábulo compreenderia cada um dos caminhos que conduz o sócio para fora da sociedade. Posto em seu sentido técnico, trata-se do “direito de o sócio desligar-se da sociedade mediante o recebimento de seus direitos patrimoniais de sócio, com conseqüente redução desse patrimônio e do capital social”.⁵² Há também quem o defina como “opção dada ao sócio minoritário de retirar-se da sociedade se porventura venham os termos determinados em lei a sofrer modificações graves e que possam vir a interferir substancialmente no seu interesse em continua na sociedade”.⁵³

Retirar-se, em sentido técnico, é sair da sociedade: a) por iniciativa própria e b) com recebimento de haveres, pagos pela sociedade.

A retirada, que também é conhecida como recesso⁵⁴, apresenta semelhanças e distinções em relação a outros institutos, como a exclusão de sócio, a renúncia e a cessão de quotas, que serão abordadas em tópico próprio, a fim de que bem se a isole para melhor a compreender (itens 7.3, 7.4 e 7.5, *infra*).

⁵⁰ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**, p. 309.

⁵¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, v. 1, p. 279.

⁵² Idem, *ibidem*.

⁵³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, p. 152.

⁵⁴ Aqui se tratará dos dois termos como sinônimos. *Retirada* e *recesso* representam, nestas páginas, idêntico instituto. É esta a postura da doutrina em sua maioria, mas não sem divergências, como a de GUIMARÃES, Leonardo, Exclusão de Sócio em Sociedades Limitadas no Novo Código Civil, *RDM*, p. 111, que diz que a “diferença marcante entre o direito de *retirada* e o direito de *recesso* consiste no fato de que, enquanto na *retirada*, o sócio se ampara no cumprimento de uma cláusula, pré-ajustada do contrato social, para requerer sua saída da sociedade, no *recesso*, o sócio se retira por discordar de alteração perpetrada no contrato social, implementada pela maioria social” .

Isto posto, incumbe que se refute a assertiva de que ao sócio sempre socorre o direito de recesso, podendo ele se retirar da sociedade quando assim quiser⁵⁵. O sujeito de direito tem, sim, em qualquer momento de sua vida de participante de uma sociedade, pelo menos um caminho para dela se desligar, que é a renúncia, mas para acessar o caminho da retirada, não basta sua pura vontade, sendo imprescindível o atendimento de certos requisitos.

E não se diga que limitar o direito de retirada é aprisionar o sócio à sociedade (e, portanto, conduta que repugna o direito), pois pode sempre ele renunciar às suas participações. Todavia, anseios constitucionalmente estabelecidos, dentre outros, de preservar a empresa e buscar o pleno emprego, obrigam a limitação da descapitalização da sociedade empresária aos tipos legalmente postos, quanto às sociedades limitadas, no artigo 1.077 do Código Civil, e no tocante às Sociedades Anônimas, no artigo 136 da Lei 6.404/1976, mais algumas hipóteses também previstas no corpo daquele diploma legal (e do direito de retirada nestas sociedades trata, perfunctoriamente, o item 7.3, *infra*).

Muito embora, como se escorçou no breve histórico, o regime anterior à vigência da Lei nº 10.406/2002 previsse uma cláusula geral de retirada, inscrita no artigo 335, n. 5, do Código Comercial de 1850, que tornava obsoleta a própria retirada do artigo 15 do Decreto 3.708, o atual regime, que tem no Código Civil seu diploma único (já que neste ponto revogado o Código Comercial e revogado *in totum* o dito decreto), não comporta dispositivo equivalente, o que impede a retirada imotivada antes admitida como hipótese de dissolução parcial, tema que merecerá abordagem mais detida nos tópicos seguintes.

Quanto à natureza, o artigo 15 do antigo decreto referia-se ao direito de retirada como faculdade. No entanto, é postura recorrente na doutrina a que o considera um direito potestativo (declaração de vontade receptícia) ou um direito subjetivo.

O que faz cogitar que se trata de simples proposta é a aplicação do artigo 137, § 4º, da Lei das Sociedades por Ações, que sujeita a aceitação da

⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 492.

retirada à manutenção, por deliberação posterior, da deliberação que ensejou o recesso.⁵⁶

Porém, para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o que se tem em verdade não é simples proposta, mas direito subjetivo que, quando exercido, tem seus efeitos sob “condição suspensiva de não retratação da deliberação tomada pela companhia”.⁵⁷

A asserção, aliás, serve tanto para afastar o caráter de mera proposta quando o de direito potestativo do direito de retirada, explicitando tratar-se de direito subjetivo, pois dependente de comportamento da sociedade, ainda que negativo (a não retratação).

Mas nas sociedades em que o dispositivo indigitado da Lei das S/A não se aplica, regendo a retirada apenas o artigo 1.029 do Código Civil, ter-se-ia, aí sim, verdadeiro direito potestativo.

Verificada natureza jurídica, merece abordagem a finalidade do direito de retirada.

Apointa-se que, originariamente visava a encontrar “um meio termo entre o princípio da intangibilidade do pacto societário e a tese de sua modificabilidade”⁵⁸. Nestes termos, visaria a proteger as minorias, relegadas ao desamparo porque incapazes de impor sua vontade dentro da estrutura societária vinculada ao princípio majoritário.

Sobreleva destacar, neste ponto, que há quem entenda que não se trata de proteção de minorias, caso de Raquel Sztain. A autora aponta que nos modelos legislativos alemão, francês e suíço não existe o instituto. Sendo a relação entre minorias e maiorias o centro de qualquer forma de sociedades, todos os modelos legislativos teriam que admitir a retirada.⁵⁹

Todavia, ainda nesta linha de pensamento, não se teria na retirada um mecanismo de proteção das maiorias, mas sim um “mecanismo neutro, voltado para a realidade societária, que permite a cada membro, dentro do jogo de

⁵⁶ Sobre a aplicabilidade dedicar-se-á tópico próprio, 8.9, *infra*.

⁵⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário...**, v. 2, p. 134.

⁵⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Obra citada**, p. 24.

⁵⁹ SZTAIN, Raquel. O direito de recesso nas sociedades comerciais, **RDM**, p. 51.

interesses internos, garantir sua liberdade de permanecer ou não associado”⁶⁰, mantido o respeito às hipóteses legais.

Entretanto, se por um lado o fato de a retirada não constar em certos ordenamentos não significa que lá as minorias não estejam protegidas, por outro também mostra que o direito de retirada é um dos meios de proteger as minorias, mas não o único. Pode, perfeitamente, existir em alguns sistemas e não existir noutros.

Portanto, considerar-se-á, apesar do registro da opinião contrária, que o direito de recesso é um direito de proteção das minorias societárias.

7.3 – Retirada e cessão de quotas

Retirada e cessão de quotas representam meios pelos quais o sócio pode deixar a sociedade.

