FERNANDO AUGUSTO SPERB

O DIREITO DE RECESSO SOB UMA INTERPRETAÇÃO VOLTADA À PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UM CONFRONTO COM O DIREITO ITALIANO

CURITIBA

2004

FERNANDO AUGUSTO SPERB

O DIREITO DE RECESSO SOB UMA INTERPRETAÇÃO VOLTADA À PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UM CONFRONTO COM O DIREITO ITALIANO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

CURITIBA

2004

Sperb, Fernando Augusto

O direito de recesso sob uma interpretação voltada à preservação da empresa: um confronto com o direito italiano / Fernando Augusto Sperb; Universidade Federal do Paraná. – 2004.

ix, 205 f.

Orientador: Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Dissertação (mestrado) – Direito / Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

1. Direito comercial. 2. Sociedades comerciais - Legislação. 3. Empresas - Legislação. I. Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. II. Universidade Federal do Paraná. III. Título.

CDD 20. ed. 346.07

ERRATA

FOLHA	LINHA	ONDE SE LÊ	LEIA-SE
vi	1	Brasileria	brasileira
22	22	trata-se-ia	tratar-se-ia
29	11	se dê uma extensão indesejada a presente seção	que se dê uma extensão indesejada à presente seção
37	8	Iferentes	diferentes
41	2 do rodapé	constitucionaism,	constitucionais,
41	4 do rodapé	conexionam com o direito de igualdade	conexionam com o direito de igualdade"
53	13	"por exemplo, vendas **no** por preço";	"por exemplo, vendas por preço";
99	6, 7, 8	"Enquanto vigorar a aplicabilidade às limitadas das normas relativas às sociedades simples, não se vislumbra razão que justifique a impossibilidade de incidência da faculdade contemplada no art. 1.029 às sociedades limitadas".	A citação é de FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. **Dissolução parcial...**, p. 31;
103	5, 6	(considere-se, nesse exemplo, percentual do capital social superior a 75%),	(considere-se, nesse exemplo, percentual do capital social **igual ou** superior a 75%);
107	23	admitir a extensão da responsabilidade da sociedade, para os sócios,	admitir a extensão da responsabilidade da sociedade, para os administradores
111	6	Com efeito, como já exposto na seção 3.4.,	Com efeito, como já exposto nas seções 4.3. e 4.4,
120	16	*"derogabile."*	*"derogabili."*
138	4	compete aos sócios que não tenham consentido[300]	compete aos sócios que não tenham consentido"[300]
154	6	rodapé número 323)	rodapé número 322)
168	8	conforme dispõe o parágrafo segundo seu artigo	conforme dispõe o parágrafo segundo **do** seu artigo
178	18	Será por intermédio da insersão	Será por intermédio da **inserção**;
179	14, 15, 16, 17	O aumento do capital social com o reaproveitamento de lucros acumulados e destinados para tanto por deliberação anterior e unânime dos sócios poderá gerar, igualmente, o direito de recesso do sócio, mesmo que esse subscreva e integralize (com o lucro acumulado) a proporção das cotas que tinha direito.	O aumento do capital social com o reaproveitamento de lucros acumulados e destinados para tanto por deliberação anterior e unânime dos sócios poderá gerar, igualmente, o direito de recesso do sócio, mesmo que **se possibilite que ele** subscreva e integralize (com o lucro acumulado) a proporção das cotas que tinha direito, **isso porque se tratará de nova deliberação, passível, portanto, de recesso**."; e
182	6	contrato social em por	contrato social por

SPERB, Fernando Augusto. **O direito de recesso sob uma interpretação voltada à preservação da empresa**: um confronto com o direito italiano. Curitiba, 2004. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO AUGUSTO SPERB

O DIREITO DE RECESSO SOB UMA INTERPRETAÇÃO VOLTADA À PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UM CONFRONTO COM O DIREITO ITALIANO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Departamento de Direito Privado - UFPR

Prof. Dr[a]. Márcia Carla Pereira Ribeiro
Departamento de Direito Privado - UFPR

Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França
Departamento de Direito Comercial - USP

Curitiba, 30 de setembro de 2004

À minha amada e companheira Mariana,
por toda a sua compreensão
pelo tempo que para ela não tive durante
a redação deste trabalho,
pela sua dedicação, paciência e,
acima de tudo,
amor que por mim dispensa.

Aos meus pais, Camilla e Rodolfo,
que tudo sempre fizeram para nada me faltar,
de quem guardo e nutro o mais profundo orgulho
e o mais eterno amor
e a quem devo a possibilidade
de alcançar meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas que me ajudaram para que aqui chegasse e não posso deixar de agradecê-las.

Devo iniciar com o Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, meu orientador, a quem muito devo pelo aprendizado e por ter me deixado descobrir meus próprios valores e conceitos. Agradeço, também, a Prof. Dr[a]. Márcia Carla Pereira Ribeiro, pelo seu dedicado auxílio durante o mestrado.

No plano familiar, à minha amada avó Antonia Sessa; aos meus diletos irmãos, André, Alexandre e Paulo; aos meus queridos tios Nella, Franco e Fábio; aos meus sogros, Rosane e Nelson, que além de agirem como verdadeiros pais para mim, souberam compreender com muito humor as minhas justificadas ausências nos almoços de final de semana; à delicada Camila, ao disciplinado Rodrigo e ao divertido Guilherme, queridos cunhados.

Meu sincero agradecimento aos meus sócios, Alceu, André e Alceu Neto, que além de serem excelentes amigos e companheiros, me deram apoio e cobertura para a realização de um sonho (e também de uma necessidade para o presente trabalho), que foi a minha viagem para Milão, para estudo e pesquisas sobre o tema por mim abordado.

Meu muito obrigado à fiel e brilhante advogada Lúcia Helena Cachoeira, que muito me auxiliou em debates e análises de doutrina e jurisprudência, além da sua atenta revisão deste trabalho. Agradeço, ainda, à advogada Talita Ramos, que com sua visão atualizada do Direito muito contribuiu em discussões que tivemos sobre o tema.

Ao Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha, meu maior incentivador para o aprofundamento dos meus conhecimentos acadêmicos; amigo eterno e sempre à disposição.

Aos amigos e professores Cristina Menichino, Andrea Vicari, Andrea Tina e Elisabetta Codazzi, que durante a minha estada em Milão me acolheram com muito respeito e simpatia, auxiliando-me a encontrar as respostas às minhas indagações acerca do Direito italiano. Aos Professores Doutores Francesco Denozza, Emanuele Rimini e Alessandra Daccò, meu profundo agradecimento pela acolhida, orientação e verdadeira ajuda que me deram.

SUMÁRIO

RESUMO vii
ABSTRACT viii
RIASSUNTO ix
1 INTRODUÇÃO 1
2 NATUREZA DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE LIMITADA 5
2.1 DEBATE HISTÓRICO E POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS 5
2.2 EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA ITALIANAS 15
2.3 CONCLUSÃO PARCIAL 23
3 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA NOVA ORDEM ECONÔMICA E JURÍDICA E A FUNÇÃO DO ESTADO PARA A SUBSITÊNCIA DO ENTE PRODUTIVO 26
3.1 INTRODUÇÃO: A EMPRESA, A SOCIEDADE E A PERSONALIDADE JURÍDICA 26
3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA 30
3.2.1 A Empresa na Sociedade Capitalista 30
3.2.2 Origem e Evolução da Função Social da Empresa 31
3.2.3 Uma Análise Legislativa da Função Social da Empresa 39
3.3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL 49
3.4 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA 58
3.5 CONCLUSÕES 67
3.5.1 Algumas Considerações Adicionais à Atuação do Estado no Setor Privado 67
3.5.2 A Preservação da Empresa como Princípio Doutrinário e Jurisprudencial Frente à Dissolução Total da Sociedade 70
4 O DIREITO DE RETIRADA NA SOCIEDADE LIMITADA: A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA 76
4.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS: CONCEITO DE DISSOLUÇÃO, LIQUIDAÇÃO E EXTINÇÃO SOCIETÁRIA 76
4.2 O CARÁTER PERSONALISTA E CAPITALISTA DA SOCIEDADE LIMITADA 78
4.2.1 A Sociedade Personalista e a Capitalista no Direito Italiano 80
4.2.2 A Natureza da Sociedade Limitada no Direito Brasileiro 85
4.3 RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE A SOCIEDADE DE PESSOAS E A SOCIEDADE DA CAPITAL PARA O DIREITO DE RETIRADA 89

4.4 O DIREITO DE RETIRADA NA SOCIEDADE LIMITADA BRASILERIA: UMA INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LEI 93
4.5 O DIREITO DE RETIRADA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS 111
4.6 O DIREITO DE RETIRADA NA *SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA* ITALIANA 122
4.6.1 Premissas e Evolução Histórica do Instituto na Legislação Italiana 122
4.6.2 Natureza do Direito de Recesso 127
4.6.3 Autonomia "Estatutátia" na Società a Responsabilità Limitata (S.R.L.) Italiana 136
4.6.4 Algumas Considerações Gerais sobre o Recesso na Italia: Conclusões 143
4.7 O RECESSO E A "DISSOLUÇÃO PARCIAL" NO BRASIL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 5º, INCISO XX): UM CONFRONTO COM O DIREITO ITALIANO 146
4.7.1 A "Dissolução Parcial" no Código Civil de 2002: Apuração de Haveres 146
4.7.2 O Princípio Constitucional da Liberdade de Associação (art. 5º, inc. XX da Constituição Federal de 1988) 156
4.8 O RECESSO NA SOCIEDADE COM DOIS SÓCIOS 161
5 O DIREITO DE RETIRADA VISTO SOB UM PRISMA SISTEMÁTICO: CONCLUSÕES GERAIS 167
5.1 UM PANORAMA GERAL SOBRE O DIREITO DE RECESSO NO BRASIL E NA ITÁLIA: ALGUNS APONTAMENTOS NECESSÁRIOS E PRÉVIOS ÀS CONCLUSÕES GERAIS 167
5.2 UMA POSSIBILIDADE (OBRIGAÇÃO) LEGISLATIVA 178
5.3 UMA NECESSIDADE INTERPRETATIVA (JUDICIAL) 183
5.4. CONCLUSÃO FINAL 195
REFERÊNCIAS 199

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do direito de recesso nas sociedades limitadas, após a introdução do Código Civil de 2002. Pretende-se analisar o tema por intermédio de uma interpretação sistemática e não isolada do artigo 1.077 do Código Civil, para que o direito de retirada se preste não só para a harmonização dos interesses dos sócios, mas, especialmente, para se preservar a empresa. Previamente à verificação do instituto do recesso, examina-se a natureza do ato constitutivo da sociedade limitada, avaliando-se as teorias contratualistas e institucionalistas, para se concluir que efetivamente há a formação de um órgão autônomo e distinto das pessoas dos sócios. Em um segundo momento, o presente trabalho demonstra a necessidade de preservação desse órgão e da sua atividade comercial, dando especial enfoque à função social da empresa e à função do Estado como agente regulador da ordem econômica, a fim de viabilizar a preservação da empresa. Essas constatações permitem que no presente trabalho se passe a enfrentar o direito de recesso, demonstrando como as naturezas personalíssima e capitalista da sociedade limitada podem modificar a compreensão do instituto da retirada. Como fonte de orientação, examina-se o direito de retirada na Sociedade Anônima e, especialmente, o recesso no direito italiano, notadamente na sociedade limitada daquele país, já que a experiência italiana pode orientar o direito brasileiro, considerando que a unificação do direito privado naquele país ocorreu por intermédio do seu Código Civil de 1942, tal como ocorreu no Brasil por meio do nosso Código Civil de 2002. Assim como no Brasil em 2002, o *codex* italiano de 1942 disciplinou a sociedade limitada e, inclusive, o direito de retirada. O direito italiano nos dá subsídios para entender que se deve privilegiar a autonomia estatutária e se restringir o recesso imotivado, muito embora atualmente aquele país admita a retirada independentemente de motivo, com as ressalvas estabelecidas em Lei. Conclui-se com essa análise, que o Poder Legislativo pode ou deve ajustar os interesses dos sócios à preservação da empresa, mediante a edição de regra que permita maior autonomia estatutária, mantendo a proteção dos minoritários, sem admitir amplo exercício do direito de retirada. Ao Poder Judiciário compete interpretar o sistema societário e do Código Civil, à luz dos princípios constitucionais e da *ratio legis* que se extrai desses sistemas, sempre em vista da preservação da empresa. Com isso, permitir-se-á uma maior estabilidade jurídica das empresas, sem o uso indiscriminado da chamada "dissolução parcial" da sociedade por vontade unilateral do sócio.

Palavras-chave: Direito; Retirada; Preservação; Empresa.

ABSTRACT

The objective of this piece of work is to study the right of withdrawal of limited companies, following the introduction of the Civil Code in 2002. The topic will be analyzed via a systematical interpretation, and not isolated, of article 1.077 of the Civil Code, so that the right to withdraw is not only given to harmonize the interests of the partners, but also, and especially, to preserve the company. Following the verification of the recess institute, the nature of the constitutive act of the limited company will be examined, evaluating the contractual and institutional theories, so as to effectively conclude the formation of an organ being autonomous and distinct from the partners. At a later point, the necessity to preserve this organ and its commercial activity will be demonstrated, with special attention being given to the social function of the company and the function of the State as a regulatory agent for economic order, so as to make the preservation of the company feasible. The verifications show how the extreme personalized and capitalist nature of a limited company can modify the understanding of the withdrawing institute. As a source of orientation, the right of withdrawal from a Business Corporation will be examined, and especially, the withdrawal according to Italian law, notably in limited companies from that country, as the experienced obtained from Italy may orientate Brazilian law considering that the unification of business law in Italy took place via its Civil Code of 1942, such as that occurring in Brazil by means of our Civil Code of 2002. Therefore, as in Brazil in 2002, the Italian *codex* of 1942 disciplined the limited company and also the right of withdrawal. Italian law gives us subsidies, so as to understand that the statutory autonomy must be privileged and restrict unmotivated withdrawal, even though if at the present time withdrawal is allowed by that country independent to the motive, with the exception of that stated by Law. This analysis concludes that the Legislative may - or should - adjust the interests of partners so as to preserve the company, by means of publishing rules that allow for better statutory autonomy, maintaining the protection of minority parties, without admitting full practice of the right of withdrawal. The Judiciary Power should interpret the company system and that of the Civil Code, in the light of constitutional principles and that of *ratio legis* that is drawn out from these systems, so as to maintain the preservation of the company at all times. Therefore, the juridical stability of companies would be improved, without the indiscriminate use of the so-called "partial dissolution" of the company via the unilateral willingness of the partner.

Key-words: Law; Withdrawal; Preservation; Company.

RIASSUNTO

Il presente lavoro ha per scopo lo studio del diritto di recesso nelle società a responsabilità limitate, dopo l'introduzione del Codice Civile di 2002. Si vuole analizzare il tema a partire da un'interpretazione sistematica e non isolata dell'articolo 1.077 del Codice Civile, perché il diritto di recesso serva non soltanto per armonizzazione degli interessi dei soci, ma specialmente, per preservarsi l'impresa. Prima della verifica dell'istituto del recesso, si studia la natura dell'atto costitutivo della società a responsabilità limitata, esaminando le teorie contrattualiste e istituzionaliste, per concludersi che effettivamente vi è la formazione di organo autonomo e distinto dalle persone dei soci. In un secondo momento, il presente lavoro dimostra la necessità di preservazione di questo organo e della sua attività commerciale, sottolineando la funzione sociale dell'impresa e la funzione dello Stato come agente regolante dell'ordine economico, affinché renda possibile la preservazione dell'impresa. Queste constatazioni permettono che si passi ad affrontare il diritto di recesso, dimostrando come le nature personalissima e capitalista della società a responsabilità limitata possono modificare la comprensione dell'istituto del recesso. Come fonte di orientamento, si verifica il diritto del recesso nella Società per azione e, specialmente, il recesso nel diritto italiano, noto nella società a responsabilità limitata di questo paese, poiché l'esperienza italiana può orientare il diritto brasiliano, considerando che la unificazione del diritto privato in Italia è accaduto attraverso il suo Codice Civile di 1942, così come è successo in Brasile mediante il nostro Codice Civile di 2002. Così come in Brasile nel 2002, il *codex* italiano di 1942 ha disciplinato la società a responsabilità limitata ed anche il diritto di recesso. Il diritto italiano ci offre sussidi per capire che si deve privilegiare l'autonomia statutaria e restringersi il recesso immotivato, sebbene oggi in Italia si ammetta il recesso indipendentemente da motivo, con le riserve stabilite in Legge. Si conclude con questa analisi, che il Poter Legislativo può - o deve - conformare gli interessi dei soci alla preservazione dell'impresa, attraverso la regolazione che permetta una più grande autonomia statutaria, mantenendo la protezione dei minoritari, senza ammettere ampio esercizio del diritto di recesso. Al Poter Giudiziario spetta interpretare il sistema societario e del Codice Civile, alla luce dei principi costituzionali e della *ratio legis* che si ricava da questi sistemi, sempre guardando la preservazione dell'impresa. Con questo, si permetterà una maggiore stabilità giuridica delle imprese, senza l'uso indiscriminato della cosiddetta "dissoluzione parziale" della società secondo la volontà unilaterale del socio.