Diverge a cessão de quotas da retirada porque naquela o sócio, deixando a sociedade, recebe o valor de suas quotas não da própria sociedade, mas do cessionário, que passa a ocupar o seu lugar de quotista, sem que a sociedade tenha que promover a redução de seu capital social.

Nas sociedades limitadas, é modo de deixar a sociedade análogo ao que a venda de ações representa para as sociedades anônimas, sendo o caminho natural da retirada de um sócio que quer ver reembolsado o valor de sua participação societária sem necessidade de para tanto ter fulcro, para a sua saída, numa das hipóteses legais de retirada, que não pode ser livre nas limitadas como é nas simples, ainda que pela via obtusa da dissolução parcial.

Por força do artigo 1.057, porém, a cessão fica condicionada à não oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. E, consoante o parágrafo único do artigo indigitado, terá efeitos quanto à sociedade e a terceiros a partir da averbação do instrumento, com a subscrição dos sócios que anuíram. Destaque-se que nesse caso, como na retirada, há manutenção da responsabilidade por dois anos, como prescreve o artigo 1.003.

⁶⁰ Idem, p. 53.

7.4 – Retirada e exclusão de sócios

Também pode o sócio deixar a sociedade contra a sua vontade, por meio da exclusão.

Aqui se tem figura que bem se pode chamar, com Alfredo de Assis Gonçalves Neto, de “retirada às avessas”⁶¹. Na exclusão, o sócio não demonstra vontade de sair da sociedade. Pelo contrário, é dela expelido contra a sua vontade ou sem a participação dela, enquanto que na retirada é a manifestação de vontade do sócio, se fundada em alguma divergência relativa a uma alteração contratual, quando limitada a sociedade, ou pura, se simples a sociedade, que determina o desligamento.

No entanto, comungam estes dois meios de desligamento da sociedade na questão do valor reembolsado no momento em que o sócio é excluído ou se retira. Nas duas situações, há apuração de haveres, com proporcional redução do patrimônio da sociedade, respondendo a sociedade pelo valor a ser reembolsado. E há, também, necessária redução do capital social, na proporção da participação que o sócio retirante ou excluído nele tinha.

7.5 – Retirada e renúncia

Há, ainda, um caminho mais simples para o sócio que intuir abandonar o empreendimento. Trata-se da renúncia, à qual tem ele acesso a qualquer momento, pois ela independe de qualquer pressuposto, bastando para tanto a manifestação de interesse do sócio, com ou sem modificação contratual.

Renúncia é “a manifestação da vontade de sair da sociedade sem dela nada receber a título de haveres”, na qual o sócio “abdica do *status socii*”⁶².

⁶¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, v. 1, p. 279.

⁶² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, v. 1, p. 280.

Suas quotas passam a pertencer à própria sociedade e, portanto, esta não tem um desfalque patrimonial, não tendo que promover redução de seu capital social.

Ela vem tratada no Código Civil de 2002 como causa de perda da propriedade, consoante se nota no texto do artigo 1.275, inciso II. Logo, é prerrogativa que tem todo proprietário renunciar ao objeto da propriedade a seu bel prazer, sem que, em princípio, alguém se possa opor.

Mas que não se a enxergue como um meio de conquistar a irresponsabilidade plena em relação à sociedade, pois o sócio que renuncia continua responsável por certas obrigações assumidas quando tinha *status* de sócio, v. g., a integralização do capital social, caso existam quotas pendentes de pagamento por qualquer sócio e faltar à sociedade ativos para o adimplemento de obrigações assumidas (trata-se da responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital social).

7.6 – Direito de retirada nas sociedades anônimas

Se no tocante às sociedades limitadas o direito de retirada é visto com destacada amplitude (como a retirada imotivada do Código Comercial, art. 335, n. 5), quando o tema é sociedades anônimas a descapitalização, fruto do recesso, nunca foi vista com bons olhos pelo legislador e pela literatura jurídica.

Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, compreende ser ilimitado o direito de retirar-se nas sociedades limitadas, enquanto que o direito de alienação das participações societárias pode ser limitado. Nas sociedades anônimas, por outro lado, crê ser ilimitado (ou com raras limitações) o direito de alienar participações, enquanto que o direito de recesso fica adstrito às hipóteses legais. Ou seja, nas sociedades anônimas “a lei procura facilitar a negociação e restringir a retirada”.⁶³

Destoa-se, nestas páginas, da visão que afirma que não se limita a retirada nas sociedades limitadas, pelas razões que se expenderá oportunamente, mas fica destacado o caráter restrito deste direito nas corporações.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 298.

Um ano depois da promulgação da Lei nº 6.404/1976, Wilson de Campos Batalha já avançava na necessidade de restrição, asseverando que dissidência não bastava, sendo necessária a prova do interesse legítimo e do prejuízo resultante da deliberação da assembléia⁶⁴, pois se este direito “é norteado pelos propósitos mais elevados de proteger as minorias contra as arbitrariedades da maioria”, não pode “constituir-se em fonte de abusos e locupletamentos”⁶⁵.

O direito de recesso vem tipificado em *numerus clausus* na Lei das Companhias, pois se trata “de caso de estrita *tipicidade* legal”⁶⁶. O artigo 137 remete a um rol de hipóteses do artigo 136, mais especificamente as dos incisos I a VI e IX, sendo que em outros pontos da Lei também se põem fatos jurídicos que ensejam o recesso. À luz disto, Fábio Ulhoa Coelho⁶⁷ faz elenco de onze hipóteses: I) criação ou aumento de classes existentes de ações preferenciais; II) em uma ou mais das classes de ações preferenciais, a modificação de preferências, vantagens relativas ao resgate e à amortização, bem como a criação de uma classe com maiores favorecimentos; III) diminuição do dividendo obrigatório; IV) incorporação, fusão ou participação da companhia em grupo societário; V) mudança de objeto social da companhia; VI) ocorrência de cisão; VII) transformação da sociedade anônima em sociedade limitada; VIII) operações societárias resultantes no fechamento da companhia; IX) incorporação de ações; X) desapropriação que conduza à transferência de controle acionário para o Poder Público; XI) compra do controle acionário por companhia aberta, quando condicionada a aprovação da assembléia geral, se o valor pago pelo controle for maior do que o limite legal.

Ademais, entende-se possível a inserção de criação de novas hipóteses por via convencional, o que se considera recesso convencional, mas “desnaturaria a sociedade por ações eventual cláusula que permitisse o recesso

⁶⁴ CAMPOS BATALHA, Wilson de. *Op. Cit.*, p. 645.

⁶⁵ *Idem*, p. 646.

⁶⁶ MACHADO, Rubens Approbato. **Obra citada**, p. 48 Sentencia ainda o autor: “Inexistindo o tipo, inexistente o direito; não há a possibilidade de uma integração analógica (...) É a lei quem diz em quais casos a dissidência gera o direito de recesso” (*Idem*, *ibidem*).

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso*, p. 300-303.

ad nutum, com a subsequente redução do capital”⁶⁸. Estando presente, tal cláusula estaria eivada de ilegalidade.

Presente qualquer dos pressupostos mencionados, sejam legais, sejam convencionais (desde que não contrários à lei), tem direito de recesso o acionista que não aprova, seja por não comparecer à assembléia, seja por comparecer e reprovar ou se abster.

Note-se que, malgrado presente elenco restrito, todas as discussões em torno costumam ser para ainda maior redução e interpretações sempre restritivas, por ciência de quão deletéria é a retirada para a continuidade dos negócios. Inegável que, pelo porte das sociedades que se organizam nos moldes da anônima, é natural que exerçam atividades de empresa com maior impacto social, o que justifica maior preocupação com sua continuidade, mas não legitima, por outro lado, despreocupação a ponto de, no outro pólo, ocupado por empresas pequenas e médias, admitir-se uma retirada *irrestrita*, apenas porque o impacto social da derrocada de uma delas seja comumente menor do que o de uma sociedade anônima.

Mesmo que se conceba um regime *restrito* de retirada também para as limitadas, as hipóteses certamente guardam maior amplitude do que as das anônimas. Tudo com o fito de impedir que, perante uma retirada sem restrições, razões vis possam promover o fim de uma empresa, com conseqüências para todos que a ela se coligam, o que inclui desde sócios remanescentes até trabalhadores e, por que não, os próprios consumidores.

É com esta mentalidade que se abordará, no tópico seguinte, o direito de retirada estritamente vinculado às sociedades limitadas.

⁶⁸ CAMPOS BATALHA, Wilson de. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, p. 644.

8. DIREITO DE RETIRADA NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Delineado o direito de retirada desde a sua aparição, no sistema italiano de 1882, passando por sua assimilação pelo direito nacional, tanto nas sociedades limitadas quanto nas anônimas e nas então sociedades civis (hoje sociedades simples), cabe um afunilamento, com vistas a tratar dele especialmente no que tange as sociedades limitadas, ainda que, não raro, abordagens das outras sociedades se façam necessárias para um melhor enquadramento da matéria.

Procurar-se-á demonstrar, no curso deste capítulo, quais as normas que efetivamente se aplicam quando o tema é retirada e o âmbito é aquele das sociedades limitadas, tratando da posição mais recorrente na doutrina, que é a que vê uma manutenção do velho mecanismo da dissolução parcial, mas com novo fulcro, já que o antigo 335, n. 5, do Código Comercial já foi revogado, e buscando estabelecer um novo delineamento, mais restrito e mais adequado ao atual regime constitucional.

E dizer que uma interpretação melhor se coaduna com a ordem constitucional vigente é dizer que ela atende à função social da propriedade, em especial a propriedade dos meios de produção, sempre alerta à preservação da empresa, caminho para a dignidade humana (quando atende à sua função social) e a realização do pleno emprego, duas aspirações eleitas pela Constituição Federal.

8.1 – Retirada e o Novo Código Civil

O Código Civil de 2002 alterou o regime. Enquanto que antes se adotava dois diplomas, o Decreto nº 3.708 e o Código Comercial, o novo modelo tem diploma único, o da Lei n, com trato basicamente nos artigos 1029 e 1077, um no capítulo das sociedades simples (espécie de parte geral), outro no das sociedades limitadas.

E a modificação no edifício legislativo exige que se responda a uma pergunta. Persiste a dissolução parcial referente à retirada? A não repetição do 335, n. 5, do Código Comercial indica que não. A dissolução parcial passa a ter outros contornos, que não os de retirada voluntária.

O artigo 1.029, por exemplo, está inserido em seção cujo título é “Da resolução da sociedade em relação a um sócio”. O artigo 1.077, por sua vez, é parte da seção “Das deliberações dos sócios”. Quando trata da dissolução, o Código não repete, no rol de incisos do artigo 1.033, que a sociedade se dissolve por vontade de um dos sócios, se for celebrada por tempo indeterminado.

Em suma, o próprio arranjo normativo indica a ausência de uma cláusula geral de retirada, a partir da promoção de uma parcial dissolução, como indiscutivelmente presente no regime anterior. Tem-se, pelo contrário, duas normas-chave.

Primeiramente, a do artigo 1.029, referente às sociedades simples, cujo enunciado normativo diz que além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias. Se determinado o prazo, faz-se necessária prova da justa causa.

No capítulo dedicado às sociedades limitadas, no entanto, a retirada vem tratada no artigo 1.077, a segunda norma-chave, que permite ao sócio retirar-se quando: I) houver modificação do contrato; II) fusão da sociedade; III) incorporação de outra ou dela por outra. Trata-se de enunciado normativo do qual se depreende norma equivalente à do artigo 15 do Decreto nº 3.708: pode retirar-se o sócio que dissentir de alteração no contrato social.

À luz destes dois excertos legais, algumas questões se põem. Faria o artigo 1.029 exatamente o papel que o artigo 335, n. 5, do Código Comercial? Se a resposta for positiva, o regime permanece inalterado, ainda com o advento do Novo Código. Se negativa, há um novo regime, mais restrito, à luz do disposto no artigo 1.077.

Regime este que, quiçá, fora o escopo do legislador durante a elaboração do decreto que regulou as sociedades limitadas até o início do século.

Desiderato, porém, cerceado pela acolhida, pela doutrina e pela jurisprudência, da aplicação do capítulo tratante da dissolução no Código Comercial, o que conduziu a, pura e simplesmente, olvidar-se a regra específica e pouco vantajosa (ao que queria retirar-se) da legislação das sociedades limitadas, em nome de uma que proporcionava um recesso seguro, indiscutível, independente de qualquer requisito.

No entanto, como em 1919, o legislador de 2002 reitera: a modificação do contrato social garante ao sócio que com ela não aquiescer o direito de retirar-se. E uma vez mais, como nos idos do início do século XX, age-se como se nova mudança não há. Uma vez mais há, ao menos para a grande maioria da doutrina, uma cláusula geral, vantajosa e sem qualquer exigência além da simples manifestação de vontade do retirante, convivendo com outra, específica, não vantajosa.

Contudo, a atual imagem do direito infraconstitucional é assaz diversa daquela que se tinha há quase uma centena de anos. Hoje se impõe uma leitura constitucional da legislação, a constitucionalização do direito privado. Destarte, torna-se imperativa a leitura do Código Civil com as lentes da Constituição.

Muito embora não tenha a Carta Magna tratado especificamente do recesso, não se pode negar que ele traz conseqüências severas para a sociedade empresária e, conseqüentemente, para a empresa, na medida em que é um promotor de descapitalização e, promovendo a redução do capital direcionado ao exercício da atividade organizada para produção ou circulação de mercadorias ou serviços, põe em risco a sua continuidade, isto é, põe em risco a empresa.