Parole chiavi: Diritto; Recesso; Preservazione; Impresa.

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o legislador acabou por unificar grande parte do direito privado, tal como ocorreu na Itália em 1942. Disciplinou-se, com isso, parte do direito societário até então normatizado por micro-sistemas[1] independentes entre si, unificando-se boa parte do chamado Direito de Empresa no Livro II do Código Civil de 2002. As sociedades anônimas, no entanto, permanecem sendo regidas pela Lei 6.404/76, conforme artigo 1.089 do Código Civil de 2002.

Por evidente, o direito de recesso nas sociedades disciplinadas pelo novo Código Civil, foi por ele normatizado. Contudo, lamentavelmente incidiram algumas imprecisões que acabaram por deixar lacunas que deverão ser preenchidas pela doutrina e jurisprudência, ao longo do tempo e durante a aplicação do novo ordenamento.

Embora esteja prevista a exclusão, retirada e falecimento de sócio, o legislador deixou de estabelecer a possibilidade da genérica dissolução parcial por vontade unilateral do sócio que pretende se despedir dos vínculos sociais. Isso torna ainda mais relevante a análise e o preenchimento da lacuna interpretativa deixada em relação ao direito de recesso ou retirada.

Outra situação que necessita melhor abordagem diz respeito à real natureza da sociedade limitada, frente às características capitalistas e pessoais que pode apresentar. A repercussão que essa análise pode gerar para o direito de recesso foi muito pouco explorada pela doutrina nacional, que acabou por se ater às conseqüências que esse estudo geraria para o direito de preferência na aquisição das quotas.

---

[1] Como o Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Como o objetivo deste trabalho é analisar o direito de recesso na sociedade limitada, algumas perguntas surgem diante das lacunas ora apresentadas: De que forma deverá se dar a interpretação dos sistemas societários, de direito privado e constitucional, diante do direito de recesso e da necessária preservação da empresa? Como fica a preservação da empresa diante do recesso e da função do Estado como agente regulador da ordem econômica? Diante das normas afetas às sociedades simples e às sociedades anônimas, como fica o direito de recesso na sociedade limitada? Ele pode ser imotivado? A análise das naturezas capitalistas e personalistas das sociedades pode influenciar na interpretação do direito de retirada? Pode alguém ser obrigado a permanecer na sociedade, frente ao que dispõe o inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal? Qual é a verdadeira extensão desse dispositivo constitucional? Qual é a influência e a experiência que o Direito italiano pode trazer para análise do direito de recesso no Brasil?

Essas são algumas questões que serão pontualmente enfrentadas e cujas respostas trazem consigo uma profunda reflexão feita sobre o tema, analisado diante de uma realidade lastreada na nova ordem jurídica mundial e no mundo globalizado, com o objetivo de redefinir o direito de retirada e compatibilizar os princípios da preservação da empresa e da proteção dos minoritários.

Assim, além do Código Civil de 2002 ter trazido ao direito de recesso uma nova configuração, deve-se considerar que a concorrência entre as empresas em nível regional, nacional e global tornou mais importante a aplicação do princípio da preservação da empresa, o que ressalta a complexidade e relevância do tema a ser enfrentado neste trabalho. Observa-se, ainda, que o direito de recesso está diretamente relacionado com a preservação da empresa, já que o desinvestimento a ser feito para o pagamento dos haveres sociais do sócio que se retira pode inviabilizar o prosseguimento das atividades comerciais e econômicas da empresa.

Tendo em vista a construção jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade da dissolução parcial por vontade unilateral do sócio, e diante da

omissão do legislador na sua disciplina, há que se analisar a eventual e provável substituição desse instituto pelo direito de recesso.

Para a obtenção das respostas às indagações feitas acima e para preencher as lacunas apontadas, buscou-se fundamento na doutrina, na jurisprudência e na legislação do Direito italiano, que é o seio de origem do direito de recesso e a base de sustentação da unificação do direito privado no Brasil. Isso faz com que o sistema italiano muito possa contribuir para a compreensão e para a solução da matéria no Direito brasileiro.

Apesar da relevância do tema, ao disciplinar sobre o direito de recesso nas sociedades limitadas, o legislador do Código de 2002 não se preocupou com as hipóteses de retirada nas sociedades anônimas ou nas sociedades simples brasileiras, até para equipará-las em relação à sociedade limitada que, como será visto, é uma sociedade de natureza híbrida.

Sem embargo, sempre que a análise destes tipos societários se mostrou complementar à elucidação do tema, não se olvidou em trazê-las à lume no presente trabalho.

Assim, neste estudo parte-se de duas análises distintas, porém complementares: a primeira diz respeito à natureza do ato constitutivo da sociedade limitada, pela qual se objetiva compreender o seu caráter contratual e institucional; a segunda visa o estudo da função social da empresa e a função do Estado na preservação do ente ou do órgão. O somatório dessas duas análises viabiliza o início da quarta seção deste trabalho, que diz respeito ao direito de retirada na sociedade limitada e a necessidade de preservação da empresa. Durante essa análise, impõe-se a verificação da influência do Direito italiano, do direito de retirada nas sociedades anônimas e simples brasileiras e da natureza capitalista e personalista das sociedades.

Após esse confronto, conclui-se com a abordagem que se imagina que deva ser dada pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário em relação ao direito de recesso, exclusivamente na sociedade limitada. Quanto ao Poder Judiciário, parte-se

do pressuposto de que a legislação não se altere, o que torna necessária a compreensão sistêmica do juiz, ao decidir o caso concreto.

Essas abordagens implicarão a reavaliação de alguns clássicos conceitos[2], o que não será uma tarefa fácil, mas como dizia Bertrand Russell[3], o advogado da transformação tem uma tarefa bem mais difícil que o advogado da conservação e da ordem.

Todo o esforço aplicado na execução deste trabalho e as profundas reflexões feitas, decorrem de um desejo incessante de buscar um melhor enquadramento da disciplina em prol das empresas e, por conseqüência, do progresso do setor privado brasileiro, o que implicará no crescimento e no desenvolvimento de toda uma nação. Esse anseio, porém, não se justifica no ideal da transformação, nem no conservadorismo daqueles que temem a modificação, mas sim no ideal patriota do cidadão brasileiro e no ideal do estudioso que crê que a compreensão e a reflexão importarão na consecução dos anseios sociais e democráticos. Será na análise daqueles que se dedicarem ao estudo do tema que se encontrará a resposta do acerto ou desacerto deste autor.

---

[2] Como o da criação do instituto da "dissolução parcial" por vontade unilateral do sócio.

[3] RUSSELL, Bertrand. **Education and the social order**. 7th impr. London: Allen & Unwin, 1967. p. 13.

2 NATUREZA DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE LIMITADA

2.1 DEBATE HISTÓRICO E POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

É de extrema relevância a análise da natureza do ato constitutivo da sociedade limitada[4], mesmo que isso possa parecer uma tarefa um tanto quanto enfadonha. Entretanto, pode-se dizer que o tema é o pano de fundo ou a base que sustentará as críticas que adiante serão feitas às inovações introduzidas no Livro II, da Parte Especial, do novo Código Civil e fundamentará as soluções que neste trabalho serão expostas.

Diversos doutrinadores enfrentaram a questão, preocupando-se, na maioria das vezes, em definir, justificar e explicar os elementos formadores da sociedade, os quais caracterizariam a natureza do "contrato social" ou do "negócio jurídico".

A expressão "contrato social", adotada para denominar-se o ato constitutivo das sociedades limitadas, bem demonstra a natureza contratual utilizada no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, a exemplo da doutrina italiana, a legislação nacional - antiga e atual - adotou a chamada teoria contratual para justificar a natureza do ato constitutivo da sociedade, denominando-o de contrato, conforme arts. 13 e 17 do Decreto 3.708/19[5], art. 1.363 do Código Civil de 1916 e, no atual Código Civil (2002), art. 981, art. 1.053, parágrafo único, art. 1.054, etc.

---

[4] Essa denominação foi adotada pelo novo Código Civil (Lei 10.406 de 10/01/2002), modificando a antiga expressão: "sociedade por quotas de responsabilidade limitada".

[5] Embora o artigo 2º do Decreto 3.708/19 faça referência ao título constitutivo da sociedade e não ao contrato, ele se reporta aos revogados artigos 300 a 302 do Código Comercial, os quais regulavam o título constitutivo. Nesses dispositivos, o legislador foi explícito ao utilizar a expressão contrato.

A teoria contratualista pura se desenvolveu na doutrina e jurisprudência italianas (muito embora a Itália tenha adotado a teoria institucionalista em muito dos seus julgados nas décadas de 80 e 90[6]) e pressupõe a relação contratual como vinculante apenas entre os sócios. No contratualismo radical o interesse dos sócios é tratado como hierarquicamente superior ao interesse social e defende-se a existência de uma contraposição de interesses entre os sócios, para justificar a natureza contratual do ato constitutivo da sociedade.

Em oposição à concepção contratual desenvolvida pelos italianos, os alemães criaram a teoria institucionalista, a qual se baseou na origem de uma instituição não redutível aos interesses dos sócios. A teoria institucionalista penetrou no Brasil por intermédio da Lei das Sociedades Anônimas, pela qual se institucionalizaram os poderes e deveres dos sócios, em prol das minorias acionárias.

Definindo a instituição, Maurice Hauriou[7] afirmou que se trata de uma "organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um igual equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito."

Outras teorias anticontratualistas surgiram, tais como as teorias do ato complexo e do ato coletivo, para as quais as manifestações de vontade na constituição da sociedade são convergentes. No ato complexo as vontades se fundiriam em uma só, perdendo a individualidade, enquanto que no ato coletivo as vontades se uniriam para uma finalidade comum.

---

[6] Conforme dados colhidos no periódico **Giurisprudenza Commerciale**, Milano: Giuffrè Editore, desse período, e conforme atesta a jurisprudência comentada na subseção 2.2. desta seção.

[7] HARIOU, Maurice. **Teoria dell'instituzione e della fondazione**. Tradução para o italiano de Widar Cesarini Sforza. Milão: Giuffrè, 1967. cap. 1, p. 5 et seq. e cap. 6, p. 171 et seq. apud GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 56.

Otto Von Gierke[8] sugere outra teoria anticontratualista, denominando-a de *teoria do ato corporativo*, pela qual desconsidera-se a declaração de vontade individual dos sócios. Válida seria a declaração conjunta de todos eles, considerada uma só, caracterizando, dessa maneira, uma manifestação antecipada do novo ente.

O impasse parecia sem solução, já que os institucionalistas reconheciam a empresa com um fim em si mesma[9] e entendiam que o ato constitutivo não se tratava de um contrato, o qual, pela sua natureza, pressupõe interesses contrapostos, bilateralidade de obrigações e não possibilitaria o nascimento de um ente desvinculado de seus sócios.

Tullio Ascarelli, no entanto, propôs uma nova teoria, contrapondo-se às afirmações institucionalistas e a algumas contratualistas, enfrentando-as pontualmente para afirmar que:

a) no ato constitutivo da sociedade há sim interesses contrapostos, já que cada sócio tem seu interesse individual que, direta ou indiretamente, diverge do interesse dos demais;
b) o ato constitutivo da sociedade é uma subespécie dos contratos plurilaterais e estes pressupõem a participação de mais de uma parte no *contrato* pelo que se forma uma organização, que terá por objetivo a obtenção de um fim comum.

---

[8] GIERKE, Otto Von. **Natural law the theory of society 1500 to 1800**. Trad. inglês Ernest Baker. Cambridge: Cambridge University Press, 1950. v.1, cap. 18, p. 184 et seq.

[9] Segundo NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. **Conflito de interesses nas assembléias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993. p. 23: "A mais conhecida teoria institucionalista é a teoria da *Unternehmen na sich* (empresa em si), denominação criada justamente por um dos detratores de Rathenau".

Ascarelli[10] retoma a concepção contratual, esclarecendo que:

> a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior.

Embora desenvolvida em um panorama distinto do atual, sem dúvida nenhuma a teoria do contrato plurilateral é uma das que mais se aproxima da realidade econômica e empresarial - principalmente no Brasil, que não admite a limitada unipessoal - tanto é que recebeu a adesão de vários autores nacionais de peso, tais como Fábio Konder Comparato, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, José Waldecy Lucena, Mauro Rodrigues Penteado, Fábio Ulhoa Coelho e tantos outros.

Referindo-se à sociedade anônima, o primeiro afirma veementemente que:

> Porfiamos em reproduzir, até hoje, como matéria de alta indagação, a caduca disputa sobre a natureza jurídica da sociedade anônima, entre as teorias contratualista e a institucionalista, sem levarmos em conta o fato óbvio de que os empresários, em todo o mundo e desde há muito, não aguardaram a solução dessa luta acadêmica para criar, por meio de negócios plurilaterais (outra noção ausente no citado projeto de Código Civil), organizações societárias que funcionam independentemente da renovação das declarações de vontade de seus fundadores e mesmo sem que estes continuem a fazer parte da sociedade[11].

Assis Gonçalves, por sua vez, assevera que:

> Ao que se observa, é a teoria do contrato plurilateral a mais adequada para determinar a natureza do ato constitutivo da sociedade e das relações que surgem entre ela e cada um de seus sócios ou entre ela e terceiros.[12]

---

[10] ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 272.

[11] COMPARATO, Fábio Konder, em aula inaugural proferida em 1991, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e publicada sob o título *Função Social do Jurista no Brasil Contemporâneo*, na **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 86, n.138, 1991.

[12] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 58.

Segundo a visão deste último, a teoria do contrato plurilateral justifica a constituição de um sujeito de direito distinto daqueles que o constituíram, com patrimônio e vontade próprios para atuar na ordem jurídica como novo ente, ou novo órgão.

No entanto, Dylson Doria[13] entende que tanto na teoria plurilateral quanto na bilateral, admite-se a natureza contratual do ato constitutivo da sociedade.

Explorando uma teoria que em seus objetivos muito se assemelha à do contrato plurilateral, Calixto Salomão Filho[14] passa a esclarecer o que denomina *teoria do contrato-organização*[15].

No entanto, antes de definir o que seria a *teoria do contrato-organização*, ele utiliza o exemplo da sociedade unipessoal[16] para demonstrar a fragilidade das teorias tradicionais contratualistas e a necessidade de mudança do enfoque analítico.

Com efeito, esclarece que na sociedade unipessoal o interesse social tem de ser definido de modo abstrato, distinguindo-o do interesse do sócio único e da causa do contrato social. Contudo, no contratualismo tradicional o contrato social é criador de vínculos apenas entre os sócios, exacerbando o interesse destes, assim, a relação jurídica não subsistiria na hipótese do desaparecimento ou da inexistência de pluralidade de sócios.

Constata-se, dessas críticas, que também a teoria do contrato plurilateral não se prestaria para justificar a origem e a formação da sociedade unipessoal, já que o seu preceito básico é, exatamente, a pluralidade de sócios. Desta forma, a sociedade

---

[13] DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1981-1982. p. 122.

[14] SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 33-35.

[15] Que, para ele, trata-se "de afirmar que o núcleo dos contratos associativos está na organização cirada." (SALOMÃO FILHO, **O novo**..., p. 33).