Ora, quanto à extinção da empresa a Constituição de 1988 não ficou silente, eis que impôs ao ordenamento certas aspirações, como aquela pelo pleno emprego, como impôs o exercício da propriedade à luz de sua função social (do que decorre a funcionalização do próprio exercício da empresa e o anseio de sua preservação), que têm direta relação com o exercício do direito de retirada.

Destarte, é pela ciência dos efeitos produzidos pelo exercício do recesso e, a partir disto, a verificação de quais deles melhor se coadunam ao sistema constitucional, que se terá respostas mais consistentes em relação ao regime aplicável ao direito de retirada nas sociedades limitadas (como nas simples e nas anônimas, já que a nenhuma cabe esquivar-se do crivo da Constituição).

Em suma, há três destaques em relação ao direito de desligamento qualificado pela apuração de haveres que merecem ser feitos a partir do Novo Código: I) tem por normas centrais os artigos 1.029 e 1.077; II) deve ser lido como parte de um direito privado constitucionalizado; e III) por ser parte de um direito privado que vai além do Código que o positiva, não deve ser apenas posto no compartimento estanque do *dever-ser*, mas deve ser interpretado tendo em vista os efeitos que produz na esfera do *ser*, considerada a compatibilidade destes efeitos com a Constituição.

Feitas estas considerações, ter-se-á nos tópicos seguintes a análise do regime aplicável à retirada nas sociedades limitadas e a fundamentação da sua escolha.

8.2 – Artigo 1.029 e as sociedades simples

O artigo 1.029 do Código Civil vem sendo invocado como cláusula geral de retirada, tal como se invocada o artigo 335, n. 5, do Código Comercial, antes da sua revogação, no tocante à dissolução parcial, cujos efeitos coincidiam com os do recesso.

Assim o vê, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho, que afirma a aplicabilidade do artigo às sociedades limitadas com prazo indeterminado, já que, por força do princípio da autonomia da vontade, “ninguém pode ser obrigado a manter-se vinculado contra a sua vontade, por tempo indefinido”⁶⁹. E, também nas com prazo determinado, seria aplicável no tocante à justa causa, que se provada

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**, p. 102.

conduz à retirada, mas por decisão judicial, nunca por simples manifestação unilateral de vontade.⁷⁰

Entretanto, a interpretação mais adequada, tanto à luz dos limites da suplência (*caput* do artigo 1.053, de que se tratará mais detalhadamente no item 8.4, *infra*) quanto da hermenêutica mais harmonizada com os princípios constitucionais (função social dos meios de produção e preservação da empresa, com trato amplo no item 8.9, *infra*), considera-o aplicável apenas às sociedades simples e demais sociedades cuja disciplina legal tenha sido omissa em relação ao direito de retirada.

Porém, ainda que inaplicável às sociedades limitadas, o artigo 1.029 merece certas considerações, em especial para avaliar a idéia da amplitude aparentemente ilimitada de sua abrangência.

Para tanto, cabe recordar, em primeiro lugar, que se classifica uma sociedade como contratual ou institucional para fins de, caso se a considere fruto de um contrato, poder-se a ela aplicar princípios vigentes em relação aos contratos em geral.

E dentre os princípios contratuais merece destaque o da boa-fé, que constitui verdadeira cláusula geral, aplicável a qualquer negócio jurídico bilateral, estando ou não nele explícita. Diz-se, aliás, que a boa-fé paira sobre o contrato tanto na contratação, quanto na execução e “no encerramento do contrato, em momento pós-eficaz da avença, mantendo as partes a lealdade de sigilo e a cooperação”.⁷¹

Logo, deve-se considerar a ampla aplicabilidade do princípio em relação ao *iter* contratual, da pré-formação até o momento pós-eficaz, sendo “indiscutível em todos os momentos da relação contratual, desde o seu nascimento até após a sua vontade, sem que, para tanto a lei necessite manifestar de forma expressa”.⁷²

Estas observações são de suma pertinência para as sociedades simples quando se tem em vista que, ao contrário de suas antecessoras no

⁷⁰ Idem, p. 103.

⁷¹ NALIN, Paulo. **Do Conceito Pós-Moderno de Contrato**, p. 133.

⁷² Idem, p. 135.

ordenamento pátrio, as sociedades civis, para elas não mais se exige boa-fé, explicitamente, no texto normativo que trata da retirada.

Nas ditas sociedades civis, como mencionado quando do esboço histórico do direito de retirada (item 7.1, *supra*), o artigo que se referia à retirada dizia que ela só produziria a dissolução da sociedade se fosse feita de boa-fé. Por dissolução, aqui, entenda-se também a parcial.

Como não houve a repetição da exigência, poder-se-ia alegar que não mais se atrela o exercício da retirada, nas simples, à boa-fé. Todavia, os excertos citados dão nítida imagem de que a interpretação sistemática pede a manutenção da exigência, uma vez que, como dito, não se exige que o requisito se apresente explicitamente no enunciado normativo. É como constasse no contrato que rege a sociedade, cláusula geral que é (e, como visto, entendendo-se à própria resolução contratual), tratando de esclarecer que sequer nas sociedades simples se admite uma retirada sem quaisquer restrições, que dizer então das sociedades limitadas, que usualmente têm maior participação nas cadeias sociais, tanto como produtoras ou prestadoras de serviço, quanto como empregadoras.

Quanto às hipóteses de má-fé, não há artigo equivalente ao antigo artigo 1.405, que trazia breve elenco. Trata-se muito mais de uma apuração de se a boa-fé está presente, o que se deve fazer nos moldes que se dá ao conceito no direito hodierno, de cujas delimitações, definições e divergências escapa-se, aqui, por não ser este o escopo desta análise. Basta, para os fins deste estudo da retirada, que se afirme a necessidade de boa-fé, de modo que se afaste a idéia de retirada irrestrita até se simples a sociedade for.

8.3 – Artigo 1077 e as sociedades limitadas

Estabelecido que o artigo 1.029 aplica-se às sociedades simples, não às limitadas, tem-se no artigo 1.077 a base legal do direito de retirada nas sociedades limitadas. E tal direito se limita à ocorrência, na dicção da lei, de modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra ou incorporação dela por outra.

Primeiramente cabe salientar que o rol de hipóteses contempla uma, mais geral, que abarca as outras duas. Tanto fusão quanto incorporação exigem modificação do contrato social, portanto não se fazia necessário mencioná-las como hipóteses específicas, já que se mencionou as modificações em geral como fato gerador do direito de retirada.

Portanto, ao contrário do direito de retirada do artigo 1.029, que tinha por fundamento o direito contratual no que se refere ao rompimento do vínculo nos contratos acordados por prazo indeterminado e, nas sociedades constituídas com prazo determinado a justa causa, o direito de retirada das sociedades limitadas é fundado “na divergência do sócio quanto a alguma *modificação do contrato social* produzida pela maioria, independentemente de seu prazo de duração ser determinado ou indeterminado”⁷³

Ao prever as modificações em geral, aliás, tem-se no artigo 1.077 a abrangência, também, da hipótese ventilada no artigo 1.114, que fala em direito de retirada se o contrato social autorizar a transformação da sociedade por maioria, dispondo, assim, de forma contrária à daquele artigo, que prevê que a transformação depende do consentimento de todos os sócios.