[16] Que não é objeto deste trabalho.

unipessoal originária[17] não encontraria qualquer amparo na teoria do contrato plurilateral[18].

A afirmação de Calixto Salomão pode ser reforçada pelo autor italiano Aldo Fiale[19], em livro por ele coordenado, quando afirma objetivamente que a definição da sociedade como contrato, porém, não é idônea para compreender o inteiro fenômeno societário, já que o ordenamento reconhece, em determinadas hipóteses, também a sociedade constituída mediante ato unilateral.

Justificando a sua teoria do *contrato-organização* agora sob outro fundamento, Calixto Salomão Filho adverte, com propriedade, que a fase em que o direito societário sentia-se auto-suficiente para analisar a vida empresarial está superada, nascendo e vigorando, hoje, a fase da discussão das relações entre o direito societário, concorrencial e econômico, com ênfase aos efeitos econômicos das regras societárias, o que ele denominou de *análise econômica do direito*.

A *teoria do contrato-organização* passa, assim, a ser formulada com base na *análise econômica do direito*, a fim de que se defina o que é empresa[20]. Assim, Calixto

---

[17] Aquela que é constituída com um só sócio.

[18] Em contrapartida, a sociedade unipessoal encontraria justificativa na doutrina institucionalista (influenciada, sobretudo pela doutrina alemã, do institucionalismo tradicional de Rathenau), por intermédio da criação de órgãos que visam os interesses sociais, e não do sócio. No Brasil a sociedade unipessoal é admitida pelo art. 251 da Lei das Sociedades Anônimas, a qual a denominou de subsidiária integral e, portanto, está sujeita a regramento especial que limita a sua composição acionária; vale dizer, não é qualquer pessoa (física ou jurídica) que pode constituir uma subsidiária integral.

[19] FIALE, Aldo. **Compendio di diritto delle società**. 7. ed. Aggiornata alla riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6). Napoli: Simone, 2003. p. 6. No original: "La definizione della società come contratto, però, non è idonea a ricomprendere l'intero fenômeno societário, poichè l'ordinamento riconosce, in determinate ipotesi, anche società costituite mediante atto unilaterale."

[20] A *empresa* será mais bem conceituada na seção 3, subseção 3.1 deste trabalho.

Salomão conceitua economicamente a empresa[21] como *um feixe de contratos (nexus of contracts)*. Segundo ele, a versão jurídica dessa definição seria que:

> a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contratos, que começam pelos contratos com os sócios e vão desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimo necessários para suprir as necessidades de fundos da empresa.[22]

Com base nisso, afirma ele que é no surgimento de um ente ou de uma organização que se passaria a identificar o contrato social, e não mais no interesse de uma pluralidade de sócios (teoria do contrato plurilateral) ou na autopreservação (teoria institucionalista).

Calixto Salomão Filho resume afirmando que:

> o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve - isso, sim - ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente - e aqui a eficiência é a distributiva, e não alocativa – as relações jurídicas que cria.[23]

Nesse sentido, é interessante notar as observações de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França[24], quando trata da teoria institucionalista da empresa em si, que ressalta, em linhas gerais, a inadmissibilidade da fase extremada do institucionalismo, a qual fazia do sócio (principalmente o minoritário) a verdadeira vítima da teoria da empresa em si.

Para o presente trabalho, a diferença entre a *teoria do contrato-organização* e *do contrato plurilateral* nos parece mais conceitual do que prática, já que ambas

---

[21] Na subseção 3.1 da seção 3 adiante conceitua-se *empresa* e *sociedade*.

[22] SALOMÃO FILHO, **O novo**..., p. 31. Para essa definição, o jurista utiliza os ensinamentos de H. Hansmann, obra **The ownership of enterprise.** Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 18.

[23] SALOMÃO FILHO, **O novo**..., p. 32.

[24] NOVAES FRANÇA, **Conflito de interesses**..., p. 23-26.

obtêm o resultado ora pretendido, que é a demonstração da criação do ente ou do órgão, que passará a coordenar a atividade empresarial/econômica. A teoria do contrato plurilateral, no entanto, não explica a existência da sociedade unipessoal, já que não haveria a plurilateralidade de partes no ato constitutivo da sociedade[25].

Ocorre, porém, que a legislação brasileira permite somente a subsidiária integral, como sociedade unipessoal, o que demonstra que a eventual evolução introduzida pelo *contrato-organização* (que é a admissão de um interesse social abstrato, distinto do interesse do único sócio) não foi acolhida legislativamente, principalmente para as sociedades limitadas. A ausência deste fundamento legal se deve à natureza contratual implantada pelo legislador pátrio.

Todavia, as *teorias do contrato-organização* e *do contrato plurilateral* são de vital importância para se analisar as conseqüências da criação do ente ou do órgão, já que neste trabalho pretende-se explorar as hipóteses que justificam o exercício do direito recesso da sociedade.

Nesse aspecto, torna-se fundamental pontuar e estabelecer que pelo ato constitutivo da sociedade cria-se um ente ou um órgão[26], desvinculado dos interesses dos sócios, passando-se a priorizar o interesse social, independentemente da renovação das declarações de vontade de seus fundadores e mesmo que estes não continuem a fazer parte da sociedade.

Isso se deve à independência entre o ato constitutivo da sociedade e a pessoa jurídica (ente), pois, como afirmou Frè[27] o

---

[25] Neste mesmo sentido, *vide* ISFER, Edson. **Sociedade unipessoal e empresas individuais de responsabilidade limitada.** Curitiba: Juruá, 1996. p. 122-124.

[26] Ente e órgão são expressões utilizadas neste trabalho como sinônimas e que significam, conforme Alfredo de Assis Gonçalves Neto (**Lições de**..., p. 55) "uma pessoa jurídica, em ente, capaz de direitos e obrigações distintos dos daqueles que o constituíram."

[27] FRÈ, **Comentário al codice civile, a cura di scialoja e branca**, 1972. p. 21 apud ISFER, loc. cit., p. 124.

> ato constitutivo é indubitavelmente um contrato desde o momento em que a sociedade é inscrita no registro das empresas, mas, a partir deste momento, o contrato é, por assim dizer, absorvido por um fato novo que é aquele do surgimento da personalidade jurídica societária[28].

Essa definição bem demonstra que não se deve fixar em uma só teoria, seja ela de origem contratual ou anticontratual. Sem a pretensão de se criar uma teoria eclética, mas diante da natureza contratual da legislação nacional, o que se observa é que a *empresa* é sustentada, de forma ficta, por duas colunas, que necessariamente devem existir, sob pena de sua extinção.

Com efeito, uma coluna é formada pelos sócios, que comparecem ao ato constitutivo da *sociedade*. Como conseqüência da formação da *sociedade*, cria-se o ente ou o órgão, caracterizado pelo interesse social, desvinculado dos sócios. Essa organização criada pelo interesse social é a segunda coluna.

Sem a existência de uma das colunas, não surgirá a *empresa*[29], diferentemente da *sociedade*[30], que é a conseqüência da criação, tão somente, da primeira coluna (sócios e vontade de tornarem-se sócios). Ressalte-se, desde logo, que a primeira coluna, formada pelos sócios, ainda sustentará a *empresa*, mesmo que o número de sócios seja reduzido à unicidade, diante da possibilidade de reconstituir-se a pluralidade de sócios no tempo determinado pela lei[31].

---

[28] Isso para as sociedades personificadas.

[29] Caracterizada como sendo uma unidade econômica de produção ou unidade que exerce a atividade econômica/comercial.

[30] Que, segundo Dylson Doria (Curso de Direito Comercial, loc. cit., p. 118) é "a reunião de pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns, no exercício do comércio."

[31] Calixto Salomão Filho, no entanto, fundamenta a possibilidade de prosseguimento e preservação do ente empresarial, mesmo se inexistirem sócios durante determinado tempo. Para tanto, seria necessário admitir-se a possibilidade da sociedade adquirir as quotas de seus sócios, tornando-se a única sócia de si mesma.

Denota-se, assim, que desprezados os conceitos rígidos adotados pelas teorias de origem contratual ou institucional, passam-se a encontrar soluções legais que não estão pré-determinadas e que servirão de amparo para decisões judiciais que visem a preservação não só da empresa e, portanto, da atividade exercida, ressaltando-se aí a preocupação da preservação econômica da empresa, como atividade econômica que é. Nesse aspecto, evidencia-se, por exemplo, a relevância da *teoria do contrato-organização*, cuja origem última é econômica, desvinculada, portanto, de certos preceitos jurídicos que "engessam" o Judiciário para encontrar a solução eficaz para determinados conflitos societários.

Conclui-se, desta forma, que entre as teorias analisadas, a do *contrato-organização* e a do *contrato plurilateral* são as que mais se prestam para auxiliar e fundamentar as conclusões que serão adotadas neste trabalho, partindo-se do pressuposto, repita-se, que o ato constitutivo da sociedade cria um ente ou um órgão, desvinculado dos seus sócios. Não obstante, são essas teorias que mais se aproximam da realidade quotidiana das sociedades.

Nessa concepção, altera-se sobremaneira a forma em que se vê a dissolução total da sociedade, por exemplo, pois não mais se pode falar em mera dissolução do vínculo societário, mas também da dissolução da estrutura organizacional da empresa.

Entendendo-se dessa maneira, viabiliza-se a chamada "dissolução parcial", como gênero[32], com a preservação econômica do órgão ou da estrutura, sem que o antagonismo interno se exteriorize e traga conseqüências econômicas maléficas à firma.

---

[32] Conforme será melhor observado na seção 4, subseção 4.7.

2.2 EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA ITALIANAS

Um bom exemplo de utilização eclética das teorias acima relatadas se encontra em célebre julgado da Corte de Cassação italiana[33].

De fato, em importante decisão[34] que marcou uma nova e recente etapa para o direito italiano em relação às teorias institucionalistas e contratualistas, a Corte de Cassação italiana, em sessão realizada em 26 de outubro de 1995, enfrentou a questão relativa à natureza contratual da sociedade, notadamente sob o prisma das obrigações entre sócios e sociedade, para decidir uma demanda pela qual se objetivava a declaração de nulidade de deliberação social tomada pela maioria dos sócios (70% - setenta por cento), pela qual se definiu pela dissolução total antecipada da sociedade. Vale dizer, nesse caso concreto o sócio remanescente (detentor de 30% do capital social) não foi convocado para deliberar a respeito da dissolução antecipada da sociedade e tal decisão foi tomada em reunião realizada sem a sua presença.

Considerando esses elementos e, ainda, que a dissolução da sociedade não se justificava diante do fato de que a sua atividade comercial estava em pleno exercício segundo as alegações do autor, Giuliano Leprai (sócio minoritário) propôs a ação visando a nulidade da deliberação.

O caso Leprai, como ficou conhecido, não foi provido em 12 de dezembro de 1987 e em 30 de setembro de 1992 a Corte de Apelo rejeitou os recursos interpostos pelo autor e pelo réu. Leprai (autor) recorreu então à Corte de Cassação, a qual reformou as decisões anteriores e julgou o feito com muito zelo e de forma revolucionária.

---

[33] Que motivou uma nova análise das teorias contratualistas e institucionalistas, com o objetivo de utilizá-las em defesa dos minoritários e do ente jurídico.

[34] In: **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 329-334,1996.

Antes de entrar nas razões de mérito da decisão, impõe-se observar que, até o julgamento dessa causa, a maioria das modernas[35] decisões judiciais na Itália se orientavam na teoria institucionalista, como nos informa o Professor Pier Giusto Jaeger[36].

Por essa razão, a decisão ora examinada tornou-se ícone e referência para os julgamentos posteriores na Itália.

É que a orientação da Corte de Cassação (ou Suprema Corte) foi no sentido de que sobre o contrato social (ato constitutivo da sociedade) devem ser aplicados os princípios contratuais da boa-fé contratual e da *correttezza* (correção, exatidão, probidade), muito embora se trate de um contrato plurilateral, em que as prestações das partes são direcionadas ao mesmo fim.

A Corte de Cassação não desconfigurou a formação de um ente jurídico distinto das pessoas físicas que o compõe e admitiu, expressamente, que a aplicação de regras do direito contratual na relação entre os sócios e a sociedade "*non osta la personificazione delle società di capitali*"[37].

Os fundamentos da decisão da Corte de Cassação foram, basicamente, os seguintes:

(i) de acordo com o artigo 1.375[38] do Código Civil italiano, o contrato firmado entre as partes deve ser executado com boa-fé e probidade, ou seja, com

---

[35] Pois há várias décadas atrás a doutrina italiana criara a teoria contratualista e repudiava a teoria institucionalista.

[36] JAEGER, Pier Giusto. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 334, 1996. No original, afirma o autor que "È opportuno, tuttavia, precisare che, fino alla sentenza della quale ci occupiamo, la grande maggioranza delle decisioni giudiziarie, nel nostro paese, era decisamente orientata in senso istituzionalista."

[37] In: **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 329,1996.

[38] O nosso equivalente é o artigo 422 do Código Civil brasileiro de 2002, que disciplina: "**Art. 422**. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

mútua cooperação, o que impõe a qualquer parte ter um comportamento idôneo e que satisfaça a expectativa mínima da outra parte;

(ii) a natureza contratual do contrato de sociedade é indiscutível, notadamente diante do fato da legislação italiana reconhecê-lo. Mesmo após a constituição da sociedade, deve ser reconhecido o vínculo contratual, restando claro, no entanto, que a subjetividade do grupo não pode ser colada no mesmo plano da dos indivíduos que o compõe. Diante disso, afirma-se que o ente é um centro de imputações meramente transitório e instrumental e admite, na sua personalidade jurídica, uma particular normativa;

(iii) considerando que o contrato de sociedade visa que se atinja um fim comum, é imprescindível que os sócios emitam determinações volitivas durante toda a duração do relacionamento estabelecido. Assim, por se tratar de um contrato plurilateral, com comunhão de interesses, exige-se das partes que o compõem uma série de atos jurídicos, que acabam dando vida a uma organização que regula o desenvolvimento da atividade programada. Essa organização acaba outorgando aos majoritários o poder de geri-la. Contudo, as determinações dos sócios durante o desenvolvimento do relacionamento entre si, devem ser consideradas como verdadeiros atos de execução, porque preordenadas à melhor atuação do contrato social[39];

(iv) embora a vontade do sócio singular ou minoritário ceda à decisão da maioria, exclui-se a possibilidade da emissão do voto com objetivos particulares e, portanto, diversos dos interesses sociais e dos anseios externados no contrato social. Os atos volitivos dos sócios, assim, devem ser executados coerentemente com o escopo pelo qual o contrato social foi firmado.

Assim, considerando que a intenção dos sócios majoritários era prosseguir a atividade comercial em outras sociedades, das quais não participava o sócio

---

39 No original: "perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale". In: **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 333,1996.

minoritário, a Suprema Corte italiana anulou a deliberação tomada pelos sócios majoritários, pois seus atos foram praticados em desrespeito à boa-fé e à probidade exigidas nos contratos (mesmo nos plurilaterais, como é o caso). Por evidente, não houve no caso concreto a prática de atos de colaboração recíproca por parte dos sócios majoritários que, aparentemente, pretendiam somente o afastamento do sócio minoritário da sociedade, utilizando-se, para tanto, de meios inidôneos.

Embora a deliberação tenha sido tomada de forma legítima e ainda que o *quorum* de 70% (setenta por cento) fosse suficiente para a decisão assemblear naquele país e naquele momento, a anulação se impôs única e exclusivamente diante da má-fé e improbidade do ato de execução dos sócios majoritários, que visavam os seus interesses individuais em detrimento do minoritário e da sociedade objeto daquele processo.

Muito embora a decisão tenha considerado que se tratava meramente de conflito de interesses entre os sócios, restou clara a proteção outorgada à sociedade, diante da formação do ente autônomo, e, em outro plano, da relação contratual existente entre sócios e entre esses e a sociedade.

Com efeito, legitimou-se e admitiu-se a formação de uma organização, independente das pessoas físicas que a compunham, de modo que a personalidade jurídica adquirida faz com que a empresa seja protegida das investidas do poder de controle societário[40], que possam causar prejuízo a ela ou que sejam contrárias aos interesses sociais.

Em contrapartida, afirmou-se que persiste a natureza contratual entre sócios e entre esses e a sociedade, para que seja possível regular as relações sociais entre todas as pessoas vinculadas ao contrato social. Quebrou-se, assim, a utopia da existência de um ente jurídico totalmente autônomo das pessoas dos sócios - sem, contudo, romper a autonomia básica da organização -, a partir do momento em que se

---

[40] É importante notar que tal proteção também abrange eventuais investidas dos sócios minoritários, que podem vir a prejudicar a normal atividade comercial e empresarial desenvolvida pela pessoa jurídica.

admitiu a criação dessa nova organização, a qual é gerida pelos sócios que a compõem, os quais podem desvirtuar os interesses sociais.Por essa razão, aplicados os preceitos contratuais, vinculam-se os atos dos sócios à boa-fé contratual e à probidade de suas determinações, para que tais atos de execução do contrato social não violem direitos dos demais sócios e o escopo externado no ato constitutivo (objetivos sociais ou interesse social).

Pode-se afirmar, em uma conclusão parcial, que a natureza do ato constitutivo da sociedade se assemelha ao contrato plurilateral de Ascarelli e ao contrato-organização de Calixto Salomão Filho. Contudo, extrapolando o aspecto meramente teórico, deveremos admitir - em prol da preservação da empresa ou do ente e em prol dos interesses dos próprios os sócios - que devem ser aplicados os princípios contratuais na relação entre sócios e entre esses e a sociedade, para que sejam definidas algumas questões conflituosas entre essas partes. Nesse sentido, poderemos estabelecer a proteção dos sócios, da sociedade e da empresa, ou das duas colunas que sustentam os vínculos sociais, mediante a adoção de uma teoria que admita a existência do novo ente, sem romper o vínculo contratual que une os sócios e a sociedade.

Segundo o Professor Pier Giusto Jaeger[41], a jurisprudência que se orientava no sentido institucionalista entendia que os conflitos societários não encontrariam solução na disciplina geral dos contratos, enquanto que para a teoria contratualista, o contrato social não exaure os seus próprios efeitos com a constituição do órgão social.

Com isso, ele pontua a questão posta em debate, indagando: se, no caso, as regras a serem aplicadas descendem diretamente do contrato social e das normas contratuais ou se devem ser aplicadas as regras de direito privado, extracontratuais, considerando-se que o contrato social exauriu seus efeitos. Afirma ele que a aplicação das regras contratuais e, portanto, das disposições do contrato social, como feito pela Corte Suprema, merecem destaque.

---

[41] JAEGER, loc. cit., p. 334-338.

Carlo Angelici[42] ressalta que a decisão ora comentada fez uma escolha clara e precisa. Ele afirma que de um modo geral, o que se retira da decisão da Suprema Corte no caso Leprai é a base do seu fundamento: aplicação da concepção contratualista na sociedade de capital, o que, segundo este mesmo autor, foi motivo de longa dúvida[43].

O Professor Pier Giusto Jaeger[44] distingue o conflito de interesses que cause - ou que possa causar - prejuízo para a sociedade e seu ente e o que cause prejuízo a outro sócio, mas não à sociedade. No primeiro caso, o interesse social é atingido e se pode utilizar o instrumento do artigo 2.373 do Código Civil italiano[45], enquanto que no segundo há uma "neutralidade do interesse social" e, portanto, outros instrumentos devem ser utilizados para a tutela dos minoritários.

Essa distinção é feita pelo Prof. Jaeger diante do fato de que no caso concreto, considerou-se que há somente um conflito entre os sócios. Contudo, me parece que efetivamente se trata de um conflito entre os sócios, mas com evidentes

---

[42] ANGELICI, Carlo. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 338-343, 1996.

[43] E, como já comentado, de longa discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo considerada até como discussão interminável ou uma velha batalha (Fabio Konder Comparato, em aula inaugural proferida em 1991, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, já citado).

[44] In: **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 334,1996.

[45] Ressalta-se, no entanto, que após os comentários do Prof. Jaeger, o artigo 2.373 do Código Civil italiano foi alterado pelo Decreto Lei de 17 de janeiro de 2003, que entrou em vigor na Itália a partir de 01 de janeiro de 2004. Uma das alterações foi a supressão da proibição do exercício do direito de voto, ao sócio que tenha interesse conflitante com o da sociedade. Neste sentido: "*Dal texto dell'art. 2373, così come modificato per effetto della riforma, risulta soppressa la precedente previsione relativa al* divieto di esercizio del diritto di voto *da parte del socio che fosse portatore di un* interesse, *per conto proprio o di terzi,* conflinggente com quello della società." Contudo, a solução para essa supressão na Itália se deu na nova redação do artigo 2.370 do Código Civil italiano, pois "*L'eventuale perseguimento da parte del socio di un interesse contrastante com quello della società potrà assurgere, pertanto, esclusivamente a* causa di annullamento della delibera, *secondo la previsione di cui al primo comma del nuovo texto dell'art. 2.370".* Exemplo de conflito de interesse é o sócio que pretende deliberar acerca da sua responsabilidade frente à sociedade (FIALE, Aldo. **Compendio di diritto delle società.** 7. ed. Napoli: Simione, 2003. p. 147).

conseqüências diretas para a sociedade e para a sua atividade comercial - notadamente a partir do momento em que a deliberação social determinou a dissolução da sociedade - razão pela qual há um interesse público (interesse social) a ser tutelado.

Ao comentar essa decisão da Suprema Corte italiana, Carlo Angelici[46] esclarece exatamente o que se observa: que na hipótese de liquidação da sociedade, os prejuízos dela provenientes se realizam também no mundo exterior e não meramente no âmbito interno da sociedade, pois o que ocorre, nesse caso concreto, é o encerramento das atividades da empresa. Assim, mesmo que se trate de um conflito interno, deve-se considerar que tal conflito gerará, indubitavelmente, reflexos externos[47]. Não se pode imaginar a aplicação de uma teoria pura contratual, pois ela não contribuiria para a solução do caso concreto, projetado para o futuro, mas justificaria apenas a anulação da deliberação tomada.

Quando se fala em "solução para o caso concreto, projetado para o futuro", quer-se referir ao prosseguimento da empresa e, portanto, da sua atividade comercial. A mera anulação de uma deliberação tomada certamente não soluciona o conflito societário existente. Na verdade, apenas posterga-o.

A solução da mera anulação, assim, é maléfica para a empresa, que fatalmente estará fadada ao insucesso, notadamente se os sócios majoritários não mais almejarem a sua continuidade. Vale dizer, no caso ora em exame, objeto da decisão

---

[46] ANGELICI, loc. cit., p. 338-343.

[47] Literalmente, Carlo Angelici afirma que: "*La differenza tra questo contesto ormai tradizionale e quello affrontato dalla sentenza che si commenta si coglie semplicemente considerando ciò; che nei casi de aumento di capitale (e lo stesso potrebbe dirsi per le deliberazioni sulla distribuzione degli utili) il risultado di cui si lamenta il carattere pregiudizievole riguarda la posizione dei soci* nella società *(anche se, come avviene con i cc.dd. 'aumenti di capitale in danno della minoranza', il prodursi effettivo del pregiudizio consegue alla loro condizione economica individuale); mentre, nell ipotesi di messa in liquidazione, si tratta di un pregiudizio il quale, in certo modo per definizione, si realizza* all'esterno della società, *proprio perché essa cessa di operare.*"

proferida pela Suprema Corte italiana, a cessação das atividades comerciais da sociedade poderia se dar "informalmente", mediante a redução e extinção da capacidade produtiva da empresa. É evidente que se poderia falar, nessa hipótese, de ressarcimento pelos prejuízos causados pelos sócios que determinassem tal conduta. Contudo, o que se deve priorizar é a inibição de um ilícito ou de um prejuízo, como leciona Luiz Guilherme Marinoni[48], e não o ressarcimento do dano causado. Para que se fale em tutela efetiva, deve-se pensar na inibição do dano e do prejuízo potencialmente existente.

Carlo Angelici esclarece que a decisão sob exame deve ser analisada priorizando-se a verificação de uma atuação abusiva ou não dos sócios majoritários, para justificar-se o desinvestimento societário e a conseqüente dissolução societária. Esclarece, ainda, que o desinvestimento tem diferentes efeitos em uma grande sociedade, com ações cotadas em bolsa de valores, por exemplo, ou em uma sociedade de pequeno porte. Isso parece evidente, na medida em que diversos sócios minoritários seriam prejudicados com o investimento feito na aquisição das ações cotadas em bolsa.

Para ele, o abuso deve ser verificado no sentido estrito e não genérico. Assim, não bastaria a mera aplicação dos princípios da boa fé e da probidade. Contudo, é evidente que se torna difícil a individualização do abuso, mas para Carlo Angelici isso se trata de uma atividade jurisdicional, que deverá partir da aplicação das cláusulas gerais do sistema.

Angelici finaliza suas digressões para concluir que, não obstante a expressão usada na sentença por ele comentada, trata-se-ia de uma perspectiva não tanto

---

[48] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória - individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

contratualista, mas em certo modo institucionalista[49].

Chegamos, assim, ao ponto principal da análise que interessa para a presente seção. Embora a utilidade da discussão acerca da aplicação de uma ou outra teoria (contratualista ou institucionalista) seja discutível, a sua perfeita compreensão e seu enquadramento permitirão ao jurisdicionado obter a tutela específica de direito material e eficaz para o caso concreto. Não somente isso: permitirá que a organização societária sobreviva e prossiga sua atividade comercial.

Considerando que o que se pretende explorar é prioritariamente a preservação do ente formado após a constituição da sociedade, não se poderia admitir a aplicação tão-somente das regras contratuais inerentes à sociedade. Também seria uma utopia admitir-se a aplicação pura da teoria institucionalista. Assim - repita-se uma vez mais - o que se deve aplicar na solução de conflitos societários é uma teoria mista, tal qual a do contrato-organização, explorada por Calixto Salomão Filho, ou da teoria do contrato plurilateral – criada por Ascarelli – que, embora seja contratualista na sua essência, admite e esclarece a formação de um ente, autônomo e dissociável das pessoas (sócios) que o compõem.

2.3 CONCLUSÃO PARCIAL

A conclusão que se chega em relação a essa seção do trabalho é que a aplicação de uma teoria mista torna-se válida e coerente, a partir do momento em que se vislumbra em qualquer caso concreto que eventuais interesses individuais e coletivos (dos sócios, da sociedade e da empresa) estejam sendo violados. Essa foi

---

[49] ANGELICI, loc. cit., p. 343. No original: "il che, a bem guardare, potrebbe significare, nonostante le espressioni usate nella sentenza che si commenta, una prospettiva non tanto 'contratualista', quanto in certo modo concretamente 'istituzionalista'."

uma das fundamentações de Agostino Gambino, para concluir que na sentença da Suprema Corte italiana, acerca do caso Leprai, não se poder falar meramente em aplicação de regras contratuais, mas sim de uma disciplina jurídica própria, expressa nas normas gerais ou específicas, que disciplinam os vários tipos de organizações societárias[50].

Exemplo disso é a sociedade unipessoal - largamente utilizada na Europa - à qual não se pode falar em aplicação da teoria contratual, já que ela não nasce de um contrato, mas de um ato unilateral[51]. A Suprema Corte italiana, todavia, bem observou esta questão teórica do caso Leprai e advertiu que a natureza contratual vale para a relação societária em cujo ato constitutivo tenha sido firmado por mais de um sujeito.

Supera-se, sem eliminar, a falha antes apontada, que macularia a teoria do contrato plurilateral de Ascarelli sem, contudo, apresentar-se solução para as sociedades unipessoais.

O fato é que a pessoa jurídica é um ente autônomo e que, portanto, a sua preservação, autonomia e capacidade comercial não podem ser afetadas pelo conflito societário instaurado entre os sócios. Em verdade, pouco importa se será necessária a utilização de regras contratuais ou extracontratuais, afetas ao direito privado, para a

---

[50] Diz ele expressamente: "In tali casi, vi è bensì contrasto tra l'interesse particolare e l'interesse comune all'attività sociale, ma l'art. 2.373 c.c. non è applicabile in quanto manca un danno al patrimonio sociale e vi è piuttosto un pregiudizio nel patrimonio personale dei singoli soci." (p. 344). Mais adiante ele enfrenta a questão específica das teorias contratual e institucional, afirmando que: "Occorre molto più semplicemente riconoscere che i rapporti tra soci nelle società di capitali durante la vita delle società stesse possono non avere origine contrattuale e non sono direttamente disciplinati dalle norme in tema di esecuzione o validità dei contratti, ma hanno una disciplina giuridica propria, espressa dalle norme generali o speciali che disciplinano i vari tipi di ordanizzazione societaria." (GAMBINO, Agostino. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 346, 1996).

[51] Cf. COSTI, Renzo. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 349, 1996 e CORSI, Francesco. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 351, 1996.

solução de determinado caso, pois para se definir a teoria aplicável ao caso concreto, deve-se partir da finalidade perseguida (preservação da empresa). Assim, no presente estudo, pretende-se demonstrar as hipóteses de preservação da empresa, independentemente dos interesses dos sócios; vale dizer, a formação de um ente distinto no plano jurídico-material das pessoas dos sócios.

Há, assim, que se preservar as duas colunas que formam a estrutura da pessoa jurídica (sócio e ente jurídico), porém se a coluna dos sócios estiver colocando em risco a do ente, aquela deverá ser reestruturada ou até sacrificada, em prol da higidez daquela formada pelo órgão social, e como conseqüência pela empresa (feixe de contratos e unidade produtora). Admite-se, portanto, uma hierarquia entre as colunas estruturais da pessoa jurídica[52].

---

[52] Ressalva deve ser feita, contudo, para outras hipóteses que sejam distintas da presente, como, por exemplo, aquela prevista no artigo 50 do Código Civil brasileiro, na qual admite-se a desconsideração da personalidade jurídica ou, em outras palavras, rompe-se o manto da autonomia do ente ou do órgão, para responsabilizar pessoalmente os sócios que criam a confusão patrimonial ou desviam a finalidade da pessoa jurídica. Note-se que neste exemplo, mais uma vez, partiu-se da finalidade da atuação jurisdicional, para definir-se a regra a ser aplicada. Em outras palavras, considerando-se que o ente jurídico servia de mera cobertura para os sócios, não há razão alguma para a sua preservação, já que não cumpre qualquer função social[52]. Assim, não se deve permitir a formação de ente distinto das pessoas dos sócios, já que não há a formação de uma vontade autônoma. Isso justifica a desconsideração da personalidade jurídica, para atingir-se as pessoas dos sócios.

3 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA NOVA ORDEM ECONÔMICA E JURÍDICA E A FUNÇÃO DO ESTADO PARA A SUBSISTÊNCIA DO ENTE PRODUTIVO

3.1 INTRODUÇÃO: A EMPRESA, A SOCIEDADE E A PERSONALIDADE JURÍDICA

Partindo do princípio de que as sociedades que efetivamente exerçam uma função social é que merecem a proteção estatal para a sua preservação, ou melhor, para a preservação da sua atividade comercial/econômica, impõe-se analisar o verdadeiro significado da expressão "função social" e, notadamente, a sua importância e implicações para o Estado, como agente regulador da ordem econômica.

Antes, porém, torna-se necessária a compreensão da expressão "empresa", para distingui-la da "sociedade" e da "personalidade jurídica", muito embora tenha sido feita uma sucinta explicação sobre esses conceitos, na parte final da seção 2, subseção 2.1 deste trabalho.

Com efeito, apesar da "empresa" ser utilizada coloquialmente, há que defini-la tecnicamente, notadamente diante do fato deste trabalho gravitar em torno dela.

A relevância dessa conceituação diz respeito, também, à proteção que ela recebe por parte do Direito, pois "para além da sociedade e dos sócios, existe uma outra realidade que merece proteção por parte do Direito e que é a empresa."[53]

Essa realidade, de fato, torna-se relevante para o Estado, consumidores, terceiros contratantes, meio ambiente, para os próprios sócios, enfim, para a sociedade como um todo, já que é por seu intermédio que serão geradas as riquezas e será ela,

---

[53] ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 223, jul./set. 1999.

portanto, que gozará da proteção estatal ora analisada. A empresa, assim, tem conteúdo econômico, e nesse sentido pode ser conceituada como a "organização ou entidade que exerce uma atividade econômica", através da organização dos fatores de produção, capital e trabalho, conforme nos informa José Gabriel de Almeida[54]. Rubens Requião[55] não destoa desse conceito, mas vincula a *empresa* à atividade organizativa do *empresário*.