Na seqüência, o enunciado normativo acrescenta que o direito de retirar-se da sociedade existirá pelos 30 dias posteriores à reunião em que se decidiu pela modificação.

E, por fim, houve referência à aplicação do contrato social antes vigente (ou seja, anterior à modificação) ou, então, ao artigo 1.031, no tocante à liquidação das cotas. Aquele artigo traz que, exceto se em contrário dispuser o contrato social, a liquidação dar-se-á com base na situação patrimonial da sociedade na data da resolução, que deverá ser apurada em balanço levantado especialmente para este fim (sobre a apuração de haveres do sócio retirante, ver item 9, *infra*).

Ora, será qualquer modificação do contrato social apta ao ensejo do direito de retirada?

⁷³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*, p. 372.

Também merece abordagem a possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé.

Diferentemente do artigo 1.404 do Código Civil de 1916, que tratava do contrato de sociedade, nem o artigo 1.029 nem o artigo 1.077 mencionam a boa-fé como requisito para que o sócio se retire. Muito menos descem à minúcia de dar indicativos de má-fé, como fazia o artigo 1.505 do Código Civil revogado.

Todavia, remetendo ao que se disse quando tratando da boa-fé como requisito da retirada nas sociedades simples, tem-se nas sociedades limitadas caso idêntico. Seu ato constitutivo também tem natureza contratual e, assim, submete-se aos princípios gerais do direito dos contratos, dentre os quais tem destacada aplicação o princípio da boa-fé. Como se aduziu no item anterior, não se faz necessária a menção expressa de que o contrato a ele se deve submeter, visto tratar-se de verdade cláusula geral.

8.4 – A questão das duas sociedades limitadas

O artigo 1.053 prevê que, nas omissões do capítulo que trata das sociedades limitadas (Capítulo IV), ter-se-á regência pelas normas das sociedades simples, ou seja, as normas dos artigos 997 a 1.038 do Código Civil. Seu parágrafo único, porém, faculta que no contrato social conste previsão de regência supletiva das normas das sociedades anônimas, o que conduz à aplicação da Lei das Sociedades por Ações, no que for omissivo o Código entre os artigos 1.052 e 1.087.

Disto se depreendeu singular interpretação do direito de retirada. Não se trata de afirmar que sempre se aplica o artigo 1.029 às sociedades limitadas, nem de afirmar que jamais se aplica. Trata-se, isto sim, de vislumbrar no sistema duas sociedades limitadas: a regida supletivamente pelas sociedades simples e a regida supletivamente pela legislação das sociedades anônimas.

À primeira, aplicar-se-ia o artigo 1.029. À segunda, não. Ou seja, regendo-se a sociedade limitada pelo *caput* do artigo 1.053, tem-se sociedade limitada cuja disciplina da retirada dá-se à luz da retirada nas sociedades simples,

ou seja, irrestrita. No entanto, se os sócios, no contrato social, optarem pelas normas das sociedades anônimas como subsídio para preenchimento de lacunas, ter-se-á limitada com as restrições típicas do recesso nas Sociedades por Ações.

Isto, na visão de José Virgílio Vita Neto⁷⁴, porque o institucionalismo das sociedades anônimas tocara as limitadas e, sendo característica das instituições a permanência, o ordenamento jurídico daria guarida a esta continuidade, que superaria, em matéria de colisão de princípios, a autonomia privada. Conseqüentemente, aos sócios destas limitadas não será dado retirar-se a qualquer tempo (nos termos do artigo 1.029). As regras das sociedades anônimas “diminuem a relevância da relação contratual existente entre os sócios”⁷⁵, o que possibilitaria a vedação da retirada livre ainda que a sociedade fosse contratada por tempo indeterminado.

A construção do autor parte da premissa de que o direito contratual impede o vínculo perpétuo, logo, sem a sobredita institucionalização, o caráter contratual vede restrições à retirada. Todavia, como abordamos *supra*, não há verdadeira perpetuidade de vínculo simplesmente por se tipificar as hipóteses de retirada, já que há renúncia.

Ademais, é preciso que se dê a devida atenção aos enunciados normativos. A cabeça do artigo 1.053 fala em omissões. Logo, a aplicação supletiva das regras das sociedades simples, por exemplo, pressupõe a existência de lacuna na disciplina própria das sociedades limitadas. Ora, o artigo 1.077 disciplina a retirada nas sociedades limitadas. Se disciplina, lacuna não há. Sem lacuna, desaparece o pressuposto para a aplicação das normas supletivas.

Esclarecedoras as palavras de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que lembra haver “regra específica dispondo sobre o direito de retirada na sociedade limitada de modo diverso daquele enunciado no disciplinamento das sociedades simples”⁷⁶, asseverando também que o artigo 1.077 “não faz distinção entre espécies de sociedade limitada para aplicar-se, exclusivamente, a uma delas”⁷⁷.

⁷⁴ VITA NETO, José Virgílio. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil, **RDM**, p. 226.

⁷⁵ Idem, *ibidem*.

⁷⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 373.

⁷⁷ Idem, *ibidem*.

Assim, malgrado a criatividade da solução, a ausência de omissão torna impraticável a distinção de regimes de retirada a partir da legislação complementar aplicável, se a das simples ou das anônimas.

8.5 – Contrato social e direito de retirada

Exposto o tratamento legal do direito de retirada, impende que se verifique até que ponto há disponibilidade, entre as partes, para que acerca dela disponham as partes no contrato social.

Primeiramente, cabe avaliar se possível é que as partes ampliem o rol de hipóteses na celebração do contrato social ou em modificações posteriores.

Na abordagem *en passant* da retirada nas sociedades anônimas, já se mencionou a possibilidade de inserção de novas hipóteses no contrato social em se tratando delas, com a ressalva de que retirada livre, *ad nutum*, seria incompatível com a legislação.

Em se tratando de Sociedades Anônimas, a doutrina admite a ampliação do rol tanto pelo estatuto quanto pela própria assembléia, já que tal direito visa à proteção dos minoritários, sendo perfeitamente possível admitir sua expansão.⁷⁸

Destarte, se naquele modelo societário em que tal direito é mais restrito, admite-se que se o expanda também nas sociedades limitadas, historicamente mais ricas em hipóteses de retirada do que as anônimas.

Afinal, como o anseio do direito de retirada é a proteção dos sócios minoritários, nada impede que novas hipóteses sejam aventadas e consolidadas no instrumento do contrato social. Entretanto, tanto quanto nas sociedades anônimas, a concepção de uma retirada *irrestrita* também soa incompatível com as sociedades limitadas, já que, se por um lado parece a melhor forma de proteger os sócios minoritários, por outro é inepta ao atendimento do anseio social constitucionalizado de preservação da empresa.