José Gabriel de Almeida[56] acaba chegando no seguinte conceito de empresa: "A empresa seria a atividade econômica, portanto, a atividade exercida contra uma remuneração e de forma independente." Como se percebe, não há distinção entre esse conceito e o conceito econômico, o que torna correta a afirmação de Rubens Requião[57] de que "O conceito jurídico de empresa se assenta nesse conceito econômico."

Buscando a compreensão da realidade econômica e já distinguindo a empresa de personalidade jurídica[58], José Gabriel de Almeida acaba concluindo que a empresa, no direito concorrencial, pode abranger uma ou mais pessoas jurídicas. Exemplo disso é a coexistência de cinco pessoas jurídicas que atuem em determinado seguimento, sendo quatro delas controladas pelo mesmo grupo. Ressalta ele que, se admitindo o conceito de empresa acima transcrito, pode-se compreender que, na realidade, essas quatro pessoas jurídicas exercem uma só atividade econômica, formando uma só empresa que controla o mercado.

---

[54] ALMEIDA, **A noção**..., p. 211.

[55] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 47-48.

[56] ALMEIDA, **A noção**..., p. 227.

[57] REQUIÃO, op. cit., p. 48.

[58] Que para Rubens Requião (**Curso de direito comercial**, p. 272) é a conseqüência mais importante da formação da sociedade comercial. Para Requião o conceito de personalidade jurídica é o seguinte: "A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade".

Rubens Requião[59] fornece, ainda, o que se tornou a clássica distinção entre *empresa* e *sociedade*, definindo *sociedade* como **sujeito de direito** e *empresa* como **objeto de direito** e que exerce atividade. Para ele a sociedade comercial é o *empresário* e será ela que exercitará a atividade produtiva. De forma muito semelhante definiu Eros Roberto Grau[60], que afirmou:

> Se pensarmos a propriedade dos bens de produção, em organização de tipo capitalista, aí teremos, nos dois momentos, a sociedade e a empresa. A sociedade - os acionistas - detém uma situação jurídica de pertinência. Já a empresa, detém o poder que dos bens sociais emergem. Daí podermos sustentar que a sociedade existe juridicamente enquanto situação subjetiva - direito - ao passo que a empresa existe juridicamente enquanto fonte de poder - função. Desde tal verificação se abre uma vertente de largos horizontes, a ensejar o esboço da tese segundo a qual a sociedade é sujeito de direitos enquanto expressão do direito, ao passo que a empresa ocupa esta situação jurídica, nutrindo-se de subjetividade, enquanto fonte de poder.

Sepultando a questão, compreende-se a distinção entre empresa e sociedade com o seguinte exemplo trazido por Requião: duas pessoas juntam seus cabedais, formam o contrato social e o registram devidamente na Junta Comercial. Estará criada a sociedade, mas enquanto permanecer inativa, não surge a empresa.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto[61] esclarece que depois do surgimento da pessoa jurídica, a empresa

> só nasce quando o empresário abre as portas do seu negócio e passa a operar colocando seus bens ou serviços à disposição da clientela, utilizando, efetivamente, de seus prepostos e de suas instalações, celebrando contratos com fornecedores e assim por diante.

---

[59] REQUIÃO, loc. cit., p. 58.

[60] GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 130-131.

[61] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000. p. 139.

Compreendido o significado de *empresa*, impõe-se analisar a função social, sob o prisma da ordem econômica e do Estado regulador.

Com efeito, a ordem econômica tem sido analisada sob diversos enfoques, mas é sob o aspecto da atuação repressiva do Estado, como garantidor da livre concorrência, que tem sido objeto de excelentes trabalhos.

No entanto, pretende-se aqui analisá-la em consonância com as funções que foram atribuídas ao Estado, como agente normativo e regulador, a fim de fomentar a economia nacional. Para tanto, é necessário explorar-se a atuação incentivadora e de planejamento do Estado, e não só como instrumento de repressão. Desta forma, objetivar-se-á abordar somente uma perspectiva deste fenômeno complexo, evitando-se, assim, que se dê uma extensão indesejada a presente seção, desviando-se do foco central deste trabalho.

Para que isso seja possível, abordar-se-á a função social da empresa vista sob a nova ordem social, a qual surge de interpretação de legislações nacionais, mas, mais do que isso, de uma realidade oriunda da economia globalizada.

Assim, deve-se abordar alguns temas que dependem, ainda, de normatização e outros cuja regra cogente necessita de uma interpretação voltada à nova ordem econômica, para se tornarem efetivos e eficazes.

Desta forma, passa-se a fazer, nesta seção, uma abordagem do direito brasileiro, enfocando uma tendência de nível mundial, nos países cujo sistema capitalista impera.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

3.2.1 A Empresa na Sociedade Capitalista

Considerando-se os objetivos a serem perseguidos com o presente trabalho, é coerente que se analise a função social da empresa no aspecto dogmático. Para tanto, é imprescindível que se compreenda a origem da empresa no capitalismo.

O estudo do capitalismo teve seu marco histórico quando da revolução industrial, momento em que as empresas, na concepção atual, surgiram. Marx foi, sem dúvida, um dos grandes estudiosos do capitalismo e alertou para as suas conseqüências. Ele observou que a "nova sociedade" não é constituída somente pelo burguês - homem responsável pela atividade criativa do trabalho - mas também por outro homem livre, conhecido como moderno trabalhador livre. Como fundamento dessa classificação, ele acabou explicando o processo que engendra o capitalismo, que é a separação entre o trabalhador livre e a propriedade das condições de seu trabalho (que pertencem ao "burguês").

A empresa seria constituída, então, pelo empresário e pelo trabalhador livre. Aquele seria o proprietário dos meios de trabalho e este o trabalhador assalariado.

Ao comentar dispositivos do Código Italiano de 1942 - pelo qual se unificou o direito privado naquele país e o qual inspirou o Código Civil brasileiro de 2002 - Francesco Galgano[62] demonstra que o empresário conceituado pelo ordenamento deve ser equiparado ao capitalista estudado por Marx.

---

[62] GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale l'imprenditore**: impresa, contratti d'impresa, titoli di credito, fallimento. Bologna: Zanicheli, [1986?]. p. 9-31.

No entanto, a equiparação não pode ser absoluta, já que a empresa passou a ser analisada sob vários enfoques, abstraindo-se o individualismo inerente ao capitalismo estudado por Marx, para atribuir-se função comunitária. Nesse momento, surgiram os primeiros ensaios acerca da função social da empresa, que antes mesmo de integrar de forma intrínseca a Constituição Federal de 1988 e de forma explícita a Lei das Sociedades por Ações, já vinha sendo estuda pelos juristas. Exemplo disso é a obra de Alexandre Dubois[63], para quem a

> empresa não é somente um acúmulo de bens, meios de produção e estoque, mas é sim a utilização destes para que seja atingido um determinado fim. Tratando-se de ação coletiva para a obtenção desse determinado fim, é a coletividade que possui os produtos da obra comum.

Prosseguindo o raciocínio desenvolvido por Dubois, considerando-se a negação da mera exploração do trabalho assalariado, a empresa passa a ter uma função, que transcende o único objetivo de obtenção de lucro; o seu fim passa a ser, então, comunitário, e não mais individualista.

3.2.2 Origem e Evolução da Função Social da Empresa

Para a análise da função social da empresa, deve-se compreender como as suas atividades repercutem no meio social. Com efeito, Eros Roberto Grau[64] admite como plausível a afirmação de Karl Renner[65], de que "com a evolução da propriedade, acabaria esta se transformando em serviço público". Conclui, com isso, que "a

---

[63] DUBOIS, Alexandre. **A reforma da empresa**. Trad. de Carlos Eduardo M. Matheus. São Paulo: Duas Cidades, 1964. p. 38.

[64] GRAU, **Elementos de**..., p. 116.

[65] Autor que escreveu a clássica monografia publicada em 1929, sob a ótica marxista, baseado na civilização burguesa, como informa Fábio Konder Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 38-46, out. 1996).

propriedade da empresa evolui da propriedade-especulação para a propriedade-função social"[66].

Efetivamente, não é absurdo admitir-se que a evolução da propriedade da empresa acabe se transformando em serviço público, pois, como será adiante analisado[67] parte da função social do Estado vem sendo substituída pela iniciativa privada, como se serviço público fosse prestado.

Contudo, antes de se evoluir nesta interessante discussão que ora se propõe, cumpre retroceder à função social da empresa. Os doutrinadores[68] não divergem quanto ao fato de que a função social da empresa deriva da função social da propriedade, consagrada na Constituição Federal do Brasil no inciso XXIII do artigo 5º. Tome-se como exemplo a afirmação de Karl Renner, acima exposta.

Para se compreender a função social da propriedade, há que se ter em mente que determinadas atividades são exercidas em prol de um indivíduo e outras afetam à coletividade. Nesta última hipótese repousa a função social.

A vinculação social da propriedade privada traduz-se em deveres positivos e negativos, como salienta Fábio Konder Comparato[69]. Para ele, as constituições da Alemanha, da Itália e da Espanha criaram somente restrições ao uso da propriedade, tratando-se, portanto, de deveres negativos. Já a Constituição do Brasil criou deveres negativos e positivos.

De fato, pode ser acatado o posicionamento de que no Brasil existem deveres negativos e positivos, se for compreendido que deveres negativos seriam as restrições

---

[66] GRAU, **Elementos de**..., p. 116.

[67] Cf. subseção 3.3 adiante, intitulado *A responsabilidade social na economia globalizada.*

[68] Cf. Eros Roberto GRAU (**Elementos de**..., p. 112) e Fábio Konder COMPARATO (**Estado, empresa**..., p. 38-46).

[69] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 38-46.

quanto ao uso da propriedade e positivos aqueles que determinam como a propriedade deve ser utilizada, isto é, estabelecem requisitos, e não restrições, para o uso da propriedade privada. Para tanto, observem-se os artigos 182 e 186 da Constituição Federal. A conclusão lógica é que o Estado intervém na atividade privada, exercendo o seu poder de império nas hipóteses em que não se cumpra a função social estabelecida na Constituição.

Muito embora se fale em "função social da propriedade", é de extrema importância que se entenda que "não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o titular da propriedade"[70].

Assim, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à propriedade do poder de controle empresarial, como observa Fábio Konder Comparato[71]. Vale dizer, é o detentor do poder que tem a função e, não, o poder em si. O art. 116 da Lei das S/A é taxativo neste sentido, referindo-se, no entanto, à necessidade de que o controlador exerça o seu poder, de modo a fazer com que a companhia cumpra a sua função social.

Eros Roberto Grau[72], sobre um outro enfoque, qualifica as propriedades em estática e dinâmica. Na forma estática, a propriedade é um direito subjetivo (muito embora o regime jurídico da propriedade seja definido pelo direito objetivo) e, analisada dinamicamente, ela é função[73]. No primeiro caso ela é um direito subjetivo, pois o seu titular está autorizado pelo ordenamento jurídico para a prática de um ato (o exercício do direito de propriedade) e, no segundo, ela é função, pois o dinamismo implica em atividade/utilização, e tal exercício deve respeitar a função social atribuída

---

[70] GRAU, **Elementos de...**, p. 119.

[71] COMPARATO, **Estado, empresa...**, p. 44.

[72] GRAU, **Elementos de...**, p. 120-125.

[73] Isso, no entanto, não que dizer que a propriedade é quem exerce a função social, mas sim o seu proprietário, conforme exposto nos dois pragráfos acima.

à propriedade. Portanto, o direito subjetivo (forma estática) implica em um *poder* do seu titular e o exercício desse direito (função - forma dinâmica) gera um *dever*. Nas palavras de Geraldo Vidigal, referindo-se à propriedade dos bens de produção, compreendida como função social, trata-se de um "poder-dever de organizar, explorar e dispor"[74]. Como já mencionado acima, o exercício desse direito (*poder-dever*) está subordinado a limitações de ordem positiva e negativa.

Assim compreendida a função social da propriedade, torna-se fácil a sua transposição para a função social da empresa.

Tal como a propriedade, a empresa deve exercer a sua função social, direcionando suas atividades para o benefício da coletividade, de modo que acabe prestando, mesmo que indiretamente, um serviço público, auxiliando o Estado para que os cidadãos tenham dignidade[75], para que sejam erradicadas a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais[76].

Como será analisado nesta seção, compete ainda à empresa, o cumprimento das diretrizes traçadas pelo art. 170 da Constituição Federal. Aliás, a função social da empresa vem taxativamente prevista na Lei das Sociedades por Ações, nos artigos 116 (parágrafo único) e 154, podendo-se, ainda, extrair a função social do Código Civil de 2002, por intermédio de uma interpretação análoga à função social do contrato, consagrada pelo artigo 421.

---

[74] Citado por GRAU, **Elementos de**..., p. 125.

[75] Cf. Constituição Federal do Brasil de 1988, art. 1º, inc. III.

[76] Cf. Constituição Federal do Brasil de 1988, art. 3º, inc. III.

A legislação que se refere à função social ora estudada será detidamente analisada adiante[77]. Neste momento, impõe-se que seja pontuada a função social na atividade econômica empresarial e que se verifique o impacto da socialização da atividade empresarial.

Com efeito, Eros Grau[78] define a função social da empresa como sendo a função social da atividade econômica. Assim compreendido, pode-se afirmar que o exercício da atividade econômica da empresa é a sua própria função social e que, portanto, "o poder econômico" (proveniente da atividade econômica) "é uma função social de serviço à coletividade".

Diante disso, parece inadmissível a concepção de função social da atividade econômica na sua fase estática (diferentemente do que ocorre com a função social da propriedade), já que *atividade* implica diretamente o dinamismo das relações comerciais. A única menção feita por Eros Grau, da fase estática da função social da empresa, refere-se à *sociedade*, distinguindo-a da *empresa*. O direito subjetivo (fase estática) seria inerente aos *sócios* (como poder que detém sobre suas quotas ou ações), enquanto o dinamismo (função) pertenceria à *empresa*[79].

---

[77] Vide 3.2.3 *Uma Análise Legislativa da Função Social da Empresa.*

[78] GRAU, **Elementos de**..., p. 126.

[79] GRAU, **Elementos de**..., p. 130-131. O autor afirma: "Como anteriormente observei, no momento *estático* a propriedade é *direito subjetivo*; no *dinâmico*, função. Se pensarmos a propriedade dos bens de produção, em organização de tipo capitalista, aí teremos, nos dois momentos, a *sociedade* e a *empresa*. A sociedade - os acionistas - detém uma situação jurídica de *pertinência*. Já a *empresa*, detém o *poder* que dos bens sociais emergem. Daí podermos sustentar que a sociedade existe juridicamente enquanto situação subjetiva - *direito* - ao passo que a empresa existe *juridicamente* enquanto fonte de poder - *função*. Desde tal verificação se abre uma vertente de largos horizontes, a ensejar o esboço da tese segundo a qual a sociedade é sujeito de direitos enquanto expressão do *direito*, ao passo que a empresa ocupa esta situação jurídica, nutrindo-se de subjetividade, enquanto fonte de *poder*."

Poder-se-ia admitir, ainda, que a fase estática inerente à função social da empresa configurar-se-ia no *poder* dos sócios sobre a sociedade, o que se traduz, também, no direito subjetivo dos sócios perante a sociedade. Não obstante, inserido no dinamismo próprio da atividade empresarial, estão os deveres negativos e positivos impostos ao empresário, quando do exercício da sua atividade econômica empresarial. Contudo, considerando-se que o tema tem sua vertente na interpretação dos dispositivos que disciplinam a função social da empresa, ele será melhor analisado na subseção 3.2.3.

Os efeitos do exercício da função social se distinguem de empresa para empresa, dependendo, principalmente, do porte da sua atividade. Ao analisar a função social sob o enfoque da macro-empresa, sem negar a função das pequenas e médias empresas, Fábio Konder Comparato[80] justifica que o sucesso empresarial depende de dois fatores: "a criação de uma rede suficientemente grande para ocupação do mercado (marketing e *merchandising*) e a criação de uma estrutura gerencial adequadamente hierarquizada"[81]. Segundo ele, somente a macro-empresa poderá suportar tais estruturas.

São elas, aliás, que se destacaram durante o fenômeno da globalização, como não poderia deixar de ser. Fábio Konder Comparato[82] informa que no início da segunda metade da década de 90, as macro-empresas movimentaram diariamente mais de US$ 1 trilhão de dólares e participaram diretamente de um terço dos investimentos estrangeiros diretos no mundo.

Todavia, ainda durante a década de 90 as mega-empresas modificaram a sua estrutura societária. Antes elas se faziam representar por subsidiárias ou por empresas

---

[80] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 38-46.

[81] Ibid., p. 38.

[82] Ibid., p. 38-46.

controladas societariamente por elas. Isso se alterou e, com o fenômeno da terceirização, elas passaram a ter o controle de suas coligadas por intermédio de "*contratos estáveis*", detendo, assim, o controle externo de suas parceiras, "sob a forma contratual". Essa forma de controle se denomina *broker*, na qual a controladora:

> assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras empresas fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricadoras [sic] dos produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados, ou distribuidoras em iferentes mercados nacionais[83].

É bem verdade também que várias empresas optaram por ter o "governo" de suas fornecedoras, sem controlá-las por meio de *contratos estáveis*, ou sem garantir exclusividade de fornecimento, até porque interessava a elas abrir uma verdadeira concorrência entre as empresas de pequeno e médio porte, para que fornecessem a ela pelo menor preço. Não há que se negar que esse fenômeno é benéfico porque amplia o mercado regional e, por conseqüência, há o cumprimento de parte da função social da mega-empresa. Por outro lado, e ainda inserido na socialização da sua atividade econômica, compete às empresas de grande porte estabelecer critérios justos e razoáveis para o mercado, já que elas acabam ditando as regras no seu segmento.

Sobre este tema, Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Taís Cristina de Camargo Michelan[84] alertam, em um primeiro momento, que as mega-empresas são as únicas que têm, efetivamente, capacidade para participar da economia globalizada, e que a tendência é que suas estruturas aumentem ainda mais. Hoje, ressaltam eles, essas empresas possuem um faturamento anual superior ao PIB de muitos países. É evidente que o crescimento dessas empresas no Brasil deve ser controlado pelo Conselho Administrativo de Direito Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico do

---

[83] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 40.

[84] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

Ministério da Justiça, notadamente para evitar o seu domínio de mercado. No entanto, é fato que elas exercem uma influência econômica marcante para as suas regiões, o que as credencia a exigir certos privilégios; daí a relevância do estudo específico da função social dessas mega-empresas.

A elas atribuem-se funções diferenciadas do que se espera das empresas de pequeno e médio portes, de modo que as mega-empresas acabam por atuar na área social, cuja função compete ao Estado. Algumas dessas funções não estão disciplinadas expressamente na lei, mas dela derivam.

O fato é que para o cumprimento de sua função social, não são suficientes a mera geração de empregos, o aumento da atividade mercantil na região que atuam e a aparente melhoria das condições e da dignidade da comunidade, pela geração de riquezas. A mega-empresa tem que fazer mais. A interpretação dos princípios da ordem econômica (Constituição Federal - artigo 170 e seguintes) dependerá do porte e da natureza da empresa, e no caso das mega-empresas certamente se outorga um método interpretativo mais extensivo e elástico.

A função social da empresa configura-se, assim, na grande vertente do Direito Econômico e, como conseqüência do aprimoramento e evolução desse ramo do direito, a função social da *atividade empresarial* deve ser vista sob esse novo enfoque.

Como restou demonstrado acima, esse novo enfoque, próprio do "Direito Social", é voltado à coletividade. Como alerta José Eduardo Faria[85], enquanto o sistema jurídico na dogmática jurídica é "fechado e autônomo com relação ao meio social", no "Direito Social"[86] ele é "aberto e sensível às contínuas pressões do meio

---

[85] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 271-279.

[86] Que, segundo o autor, é "um *direito das desigualdades* ou de *discriminações positivas*; mais precisamente, à luz dos problemas discutidos ao longo deste capítulo, é um *direito de inserção*." Essa expressão foi criticada por GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53, porque tratar-se-ia de uma expressão fruto do modismo.

social"[87]. Constata-se, assim, que quando se fala em função *social*, está-se eliminando o individualismo do para tutelar-se a coletividade.

3.2.3 Uma Análise Legislativa da Função Social da Empresa

Como já dito anteriormente, a função social vem disciplinada intrinsecamente pela Constituição Federal e de forma explícita pela Lei das S/A e pelo Código Civil de 2002.

Entretanto, uma questão surge e é de suma relevância para a interpretação legislativa e para se demonstrar a importância deste estudo: qual é, efetivamente, a relevância da empresa e da sua função social para o presente trabalho? Além do que já foi dito, vale citar Francis-Paul Bénoit[88], que justificando a razão da empresa ser o objeto do primeiro volume da Revista *Connaissance Politique*, foi preciso em sua resposta, ao afirmar que ela (empresa) "está no coração do debate político atual." E prossegue:

> É na empresa - sejam patrões, executivos, técnicos, empregados ou trabalhadores - que os mais capazes de iniciativa, de esforço, de responsabilidade, os mais dotados, os mais hábeis, os mais trabalhadores, se põem aos serviços dos outros, para a criação de riquezas, das quais se beneficia a humanidade por inteiro.

Além da relevância social da empresa, Francis-Paul Bénoit conclui justificando que a empresa tornou-se, junto com a família, a instituição essencial da sociedade.

---

[87] Será no contrapeso dos interesses envolvidos que se determinará certa flexibilidade do sistema, como será obervado na subseção 5.3 da seção 5 deste trabalho.

[88] Periódico **Connaissance Politique**, v. 1, 1983 apud LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 54-60, out./dez. 1992.

A razão disso não nos é desconhecida. É na empresa[89] que a economia se desenvolve e que a coletividade se apóia, direta ou indiretamente. A mera geração de empregos, de riquezas e, por conseqüência, o pagamento de tributos, proporciona ao Estado os elementos de que necessita para cumprir a sua responsabilidade/função, disciplinada pela Constituição Federal, de assegurar aos cidadãos existência digna (inc. III do art. 1º); uma sociedade livre, justa e solidária; de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º) etc.

O Estado impõe que as empresas cumpram a sua função social, mas não pode se esquivar da sua responsabilidade social, muito embora ela esteja sendo gradativamente cumprida pela iniciativa privada, em substituição do Estado.

Os preceitos constitucionais inerentes ao Estado (e aqui não se pretende ser exaustivo nas suas funções; ao contrário, o objetivo é meramente exemplificativo), emergem dos direitos fundamentais do cidadão. Os direitos fundamentais não se limitam ao que está explícito na Constituição Federal, mas o que dela consta implicitamente. São os chamados direitos fundamentais materiais, que são inerentes à pessoa humana e independem de normatização. Os direitos fundamentais formais estão consagrados pela Constituição.

A evolução dos direitos fundamentais se deu por intermédio de gerações, caracterizando-se a primeira geração dos direitos fundamentais pela liberdade. A segunda geração se caracterizou pela viabilização da igualdade econômica, cultural e social e a terceira geração pela solidariedade, isto é, o indivíduo não mais se preocupa somente com a sua individualidade, mas também com direitos sociais, afetos à coletividade, como o meio ambiente, o consumidor e outros. A quarta e última geração pressupõe, para Bonavides, a globalização política. São direitos dessa quarta geração a democracia e a informação.

---

[89] Privada, estatal ou de economia mista.

Transportando o tema para o presente trabalho, pode-se afirmar que as terceira e quarta gerações dos direitos fundamentais bem demonstram o que significa, hoje, a função social da empresa. Há o respeito à coletividade (terceira geração), aliado à democracia e informação (quarta geração de direitos).

Não se esqueça, porém, que emerge dos direitos sociais[90] a exigência de que o Estado atue para proteger os direitos fundamentais, até porque ele é o destinatário de tais direitos. Daí a legitimidade do Estado para intervir em prol da coletividade e em defesa dos direitos fundamentais.

Sobre o tema relativo aos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[91], J. Gomes Canotilho[92] e José Afonso da Silva[93] bem o enfrentaram.

Outro aspecto constitucional, que atinge o cerne deste trabalho, refere-se à ordem econômica contemplada no título VII da Constituição Federal de 1988. Dispõe o artigo 170 da CF que:

> A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Não é objeto deste estudo a interpretação exaustiva do dispositivo acima, contudo, alguns preceitos devem ser colhidos, para que se compreenda a função social

---

[90] Para José Afonso da Silva *"direitos sociais,* como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionaism, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição. São Paulo: Malheiros, 1992).

[91] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 253-269.

[92] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 93-150.

[93] Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de**..., p. 137-408.

da empresa na Constituição de 1988. Com efeito, a leitura desatenta do dispositivo faz crer que "*A ordem econômica*" é fundada na valorização do ser humano e na livre iniciativa. Tratar-se-ia, então do "mundo do *ser*", como adverte Eros Roberto Grau[94]. Todavia, isso não é verdade, a correta leitura do dispositivo, como esclarece adequadamente o autor antes citado, é que a "ordem econômica" ou as atividades econômicas, *deverão ser* fundadas na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. Trata-se, portanto, do "mundo do *dever ser*", ao que Eros Grau também denomina "*nova* ordem econômica". Como bem esclarece ele, a *nova* ordem econômica não se esgota na norma constitucional, agregando-se a ela preceitos infraconstitucionais, que serão analisados ainda nesta seção.

A constituição econômica, carregada de subjetividade, foi conceituada por Vital Moreira[95] como sendo:

> o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.

No entanto, qualquer conceituação de "ordem econômica" é inútil e seu uso é pernóstico, afirma Eros Roberto Grau[96]. O fato é que a Constituição é dirigente, pelo fato do constituinte ter preferido o modelo que conduz ao dirigismo econômico, conforme ensina Raul Machado Horta[97].

Isso não quer dizer que a constituição dirigente seja somente de intervenção

---

[94] GRAU, **A ordem**..., p. 50-54.

[95] MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Separata de: **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 17, p. 35, 1974. p. 35 apud GRAU, **A ordem**..., p. 55.

[96] GRAU, **A ordem**..., p. 199.

[97] HORTA, Raul Machado. **A ordem econômica na nova Constituição**: problemas e contradições - constituição brasileira - 1988 - interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 388.

negativa. Vale dizer, o art. 174 confere ao Estado, comandos positivos de incentivar e planejar a atividade econômica, ou seja, confere ao Estado elementos para sua maior participação[98].

Independentemente disso, há que se analisar, ainda, os princípios que integram a ordem econômica. Entre eles, interessam no momento a livre iniciativa, a dignidade do ser humano, a valorização do trabalho aliada à busca do pleno emprego. Os demais - como a livre concorrência e a defesa do meio ambiente - tem um cunho nitidamente repressivo da atuação do Estado, muito embora hoje componham a chamada "responsabilidade social" das empresas.

A análise dos princípios acima relacionados, partindo-se da premissa do dirigismo econômico estatal, culminará na inevitável conclusão de que é a empresa que auxiliará - quiçá promoverá isoladamente - para que se dê dignidade ao ser humano, se valorize o trabalho e se promova o emprego. Aliás, os comercialistas defendem que a função social da empresa, quando analisada sob o enfoque constitucional, se caracteriza exatamente pelo cumprimento desses preceitos[99].

A expressão da função social da empresa é, portanto, a garantia da dignidade do ser humano, a valorização do trabalho e a busca do pleno emprego.

A função social da empresa torna-se mais palatável a partir da análise da Lei das S/A. Com efeito, os artigos 154 e parágrafo único do 116 fazem alusão expressa à função social.

O parágrafo único do art. 116 dirige-se ao acionista controlador, e impõe a ele o dever de fazer a companhia "*realizar o seu objetivo e cumprir a sua função social*". Como visto alhures, o objetivo precípuo é a obtenção de lucro, mas hoje a

---

[98] Como adverte: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista & empresa privada**: estrutura e função. Curitiba: Juruá, 2000. p. 96-106.

[99] Cf. GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 318-321 e PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 156-157.

empresa não pode mais ter uma visão individualista, impondo-se o seu exercício para o bem da comunidade. O objetivo da S/A, assim, não se limita à obtenção de lucro. Paralelamente a isso, a função social caracteriza-se pelo atendimento de um rol de obrigações legais, tais como as de origem constitucional - imediatamente acima analisadas - e outras de origem social, como as que serão adiante abordadas, na seção relativa à "responsabilidade social".

Dirigindo-se agora ao administrador, o art. 154 da Lei 6.404/76 mantém a necessidade de que sejam perseguidos os fins sociais e que se cumpra a função social da companhia. A novidade aí está na salutar e esclarecedora redundância do dispositivo, ao contemplar a expressão "*satisfeitas as exigências do bem público*".

Outro aspecto relevante é o que dispõe o parágrafo 4º do art. 154:

> O Conselho de Administração ou a diretoria **podem** autorizar a prática de **atos gratuitos** razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais [grifo meu].

Trata-se, sem dúvida alguma, de um preceito orientador inserido na Lei, que não poderá deixar de ser observado pelas companhias.

Todavia, Fábio Konder Comparato[100] é um pouco mais cético, e também realista, na interpretação dos dispositivos. Ele alerta que "o simples enunciado dessas questões mostra, claramente, o alcance limitado, senão nulo, do conceito de função social das empresas." Se dependêssemos de uma análise objetiva dos dispositivos, certamente ele estaria correto. Mas as técnicas hermenêuticas autorizam os operadores do direito a estabelecer estruturas e regras claras para as normas que contêm conceitos subjetivos, como é o caso concreto. Aliás, não é de hoje que a jurisprudência e a doutrina interpretam os dispositivos ora aventados, conceituando-os para cada caso concreto. Com efeito, Calamandrei, citado por John H. Merryman[101], demonstrou que a interpretação do

---

[100] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 44-46.

[101] MERRYMAN, John H. Lo "stile italiano": l'interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p. 373-414, 1968.

juiz é criativa[102], baseando-se na constituição federal como fonte de analogia e princípios gerais.

José Eduardo Faria[103], por sua vez, esclarece que:

> Aplicar judicialmente leis com propósitos 'sociais' passa a ser, desta maneira, uma estratégia para viabilizar a realização política de determinados objetivos e determinados valores.

Considerando-se que o objetivo maior da ordem econômica é o incentivo da atividade econômica e a consecução dos princípios consagrados no art. 170 da Constituição Federal, competirá ao Judiciário, como um dos poderes do Estado, aplicar as leis relativas à função social da empresa, de maneira a atender os valores tutelados pelo dispositivo constitucional.

Assim, mesmo que o alcance do conceito de função social seja limitado, caberá ao Estado/Juiz, quando provocado, intervir na administração da companhia, por exemplo, se restar comprovado que o administrador não está fazendo a empresa cumprir a sua função social[104]. Quanto ao controlador nas S/A, o artigo 117 estabelece a sua responsabilidade pelos danos que causar, igual procedimento ocorrendo para o administrador, conforme dispõem os artigos 158 e 159 da Lei 6.404/76.

---

[102] É que se se admite que a atividade do juiz na interpretação dos casos que tratam do exercício do direito de recesso pode ser criativa (tal como foi a criação do princípio da preservação da empresa), estaremos acatando uma teoria interpretativa antipositivista, pois conforme leciona BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp. Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Cartlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 211: "Na realidade, a dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognosciva da jurisprudência. Para o primeiro, esta consiste numa atividade puramente *declarativa* ou *reprodutiva* de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente *passivo* e *contemplativo* de um objeto já dado; para os segundos, a natureza cognosciva consiste numa atividade que é também *criativa* ou *produtiva* de um novo direito, ou seja, no conhecimento *ativo* de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir."

[103] FARIA, loc. cit., p. 274-275.

[104] É claro que tal possibilidade depende de uma série de outros fatores, como a provocação jurisdicional por pessoas legitimadas para tanto e a realização de prejuízos para os interessados e para sociedade, como conseqüência da administração inadequada.