⁷⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, v. 2, p. 133.

Outra questão que se põe é a da possibilidade de renúncia prévia do direito de retirada.

Tomado o direito de retirada como restrito à ocorrência das hipóteses do artigo 1.077, ou seja, limitado às hipóteses de modificação do estatuto social, surge a questão das modificações já previstas no contrato social. Ora, se já na constituição da sociedade havia a meta de, por exemplo, promover modificação posterior, poderá, ainda assim, retirar-se o sócio?

Túlio Ascarelli, tratando das sociedades por ações mas com observações perfeitamente aplicáveis às sociedades limitadas (já que representam ampliação do rol de hipóteses, o que, se possível nas sociedades por ações, ainda mais nas sociedades limitadas) aventa-se duas hipóteses⁷⁹. A primeira é a da previsão contratual, no entanto sem maiores especificações quanto ao momento e as condições da modificação. Neste caso, resta possível o direito de retirada, caso o sócio retirante tenha oposto alguma ordem de discordância, apesar de ter concordado, em tese, no momento da constituição da sociedade, com a modificação futura. Contudo, se o ato constitutivo já prevê as condições e o momento da modificação, por ter oferecido sua anuência naquela ocasião, descaberia ao sócio o direito de retirar-se, porque sua aquiescência prévia exclui a dissidência, requisito da retirada.

Tem-se hipótese legal no tocante à transformação. É a hipótese do artigo 221, parágrafo único, da Lei das Sociedades por Ações, que diz que os sócios podem renunciar, no contrato social, ao direito de retirada no caso de transformação em companhia.

Abordando aquele dispositivo, Alfredo de Assis Gonçalves Neto aduz que só seria possível renunciar ao direito de recesso depois do seu nascimento, sendo o caso do artigo 221, em verdade, não renúncia real e sim supressão expressa de direito, que quer evitar que o sócio inviabilize a transformação da sociedade.⁸⁰

⁷⁹ ASCARELLI, Túlio, Sociedade por Ações – Retirada do Acionista Dissidente, **Revista Forense**, p. 20.

⁸⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, v. 2, p. 132.

8.6 – Momento da retirada

Impende que se indague também em que momento a retirada é considerada consolidada, para fins tais como o momento específico a ser considerado na apuração de haveres, bem como o próprio termo *a quo* para a responsabilidade do sócio, que persiste por dois anos após o exercício do recesso.

Nas sociedades regidas pelo artigo 1.029 do Código Civil há dois regimes, de acordo com a determinação ou indeterminação do prazo. Quando o prazo é determinado, os efeitos só se produzem com a sentença que reconhece a justa causa, sendo necessário pedir antecipação de tutela para que o momento coincida com o da propositura da ação.⁸¹

Se indeterminado o prazo, tem-se, a partir do momento em que a retirada é solicitada, direito potestativo que é, a contagem da dilação do prazo legal de 60 dias. Findo o prazo, o sócio é considerado desligado da sociedade.

Nas sociedades limitadas o direito de retirada nasce quando ocorrida alguma modificação do contrato social. Dada a modificação, a exteriorização da vontade do sócio já basta para que o vínculo se rompa e, como a definição do “montante a ser reembolsado é *decorrência* do fim do vínculo contratual”, o que leva à conclusão de que pressupõe o fim do vínculo, tão logo a sociedade receba “a declaração escrita do sócio de que está exercendo seu direito de recesso, desfazem-se os vínculos societários que o envolviam”.⁸²

Assim, logo que o sócio solicita a retirada, dentro do prazo de 30 dias mencionado pelo artigo 1.077, considera-se que está desligado da sociedade, havendo apenas um condicionamento da eficácia a uma deliberação social posterior que desfaça a alteração, nos termos do artigo 137, § 3, da Lei das Companhias, aplicável às sociedades limitadas. Se a deliberação mantiver a modificação, o direito de retirada é exercido considerando-se a data da solicitação, não a da confirmação da modificação.

⁸¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 244.

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 436.

8.7 – Prazo para o exercício

Consoante o artigo 1.077 do Código Civil, a partir da reunião que tomou a decisão autorizadora da retirada, o sócio tem 30 dias para o seu exercício. Este prazo não tem a natureza de pré-aviso, como tem o de 60 dias do artigo 1.029, aplicável às sociedades simples. Trata-se de verdadeiro “lapso temporal para o exercício do direito de retirada em razão de configurar-se uma cláusula legal”.⁸³

A natureza do prazo é decadencial, logo não se admite suspensão ou interrupção, sendo a ausência do exercício causa de desaparecimento do direito. Outrossim, é preciso destacar que o artigo indigitado estabelece como termo inicial a data da reunião, não a data de registro da alteração, como quiçá se possa inferir. O sócio convocado que não comparece tem o dever de tomar ciência do que foi discutido. Se não tomar providências neste sentido e se der o termo final, não pode invocar o desconhecimento em seu favor para conseguir elastecimento.

Ademais, tem-se no prazo norma cogente, portanto insuscetível de alteração, para mais ou para menos, pelo contrato social.⁸⁴

8.8 – Limitação da retirada enquanto violação do princípio da liberdade de associação

Alguns arautos da retirada sem amarras vêm em inciso do rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil um óbice às restrições. Apontam como obstáculo constitucionalizado o disposto sobre liberdade de associação, onde se diz que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX).

⁸³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 375.

⁸⁴ Idem, *ibidem*.

No entanto, a Constituição quis cuidar, especificamente, das associações, não das sociedades, dois institutos jurídicos com distinções bem estabelecidas.

Ora, o sócio que se retira de uma associação não leva dela parcela do patrimônio. Simplesmente desliga-se dos seus quadros como, nas sociedades, o sócio que renuncia.

Há na doutrina posições diversas, como a de Pontes de Miranda⁸⁵, que tratou do princípio à luz da Constituição de 1967, entendendo que há associações várias, dentre elas aquelas com finalidade econômica, compartimento em que se encaixariam as sociedades comerciais. Naquele diploma, assegurava-se a liberdade de associação para fins lícitos, aduzindo-se que nenhuma associação poderia ser dissolvida sem decisão judicial. Não havia cláusula análoga à do artigo 5º, XX, porém ainda que se a interprete presente como corolário natural do princípio da liberdade de associação, ainda assim é mais adequado interpretar as sociedades comerciais como sendo subordinadas ao que a Constituição dispõe quando se dedica à ordem economia.

Compreendendo de modo diverso, como adverte Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por questão de coerência, ter-se-ia nas restrições ao direito de retirada referentes às sociedades anônimas normas não recepcionadas pela Constituição de 1988, algo que “orça pelo absurdo, porquanto não é possível que alguém possua o direito de prejudicar a sociedade, dela exigindo desembolso capaz de por em risco o empreendimento”.⁸⁶

No entanto, não há quem duvide da recepção de tais dispositivos pelo atual modelo constitucional. E, do mesmo modo que o inciso XX nada tem a dizer sobre sociedades anônimas, nada acrescenta à legislação das sociedades limitadas, sendo um equívoco a tentativa de aplicá-lo às limitadas como se o aplica às associações.