Nas sociedades limitadas, considerando-se a aplicação supletiva da Lei das S/A (até 10/01/2003: art. 18 do Dec. 3.708/19; a partir de então: parágrafo único do art. 1.053 do Cód. Civil de 2002), o sócio majoritário poderá ser excluído da sociedade[105], sem prejuízo da reparação dos danos que eventualmente ocasionar.

Razão assiste a Fabio Konder Comparato, quando afirma que para "o exercício de uma atividade de serviço ou assistência social, no âmbito geral da coletividade, somente as grandes empresas oferecem condições estruturais adequadas, de recursos e pessoal empregado"[106]

Ressalta-se, porém (e uma vez mais), que a função social das empresas está atrelada ao porte de cada qual e todas, sem exceção, têm a sua função social. A afirmação de Fábio Konder Comparato partiu da análise da macro-empresa, o que justifica seu posicionamento. Contudo, não se pode furtar da realidade de que ao empregar um funcionário, que estava desempregado, a microempresa auxiliou na busca do pleno emprego e passa a cumprir, em tese, a sua função social.

Abre-se um parêntese para afirmar que as empresas de pequeno porte, aliás, se tornaram um bom exemplo da participação ativa do Estado no estímulo do desenvolvimento econômico, como pode ser percebido da leitura do inc. IX do art. 170 da Constituição Federal.

Conclui-se que, efetivamente, a empresa capitalista tem sua finalidade principal voltada à obtenção de lucro, mas paralelamente a isso, deverá cumprir a sua função social, respeitando a dignidade dos seres humanos a ela afetados, buscando o pleno emprego e promovendo a livre iniciativa. No mais, trata-se de "responsabilidade *social*" e não dever legal, como será adiante observado. Assim, há que se indagar se,

---

[105] Enquanto a exclusão dos minoritários poderá se dar administrativamente, conforme artigo 1.085 do Código Civil, a dos majoritários necessariamente será judicial e dependerá de alguns fatores específicos.

[106] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 44.

como afirma Fabio Konder Comparato[107], há "incongruência em se falar numa função social das empresas" no regime capitalista, no qual o que "se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa". Muito embora ele esteja correto ao asseverar que é ilusão imaginar que o sistema empresarial poderá promover a justiça social, deve-se ter em mente que o sistema capitalista de hoje exige mais que a eficiência lucrativa: exige também que as empresas prestem serviços sociais, em substituição parcial das funções do Estado.

O Código Civil de 2002 contempla a função social do contrato no artigo 421, ao dispor que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*."

Muito embora a regra não se aplique diretamente à empresa, não há dúvida de que o Código Civil manteve a opção do legislador anterior, de que a sociedade limitada seria contratual, tal como surgiu na Itália[108]. Sobre o tema, bem o enfrentam Calixto Salomão Filho[109] e Luciano Campos de Albuquerque[110]. A prova disso está, por exemplo, no artigo 1.054 do novo Código Civil, que estabelece os requisitos do *contrato* de sociedade.

Diante da subjetividade do art. 421 do Cód. Civil de 2002, a norma seria, também, "limitada", senão "nula", como asseverou Fabio Konder Comparato em relação ao parágrafo 4º do artigo 154 da Lei das S.A. Todavia, não é essa a

---

[107] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 45.

[108] Conforme exposto na segunda seção deste trabalho.

[109] Cf. SALOMÃO FILHO, **O novo**..., p. 25-28.

[110] Cf. ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução total e parcial das sociedades civis e comerciais**. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 19-56.

interpretação dada por Nelson Nery Jr.[111]. Para ele, a função social do contrato é tão ou mais importante que o seu aspecto econômico, já que é um instrumento pelo qual as riquezas circulam. Utilizando-se de outras palavras, ele demonstra ter o mesmo posicionamento que acima adotei, acerca da interpretação do dispositivo orientador. Afirma Nelson Nery Jr.: "Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros [sic] do que significa 'função social', com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz."

Como a legislação em vigor considera que o ato constitutivo da sociedade limitada é um contrato, parece-me evidente que ele (contrato) deverá cumprir a sua função, sob pena de, exemplificativamente, ser declarado nulo por contrariar lei imperativa (art. 166, VI, do Cód. Civil), de ordem pública como é a hipótese do art. 421 do Cód. Civil, na forma do parágrafo único do art. 2.035.

Admite-se a possibilidade de ser declarado nulo o contrato social que não cumprir a sua função social. O contrato social pode não cumprir a sua função social se não disciplinar a constituição de sociedade regular, ou se estabelecer objeto incompatível com a ordem econômica e social. Trata-se de norma rígida e que, certamente, será aplicada nas hipóteses excepcionais, e inconcebíveis, tais como a constituição de sociedade que vise a exploração da mata atlântica de reserva florestal ou a venda de entorpecentes ou, ainda, a comercialização de animais silvestres. Nessas hipóteses, a inobservância da função social do contrato tem relação direta com a impossibilidade da atividade empresarial a ser exercida não cumprir a sua função social. Daí a correlação entre a função social do contrato (art. 421 do Cód. Civil) e da empresa.

---

[111] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.180-181.

3.3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL

A função social tem sido analisada sob um novo enfoque: sob a ótica da "responsabilidade social". Trata-se de um tema relativamente novo que, naturalmente, carrega consigo mais dúvidas do que certezas, muito embora a Lei 6.404/76 já tenha disciplinado, no parágrafo 4º do seu art. 154, que:

> O Conselho de Administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Como se percebe, não há um conceito atribuído pela Lei para a "responsabilidade social". Mais uma vez, a legislação é orientadora e não disciplinadora, cabendo aos juristas, à comunidade e ao Judiciário a definição exata do termo, que se insere no conceito geral de função social.

É imprescindível que, num primeiro momento, seja estabelecido que a responsabilidade social não se trata de um dever da empresa. Como exposto no próprio dispositivo, *podem* - e não devem - os órgãos administrativos autorizar a prática de atos gratuitos, em prol dos empregados e comunidade. Trata-se, portanto, de um poder (ou uma faculdade), e não de uma obrigação da empresa.

Conforme expõe Fábio Konder Comparato[112], nenhum órgão administrativo está autorizado a praticar atos gratuitos em prol da coletividade, que não sejam *razoáveis*. Conclui ele afirmando que a razoabilidade "é apreciada em função justamente da finalidade lucrativa" da sociedade anônima.

Diante disso, podemos conceituar a responsabilidade social, de início, como sendo a responsabilidade meramente social da empresa, pela qual a companhia presta um serviço à comunidade que atua, dentro de um critério razoável, sem que tenha

---

[112] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 45.

qualquer obrigação legal. É possível que se criem incentivos legais, mas ainda não há uma responsabilidade legal para o exercício dessas funções.

Feita esta breve introdução, torna-se relevante a análise da "responsabilidade social", vista sob o enfoque econômico/empresarial, e não jurídico.

Com efeito, os estudiosos da ciência administrativa confirmam o sucesso do desempenho das empresas, no que diz respeito à sua função social como agente econômico, contribuindo para o desenvolvimento das sociedades na qual estavam inseridas. Contudo, afirmam eles que as empresas devem se adequar a um novo cenário de práticas sociais, para que possam cumprir a sua função como agente social. É bem verdade que essa responsabilidade não fazia parte do cotidiano das empresas nacionais, mas também é correto afirmar que as práticas sociais, embora não obrigatórias, passarão a demonstrar o comprometimento das empresas com o social. Neste sentido, Paulo Rogério dos Santos Lima[113] afirma que:

> O raciocínio deve ser bem claro no sentido de que a responsabilidade social é uma prática que atesta o comprometimento da empresa com a sociedade, com os seus funcionários, ultrapassando a idéia de que ela só deva existir em função do seu caráter econômico.

A responsabilidade social pode ser vista, principalmente, sob dois prismas distintos: para alguns, trata-se de mera caridade e para outros, é a expressão da consciência de ser socialmente responsável, integrando a empresa à sociedade. Para Paulo Rogério dos Santos Lima, ser socialmente responsável é:

> despertar a consciência de que se pode fazer muito mais do que o trivial. Pode-se contribuir mais efetivamente através de ações de prevenção, de aplicação da criatividade na resolução de diversos problemas que estejam direta ou indiretamente ao alcance da corporação. Nesse caso, é lícito afirmar que êxito econômico e ética não se contradizem, mas se condicionam reciprocamente. A iniciativa empresarial de orientação moral, e que pretende

---

[113] Mestrando no Programa de Estudos de Pós-graduação em Administração da PUC/SP, no artigo que denominou *A Responsabilidade Social em uma Nova Perspectiva de Ação Empresarial.* Disponível em: <http://www.faculdadesaoluis.br/pages/publica/download7/3-%20a_responsabilidade.doc.> Acesso em: 15 jan. 2004.

> contribuir conscientemente e com convicção ao bem comum, precisa antecipar-se a regulamentações estatais[114].

Como se percebe, além da antecipação a regulamentações estatais, a responsabilidade social se caracteriza pela própria substituição parcial do Estado pela iniciativa privada, no que se refere à assistência social.

Marçal Justen Filho[115] admite a participação conjunta do Estado e da sociedade, afirmando que: "Há uma convergência principiológica, decorrente da exigência inafastável de que a responsabilidade social seja compartilhada tanto pelos organismos estatais como por toda a sociedade."

Já Alfredo Lamy Filho[116], atribui a origem dessa responsabilidade social, na forma de substituição estatal, ao *poder empresarial* que existe na sociedade capitalista, tornando-se tal responsabilidade a contrapartida do *poder* adquirido.

Na verdade, a empresa é hoje fonte de circulação de riquezas, seja pelos empregos que oferece, seja pela sua produção; daí o *poder* a ela atribuído, que se justifica em uma sociedade capitalista. Em sendo assim, não há mais uma distinção marcante entre o social e o econômico, como advertem Ademar Ribeiro e Paulo Roberto Colombo Arnoldi[117], "pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa".

A responsabilidade social, assim, expressa-se pela contribuição que a empresa dá aos seus funcionários, consumidores, meio-ambiente e comunidade regional, atentando-se para a qualidade de vida dessas pessoas.

---

[114] LIMA, Paulo Rogério dos Santos. **A responsabilidade social em uma nova perspectiva de ação empresarial**. p. 9. Disponível em: <http://www. faculdadesaoluis .br/pages /publica /download7/3-%20a_responsabilidade.doc.> Acesso em: 15 jan. 2004.

[115] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 14.

[116] LAMY FILHO, loc. cit., p. 58.

[117] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A revolução do empresariado**. Disponível em: <http://www.ipdci.org.br/revista/arquivo/026.htm> Acesso em: 13 jan. 2003.

A avaliação dessa atividade social[118] se faz por intermédio de um *balanço social* publicado pela empresa, que nada mais é do que um demonstrativo por ela apresentado anualmente, no qual constem os projetos e benefícios criados, e as ações sociais realizadas em prol dos funcionários, consumidores, meio-ambiente e comunidade.

Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Taís Cristina de Camargo Michelan[119] esclarecem que foi nos EUA a origem do debate acerca da responsabilidade social e, com o fim da Guerra do Vietnã, passou-se a adotar relatórios econômico-sociais, que mais tarde foram batizados de *balanços sociais*. Esses relatórios são, na verdade, a aproximação física da empresa, funcionários e comunidade, e demonstram a efetiva atuação da empresa no âmbito social.

Embora aparentemente seja necessária uma grande estrutura para a atuação da empresa na área social, as pequenas e microempresas também podem contribuir. Não são raras as oportunidades em que empresas de médio ou pequeno portes fazem contribuição na área social, mobilizando seus clientes e fornecedores para, por exemplo, ajudarem uma determinada instituição, num determinado período do ano (inverno, exemplificativamente). Note-se que a prática da responsabilidade social pode se tornar muito mais simples do que parece. Depende, no entanto, do empenho e, principalmente, da visão dos empresários. O empenho é imprescindível e a visão é de fazer com que a sua contribuição possa demonstrar o perfil da sua empresa e, por conseqüência, atrair consumidores de seus produtos.

---

[118] A importância do tema fez com que a BOVESPA tomasse a iniciativa de lançar no próximo ano (2005) um "*índice formado por ações de companhias socialmente responsáveis.*" Conforme informa o **Jornal Valor Econômico**, de terça-feira, 22 de junho de 2004, na página D3, capítulo referente à "legislação", artigo de autoria de Daniele Camba. O Jornal informa, ainda, que "o novo índice procura atender uma reivindicação do mercado, especialmente dos grandes investidores institucionais, como os fundos de pensão, que há algum tempo buscam um instrumento imparcial que sirva como parâmetro para os seus investimentos socialmente responsáveis."

[119] ARNOLDI; MICHELAN, loc. cit., p. 161.

Não é absurdo imaginar que em pouco tempo os cidadãos estarão conscientes de tal forma, que passarão a escolher os produtos que consomem muito em função das contribuições que a fabricante faz ou fez durante o ano. Ora, hoje já nos deparamos com uma realidade, segundo a qual o consumidor já naturalmente vincula o produto ou a marca à determinada campanha social praticada pela empresa fabricante.

Aliás, essa prática individual do cidadão, de escolher a marca do produto que pretende adquirir de acordo com as atividades sociais desenvolvidas pela fabricante, se insere, também, na responsabilidade social, porém, da pessoa natural.

A ordem econômica é um sistema indivisível, que se funde em vários aspectos. Note-se, por exemplo, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) evita a criação do monopólio ou dos cartéis[120], para que se mantenha a concorrência e, naturalmente, se preservem as empresas de menor porte e que, portanto, não podem suportar, por exemplo, vendas no por preço inferior ao seu custo para eliminar a concorrência. Paralelamente a isso, acaba-se preservando, também, a liberdade do cidadão, de escolher o produto de acordo com a qualidade, preço e, também, pela prática social da fabricante. Essa indivisibilidade do sistema permite ao consumidor que reconheça as empresas pelo que elas são, não pelo que elas podem ser.

É verdade também que as mega-empresas têm maiores condições de prestar serviços sociais, fazer com que elas sejam mais observadas pelo público, a fim de comovê-lo e ampliar suas vendas. Todavia, as empresas de menor porte poderão prestar serviços sociais equivalentes ao seu porte, e utilizá-los para concorrer com as maiores. Embora não se pretenda disitinguir a responsabilidade social das pequenas e mega empresas, não se pode ignorar a utopia da responsabilidade social, pois as atividades sociais das empresas dependerão dos resultados financeiros por elas obtidos

---

[120] SALOMÃO FILHO, Calixto. Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 40, n. 121, p. 18-29, jan./mar. 2001.

ou, em outras palavras, do desempenho das atividades econômicas das empresas. De nada adianta estabelecer, hipoteticamente, metas sociais sem que os resultados financeiros não possibilitem a sua realização. Por isso, deve-se entender que o fim social está subordinado à atividade econômica das empresas, como, aliás, afirmou Fábio Konder Comparato[121], utilizando outras palavras.

Um bom exemplo para ilustrar o que aqui se analisa no campo da reflexão, é a atividade social exercida pelo Mc Donald's, que em determinado dia do ano (note-se: um só dia em 365) reverte toda a sua renda na venda de um sanduíche para o combate ao câncer. Embora a repercussão comercial e de *marketing* seja enorme, a contribuição financeira não é significativa a ponto de criar obstáculos à economia da empresa. Ademais, na venda do sanduíche a empresa acaba faturando com as guarnições e refrigerantes; isto é, o "prejuízo" acaba sendo praticamente anulado durante a própria promoção, sem se falar na progressão da imagem da empresa.

Entretanto, Paulo Rogério dos Santos Lima[122] informa que:

> é oportuno salientar que, estrategicamente, algumas empresas procuram não divulgar os seus trabalhos sociais, no intuito de evitar uma possível associação direta entre a ação e a busca de vantagens econômicas.

Esse parece ser o revés para aqueles que imaginam a responsabilidade social meramente como vantagem econômica. Não obstante, há que se pontuar que a responsabilidade social pode reverter-se em vantagem econômica, na sua maioria de forma indireta, isso porque o valor social de uma empresa pode ser definitivo no jogo do mercado[123], o qual é e tende a continuar sendo capitalista. No entanto, Mônica

---

[121] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 45.

[122] LIMA, loc. cit., p. 3.

[123] Como deixam claro os autores que tratam da responsabilidade social sob o enfoque empresarial, notadamente Paulo Rogério dos Santos Lima, já citado.