Ainda, porém, que se considere aplicável o inciso indigitado, é preciso rememorar que não se compele o sócio a permanecer na sociedade, pois

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 604 e ss.

⁸⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições*, p. 131.

sempre titular do direito de renúncia, inerente ao direito de propriedade. Logo, se interessado em desligar-se da sociedade, pode fazê-lo tão logo queira.

8.9 – Retirada, função social e preservação da empresa

De que o exercício do direito de retirada é apto a causar instabilidade aos negócios societários ninguém duvida. Tanto seu exercício ameaça a salubridade da empresa que não deve ser reconhecido quando ela passa por processo de recuperação judicial.⁸⁷

Vedada para não obstar a convalescença de uma empresa, por que seria permitida como livre, irrestrito, inexorável, potestativa, quando a empresa caminha bem, se pode comprometer-lhe a continuidade?

Alfredo de Assis Gonçalves Neto adverte que é necessária atenção para se tomar as devidas precauções para obstar, na medida do possível, que a utilização da retirada “ponha em risco a existência da própria sociedade”.⁸⁸ Lembra também quando os negócios vão bem, o direito raramente é cogitado, mas que passa a ser cogitado tão logo a sociedade empresária mergulhe numa crise. Ou seja, quer-se a retirada justamente quando a sociedade mais tem necessidade da manutenção de seu patrimônio intacto, para preservar a atividade empresarial.

⁸⁷ Neste sentido, Carlos Alberto Farracha de Castro, *Op. cit.*, p. 29: “(...) não reconhece ao sócio de sociedade em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, mesmo que inexista regra específica, uma vez nessas condições o instituto do direito de recesso é contrário ao sistema e, portanto, inaceitável”. O autor, a propósito, recorda a opinião de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. In: CASTRO, Rodrigo P. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 106-107): “Não há como reconhecer ao sócio de sociedade em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, pois a admissão desta possibilidade afetaria a eficácia da recuperação almejada não somente pelos credores, mas pelos empregados, pelos demais sócios e pela comunidade em geral na qual determinada empresa atua. De um lado estaria um indivíduo ou um grupo de pessoas objetivando um benefício particular, de outro, uma comunidade diferenciada a ser negativamente afetada pelo insucesso definitivo da empresa. Mesmo que não houvesse restrição legislativa ao recesso (por não constar de uma das hipóteses específicas encontradas na lei [o autor trata aqui das S/A], tal instituto seria contrário ao sistema e, portanto, inaceitável”.

⁸⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 374.

Arremata, enfim, que na “intempérie, o marinheiro tem de auxiliar a manter o barco em seu rumo; o máximo que se lhe permite é abandoná-lo, jamais sair dele levando parte de sua estrutura, porque aí o naufrágio será inevitável”.⁸⁹

Aqui é esclarecedor o cotejo deste ponto de vista com um princípio especulativo externado por Max Gunther, em seu *Axiomas de Zurique*. Trata-se do axioma da esperança, que em síntese diz que se o barco começar a afundar, deve-se abandoná-lo⁹⁰. Ora, assumir o livre retirar-se é ensejar a aplicação especulativa do direito de retirada (a tão massacrada indústria do recesso), com todos os efeitos funestos que o lucro especulativo tem para qualquer sistema econômico.

E tamanha é a preocupação com o direito de retirada prejudicar o empreendimento que se considerou, no Brasil, mecanismo presente no direito italiano, a deliberação assemblear condicionada, no artigo 137, § 3º. Foi conclusão a que chegou a Comissão de Direito de Empresa na IV Jornada de Direito Civil, que foi promovida pelo Conselho da Justiça Federal, exposta nos seguintes termos (enunciado 392):

Nas hipóteses do artigo 1.077 do Código Civil, cabe aos sócios delimitar seus contornos para compatibilizá-los com os princípios da preservação e da função social da empresa, aplicando-se, supletiva (art. 1.053, parágrafo único) ou analogicamente (art. 4º da LICC), o art. 137, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, para permitir a reconsideração da deliberação que autorizou a retirada do sócio dissidente.⁹¹

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰ GUNTHER, Max. **Os Axiomas de Zurique**, p.

⁹¹ Disponível em <www.justicafederal.gov.br>. Acesso em 10/10/2007.

9 – REEMBOLSO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS

Eis que, considerado presente o direito de retirar-se e sendo ele exercido, o sócio passa a ter direito ao valor das suas participações na sociedade. Idem em se tratando de exclusão, falência ou incapacidade, por exemplo.

E, neste ponto, a disciplina das sociedades limitadas coincide com a das sociedades simples, por expressa remissão do artigo 1.077 ao artigo 1.031, caso silente o contrato social, em seu conteúdo anterior à modificação, no que se trata do pagamento do valor das quotas.

O artigo 1.031 aduz que, quando a sociedade se resolve em relação a um sócio, o valor da quota dele será liquidado, exceto se houver disposição do contrato social apontando em diversa direção, tomando por base a situação patrimonial da sociedade no momento da resolução, que deverá ser apurada em balanço realizado com este escopo.

Por liquidação de cotas, expressão importada do Código Civil Italiano, entende-se “liquidação parcial do patrimônio social para satisfazer o sócio em relação ao qual ocorre o rompimento do vínculo societário”⁹², seja por retirada, por exclusão ou falecimento. Liquida-se o que necessário for para que se pague ao sócio que se desliga aquilo que lhe é de direito.

Distingue-se a liquidação da apuração de haveres, já que esta “limita-se à determinação do valor da participação”, enquanto que aquela “tem por fim transformar os direitos patrimoniais abstratos de sócio em prestação pecuniária exigível”.⁹³

O retirante é credor da apuração de haveres, o que não significa que também o seja de alguma prestação pecuniária, visto que, uma vez realizada esta apuração, verificar-se-á se o patrimônio é igual, superior ou inferior às dívidas, recebendo o sócio um montante apenas se for superior.

Caso seja inferior, o sócio ainda pode ser responsabilizado em duas circunstâncias. A primeira, se o capital social ainda não tiver sido integralizado, permanecendo a responsabilidade do que se retira pela integralização, como

⁹² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 251.

⁹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, p. 312.

prevê o artigo 1.052. A segunda, caso o seu aporte de capital (seja para constituição, seja para aumento do capital social) tenha sido realizado em bens e o sócio tenha superestimado o seu valor, respondendo o sócio pela exata estimativa solidariamente com os demais sócios até o prazo de cinco anos, nos termos do artigo 1.055, § 1º.

A legislação anterior quedava quase silente acerca da estipulação dos haveres. Rompiam tal silêncio apenas o artigo 15 do antigo decreto que regulamentava as sociedades limitadas, ao lado do artigo 668 do Código de Processo Civil de 1939. O primeiro dizia que o reembolso seria feito na proporção do último balanço aprovado e o segundo aduzindo que se não ocorresse total dissolução da sociedade, apurar-se-ia apenas os haveres do sócio retirante (ou falecido), pagando-se de acordo com o estabelecido no contrato social, em convenção ou em sentença.

O Código Civil de 2002, porém, na parte final do já citado artigo 1.031, ordenou que se leve em conta “o montante efetivamente realizado pelo sócio”, tomando-se “por base a situação patrimonial da sociedade, à data do evento, em balanço especialmente levantado”.⁹⁴

Destaque-se que neste balanço devem ser considerados tanto os bens materiais como os bens imateriais componentes do patrimônio da sociedade.

Quanto ao fundo de comércio, antes, quando o hoje desligamento de sócio era visto como dissolução parcial da sociedade, dizia-se que ele não podia ser parte do montante do reembolso, visto que na dissolução parcial o sócio recebia o que receberia caso a dissolução fosse total.⁹⁵

Acerca disso, Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁹⁶ prefere não firmar posicionamento *a priori*, crendo ser imprescindível a abordagem, em cada caso, dos fatores que sugerem ou não a inserção do fundo no montante a ser reembolsado. Quando a relação se dá diretamente entre o sócio e o cliente, caso das sociedades de advogados, em que o “que vale é a relação de confiança, que

⁹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, p. 313.

⁹⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 255.

⁹⁶ Idem, *ibidem*.

não decorre da organização, mas da qualificação e da competência profissionais”⁹⁷.

Isto posto, há ainda outra questão. Ao se considerar que a apuração de haveres determina o valor da participação, é imperativo que se tenha em mente que tal valor é oscilante no tempo. Mais do que isso: os sócios comumente divergem do valor a ser reembolsado, o que conduz a longas discussões judiciais.

Assim, é necessário determinar qual o momento a ser considerado para a aferição deste montante. E o momento adequado é o do recebimento da manifestação do exercício do direito de retirada, a fim de que se apure o valor a reembolsar.⁹⁸

Isto, se por um lado priva o sócio de lucros auferidos pela sociedade depois do pedido de retirada, por outro o protege dos prejuízos eventuais e também do risco de se promover depredação do patrimônio da sociedade pelos sócios remanescentes.

Todavia, se concluída a ação em que se discute o valor das quotas e tal valor, em sentença transitada em julgado, for superior ao ativo da sociedade (o que só pode ocorrer se presente decréscimo patrimonial entre o momento do requerimento da retirada e o da prolação da sentença), dever-se-á responsabilizar subsidiariamente os sócios remanescentes pelo reembolso.⁹⁹

Impende, ainda, expender considerações acerca do efeito da liquidação da quota no capital social.

O capital social deve ser reduzido na proporção da quota que foi liquidada. No entanto, caso queiram, os sócios remanescentes podem suprir o valor da quota, repondo o que foi pago ao retirante.

Por fim, apurado os haveres e liquidada a cota, a sociedade assume perante o sócio a obrigação de pagar-lhe, em pecúnia, o valor a que ele tem direito, sendo o inadimplemento passível de execução por quantia certa. Claro que, querendo as partes, pode-se acordar no sentido da recepção em bens daquilo que em dinheiro se deve, configurando-se dação em pagamento. E, enfim,

⁹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Sociedade de Advogados**, p. 154.

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 436.

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 436.

quanto prazo, findo o processo de apuração de haveres, inicia-se contagem do prazo de 90 dias, dentro do qual a sociedade deve efetuar o pagamento, sendo tal prazo passível de reconfiguração contratual, bem como a forma de pagamento, “preservando os interesses sociais e suavizando a repercussão que o cumprimento dessa obrigação pode causar no andamento dos negócios da sociedade”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, p. 256.

10 – CONCLUSÃO

O exercício do direito de retirada tem implicações severas na continuidade da atividade empresarial, por promover desfalques patrimoniais não raro severos. Ademais, posta a própria condição de escassez de crédito, não se pode vestir antolhos e observar o fenômeno apenas a partir do retirante, mas também da sociedade e daqueles a ela vinculados.

Como ameaça a empresa, seu exercício colide com o princípio da preservação da empresa, corolário da função social da propriedade dos bens de produção e da busca do pleno emprego. Destarte, impera que se o interprete restritivamente.

E interpretá-lo restritivamente significa não admitir o seu uso irrestrito, ou a promoção de efeitos equivalentes a partir da dissolução parcial da empresa.

Assim, nas sociedades limitadas a interpretação constitucionalmente mais adequada é aquela que propugna que o direito de retirada (ou recesso) só é cabível nos casos do artigo 1.077 do Código Civil, ou seja, só é possível retirar-se da sociedade quando houver modificação do contrato social com a qual não concorde o sócio retirante. É esta dissidência o pressuposto fático para o exercício deste direito.

Contra esta conclusão não cabe opor a liberdade de associação, visto que o sistema resguarda a renúncia como caminho para o sócio que se encontre descontente com os rumos que a sociedade tem tomado. Logo, o sócio não ficaria preso à sociedade, não havendo, portanto, violação à sobredita liberdade fundamental. Ademais, parece mais adequado compreender que o inciso indigitado se refere às associações, cabendo às sociedades os dispositivos tratantes da ordem econômica na Constituição.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Oscarino. **Princípio da preservação da empresa como norma de Direito Tributário.** Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/trib/2tributario280806.htm>>. Acesso em 27/06/2007.

ASCARELLI, Túlio. Sociedade por Ações – Retirada do Acionista Dissidente. **Revista Forense.** ANO XL, Volume XCVI, Fascículo 484. Outubro de 1943.

AULETTA, Giuseppe. SALANITRO, Niccolò. **Diritto Commerciale.** 9ª ed. Milão: Giuffrè, 1994.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** V. 2. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **A sociedade limitada no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial.** V. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** ANO XXVIII, nº 75, julho-setembro/1989.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes: verdades para o nosso tempo.** Trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: Sociedade Anônima.** 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Lições de Direito Societário.** 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Direito de Empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Sociedade de Advogados**. 3ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2005.

_____. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá, 1998.

GUIMARÃES, Leonardo. Exclusão de Sócio em Sociedades Limitadas no Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. ANO XLII, nº 129, janeiro-março/2003.

MACHADO, Rubens Approbato. Sociedade por ações – Incorporação, fusão e cisão – Direito de retirada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXX, nº 82, abril-junho/1991.

MARTINS, Fran. **Novos Estudos de Direito Societário**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Direito de empresa no novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Volume I, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

ROCHA, João Luiz Coelho da. O Novo Código Civil e a Retirada de Sócios nas Limitadas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLII, nº 131.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, [sd].

STZAIN, Rachel. O Direito de Recesso nas Sociedades Comerciais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXVII, nº 71, julho-setembro de 1988.

VITA NETO, José Virgílio. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. ANO XLII, nº 130, abril-junho/2003.