Corullon e José Predebon[124] alertam que as ações comunitárias são vistas com desconfiança ou desprezo pelo empresário, "já que espírito comunitário não costuma ser considerado insumo do marketing."

O fato é que as empresas precisam redefinir o seu papel na sociedade, não mais como meros agentes econômicos, mas também como agentes sociais. Trata-se do somatório da sua função econômica, com a função ética, ou, como denominou Alfredo Lamy Filho[125]: "*reumanizar a empresa*".

Essa realidade já presente no cotidiano norte americano está sendo inserida no contexto brasileiro, de modo que em pouco tempo tornar-se-á comum a prática de ações sociais. Ainda estamos numa fase embrionária da responsabilidade social no Brasil, mas o seu conceito já está presente e as atividades sociais têm se tornado cada vez mais freqüentes.

Com a inserção das atividades sociais desenvolvidas pelas empresas no cotidiano brasileiro, haverá uma natural substituição parcial do Estado. Essa atuação do setor privado na área exclusiva do Estado acaba por autorizar a demissão estatal da função de "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*" (art. 3º, I da CF), de "*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*", de garantir "*a dignidade da pessoa humana*" (art. 1º, III da CF), enfim, de promover o "*bem-estar e a justiça sociais*" (art. 193 da CF).

No entanto, a doutrina converge no sentido de não admitir a demissão completa do Estado, no exercício de suas funções sociais. Com efeito, Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Taís Cristina de Camargo Michelan[126], ao referirem-se ao Estado, afirmam que: "Este não se exime de sua função por existir uma segunda entidade colaborando para a consecução de uma mesma finalidade."

---

[124] CORULLON, Mônica; PREDEBON, José. **Quem precisa do terceiro setor?** Disponível em: <www.portaldovoluntario.org.br/sala/artigos/15.asp.> Acesso em: 13 jan. 2003.

[125] LAMY FILHO, loc. cit., p. 60.

[126] ARNOLDI; MICHELAN, loc. cit., p.160.

Fábio Konder Comparato[127] também é claro ao afirmar que quando a nossa Carta Magna estabelece os objetivos fundamentais de nossa República, "ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades". Marçal Justen Filho[128] também defende a participação compartilhada do Estado e da sociedade, como já mencionado acima.

Efetivamente não há uma demissão do Estado de suas funções. Todavia, há, indubitavelmente, uma substituição parcial. Não há nenhuma obrigação legal que imponha às empresas a prestação de serviços sociais. Mesmo que existam regras de condutas impostas às empresas acerca do tratamento a ser dado aos consumidores, ao meio-ambiente e aos seus funcionários, não há, especificamente, regra alguma que obrigue a empresa a prestar serviço social à comunidade regional, estranho ao seu objeto. Também não se vê a possibilidade de se estender o conceito genérico de função social da empresa, para obrigá-la a prestar um serviço social. Trata-se, portanto, de uma efetiva responsabilidade *social* e não *legal*.

Outra não pode ser a conclusão, se forem considerados os preceitos constitucionais antes analisados, relativos, principalmente, aos princípios fundamentais.

Diante da mencionada substituição parcial, pode-se exigir uma contrapartida do Estado; uma contrapartida que auxilie as empresas a exercerem sua função social e, também, as atividades sociais inerentes ao Estado.

Trata-se de uma contrapartida que transcende (embora a englobe) o que a doutrina definiu como "princípio da preservação da empresa". É, na realidade, a criação de incentivos e planejamentos, que possam impulsionar a atividade empresarial e econômica, na forma do artigo 174 da Constituição Federal.

---

[127] COMPARATO, **Estado, empresa**..., p. 46.

[128] JUSTEN FILHO, loc. cit., p. 14.

Alfredo Lamy Filho[129] abordou essa situação, e foi muito taxativo ao determinar que o Estado deve dar reconhecimento às empresas que, como lealdade, atuam em prol do interesse social. Ele sugere que sejam as empresas qualificadas entre boas e más corporações, como, aliás, está fazendo a B0VESPA[130].

Não deixa de ser um primeiro passo, mas certamente não é o suficiente. É necessário que o Estado atue e intervenha de forma efetiva e eficaz, salvando empresas em dificuldades econômicas, assim como faz com as instituições financeiras, por intermédio do PROER e com as cooperativas, por meio de programas como o RECOOP e PESA.

Essa atuação enérgica, típica de um "agente normativo e regulador da atividade econômica" (art. 174 da CF), é que se espera do Estado. Como será visto na seção seguinte, o Estado deve atuar e intervir para tutelar a atividade econômica.

Talvez a experiência norte americana nos oriente como, objetivamente, deverá ocorrer a contrapartida do Estado, além de meros incentivos fiscais e aparente incremento de atividades econômicas. Todavia, o fato é que medidas de proteção de determinados setores já são implementadas, como visto acima, o que demonstra que uma atuação enérgica do Estado pode viabilizar o prosseguimento ou até a preservação de um seguimento empresarial. Tome-se como exemplo o ramo da construção civil: se necessário, o Estado pode criar incentivos fiscais ou de crédito, para fomentar a construção civil e manter a higidez do setor, garantindo, ainda, a estabilidade das cadernetas de poupança, já que seus recursos são destinados à construção civil, e a liquidez das aplicações é lastreada no retorno dos recursos repassado ao setor.

---

[129] LAMY FILHO, loc. cit., p. 60.

[130] Conforme informa o **Jornal Valor Econômico**, de terça-feira, 22 de junho de 2004, na página D3, capítulo referente à "legislação", artigo de Daniele Camba.

Contudo, não se pode limitar a isso. Compete ao Estado, também, atuar no âmbito da autonomia privada, protegendo as empresas que enfrentam, por exemplo, um conflito societário entre os sócios que a compõe. Essa atuação se dará, em regra, por intermédio do Poder Judiciário, que deverá prestar a devida tutela jurisdicional ao caso concreto, até porque é um direito fundamental do cidadão obter a proteção jurisdicional quando direito seu encontra-se ameaçado ou lesado.

3.4 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

A necessidade de atuação do Estado na ordem econômica é recente, de certa forma, e surgiu devido a uma evolução histórica da sociedade capitalista.

Com efeito, o século XIX ficou marcado pelo constitucionalismo impregnado pelo liberalismo econômico e político, pelo qual afastava-se a possibilidade do Estado intervir na atividade econômica, garantindo-se, assim, a liberdade de mercado. Tome-se como exemplo as Constituições brasileiras de 1824 e 1891, que garantiram o direito de propriedade em toda a sua plenitude (p. 22 do art. 179 - Const. de 1824 - e p. 17 do art. 72 da Constituição de 1891).

No final do século XIX, porém, o capitalismo se transforma e iniciam as concentrações e a formação de grupos/blocos econômicos. Nesse momento, surgiu a necessidade de intervenção do Estado. Esse fato comprova que, segundo Farjat, citado por João Bosco Leopoldino da Fonseca[131], o "fenômeno da concentração empresarial foi o elemento decisivo para o surgimento do Direito Econômico". A partir de então, passou-se a dispor sobre a atuação do Estado no domínio econômico, como ocorreu com o Tratado de Versalhes e com a Constituição do México, de 1917. Mas foi a

---

[131] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 222.

grande crise de 1929 que determinou, definitivamente, a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico.

No Brasil, a Constituição de 1934 passou a admitir essa nova postura do Estado frente à ordem econômica, a qual foi reiterada na Constituição de 1937. O "desenvolvimento econômico" foi o motor para a introdução da intervenção do Estado no domínio econômico, na Constituição de 1967.

Na atual Constituição, o seu art. 174 estabelece que o Estado é o "*agente normativo e regulador da atividade econômica*", fazendo-se, portanto, a nítida opção de regular a ordem econômica.

A opção, como dito, é o resultado de uma evolução histórica do capitalismo, que após ter experimentado o liberalismo estatal, acabou sofrendo modificações, tendo em vista a necessidade do abandono das políticas de não intervenção após, especialmente, a grande crise de 1929.

Contudo, como adverte Fábio Ulhoa Coelho[132]:

> No final do século XX o estado capitalista tenta reassumir feições liberais, que o haviam caracterizado, ideologicamente, na origem. Isto é, ele procura se livrar de algumas das funções de intervenção na economia, que, após a crise de 1929, lhe foram reservadas.

Não obstante o ressurgimento das feições liberais[133] do estado capitalista e da consagração do princípio da livre iniciativa, segundo Raul Machado Horta o Estado brasileiro optou pelo dirigismo econômico, razão pela qual "A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei"[134].

---

[132] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 6.

[133] Não se pretende aqui entrar na discussão semântica da expressão, ou se aprofundar no tema para se analisar os tipos liberal, neoliberal e outros, como fez COELHO, **Curso de**..., p. 179-182.

[134] COELHO, **Curso de**..., p. 11.

Sem negar a possibilidade de intervenção do Estado, Miguel Reale[135] entende que o constituinte brasileiro optou pelo tipo liberal, admitindo-se, no entanto, a intervenção estatal para coibir e preservar a livre concorrência.

As formas de atuação e/ou intervenção do Estado na área de titularidade do setor privado, foram exaustivamente analisadas por Eros Roberto Grau, na sua obra A Ordem Econômica na Constituição de 1988.

Com efeito, o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, inicia tecendo algumas diferenças entre as expressões *intervenção* e a *atuação do estatal*. Para ele, a *intervenção* é a atuação do Estado na área de titularidade do setor privado ou de outrem, enquanto a *atuação estatal* tem um sentido mais amplo e é a atuação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto na de titularidade do setor privado. A *intervenção,* assim, é a ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito e a *atuação estatal* é a ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.

Conclui, com isso, que se chega à distinção que separa o campo dos *serviços públicos* do campo da *atividade econômica em sentido estrito*.

A atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito* acarretou grandes transformações no direito, notadamente na economia capitalista, que tem dois valores fundamentais, quais sejam: *propriedade privada dos bens de produção* e *a liberdade de contratar*.

No entanto, um valor estaria inserido em outro, porquanto a *liberdade de contratar* tem por efeito realizar a própria *propriedade privada dos bens de produção*, pois, do contrário, este ficaria imóvel sem aquele. Pode-se concluir, assim, que a *liberdade de contratar* é instrumento da *propriedade privada dos bens de produção*.

---

[135] Em artigos publicados em 1988 e 1989 nos Jornais Folha de São Paulo e O Estado de São Paulo, citado por GRAU, **A ordem**..., p. 207.

A *liberdade de contratar* estaria inserida no modelo ideal de liberalismo econômico, no qual imperava o voluntarismo contratual, podendo as partes criar o seu próprio direito, por intermédio da construção contratual.

No entanto, com a ampliação das funções do Estado ele passa a condicionar e direcionar o exercício da prerrogativa inerente à liberdade de contratar; passa-se, assim, do voluntarismo para o *dirigismo contratual*, limitando-se a *liberdade de contratar*.

A ação do Estado sobre os contratos passa a ser de vital importância para a configuração do exercício da atividade econômica, daí porque não mais se prestam exclusivamente para os anseios das partes, mas também para se atingir o fim último da atividade econômica.

Diante da falta de espontaneidade de contratar, a liberdade contratual sofreu limitações que Larenz, citado por Eros Roberto Grau[136], classifica em: **(i)** limitações imanentes ao próprio instituto contratual; e **(ii)** limitações derivadas de princípios de economia dirigida.

O primeiro item refere-se às obrigações de contratar quando a sua recusa contraria os bons costumes, como, por exemplo, o dever que os concessionários de serviço público têm de prestar serviço à comunidade e o médico, que não pode se recusar a atender um enfermo, sem justificativa plausível.

Quanto ao segundo tipo de limitações, elas surgem para a ordenação dos mercados, na economia dirigida.

Eros Roberto Grau[137] admite que o Estado não só impõe a contratação, como também pode determinar o próprio exercício da atividade econômica, como, por exemplo, a exploração de jazida mineral. O referido Autor esclarece que parte da

---

[136] GRAU, **A ordem**..., p. 128.

[137] Ibid., p. 129.

doutrina se nega a aceitar a existência dos contratos coativos, face à impossibilidade de substituição da vontade dos próprios contratantes. No entanto, ele afirma que não há a substituição da vontade das partes pela vontade da lei, mas sim a substituição da vontade de **uma das partes** pela vontade da lei. Assim, apenas uma das partes é vinculada, cabendo à outra optar por contratar ou não.

O contrato coativo é uma garantia da ordem econômica, pela qual se impõe ao particular o dever de contratar e assumir obrigação perante terceiro.

Por sua vez, João Bosco Leopoldino da Fonseca[138], em consonância com M. Afonso Vaz e L.S. Cabral de Moncada, qualifica a intervenção estatal em direta e indireta. A primeira é quando o Estado assume a forma de empresa pública, ou sociedade de economia mista ou, ainda, quando "assume a gestão da empresa privada, passando a dirigi-la quando interesses de ordem social o exijam."

Quanto à *atividade econômica*, o texto constitucional aparta essa expressão do chamado *serviço público*, embora elas acabem se misturando, razão pela qual é imprescindível a necessidade de distingui-las.

Com efeito, o art. 170 da Constituição Federal define o que seria *atividade econômica*, enquanto que o art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração da atividade econômica pelo Estado. O art. 175, por sua vez, determina que incumbe ao Estado a prestação de *serviços públicos* e o art. 174 estabelece que o Estado é o agende normativo e regulador da *atividade econômica*.

O *serviço público* é um tipo de atividade econômica, exercida preferencialmente pelo Estado. A atividade econômica é, também, uma *atividade econômica* exercida pelo setor privado. Portanto, *atividade econômica* é gênero e o *serviço público* e atividades econômicas são espécies. Para distinguir a atividade

---

[138] FONSECA, **Direito econômico**..., p. 244-251.

econômica enquanto gênero e enquanto espécie, Eros Roberto Grau[139] propõe a sua utilização em *sentido amplo* (gênero) e em *sentido estrito* (espécie).

Feita essa distinção, o autor esclarece que as hipóteses do art. 173 referem-se à exploração da atividade econômica, pelo Estado, em sentido estrito. A expressão atividade econômica do art. 174 deve ser entendida em sentido amplo, o que também ocorre com a hipótese do art. 170.

Outra distinção diz respeito às *atividades econômicas em sentido estrito* e *serviços públicos*. Genericamente, as primeiras caracterizam-se pela pretensão, imediata ou potencial, de especulação lucrativa, enquanto que o segundo não tem pretensão lucrativa.

Esclarecidos esses aspectos, Eros Roberto Grau conclui que a ação do Estado em relação ao processo econômico caracteriza-se pela expressão *atuação estatal*, enquanto que a *intervenção* refere-se à ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito ("domínio econômico").

Ele[140] acaba por classificar a intervenção do Estado em três modalidades: **(i)** intervenção por absorção e/ou participação; **(ii)** intervenção por direção; e **(iii)** intervenção por indução.

Na primeira, o Estado intervém no domínio econômico e desenvolve ação como agente econômico. Por absorção o Estado assume integralmente o setor e atua em regime de monopólio. Por participação, ele atua em regime de competição com as empresas privadas que atuam no setor.

Já nas intervenções por direção e por indução, o Estado age no domínio econômico como regulador da atividade. Por direção, ele estabelece mecanismos e normas para os sujeitos que exercem determinada atividade, enquanto que por indução

---

[139] GRAU, **A ordem**..., p. 134.

[140] Ibid., p. 158.

ele "manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados."[141]

Note-se que todas as modalidades de intervenção têm a função regulatória, o que confirma a afirmação de Miguel Reale, antes transcrita, que o Estado optou por um tipo liberal, admitindo, no entanto, a intervenção para coibir abusos e preservar a livre concorrência.

Em resumo, o Estado não têm participação ativa definida e objetiva, em prol da iniciativa privada. O Estado não tem uma contrapartida às atividades sociais prestadas pelo setor privado, que lhe auxilia.

Alfredo Lamy Filho logrou êxito em demonstrar a necessidade de uma participação mais ativa do Estado, e não só repressora ou regulamentadora, em troca do auxílio recebido do setor privado na área social. Independentemente disso, há que se afirmar que a atuação estatal ativa deve ocorrer em prol da ordem econômica e, portanto, sem o condicionamento das empresas terem prestado serviços sociais. Esse auxílio privado na área social seria, tão-somente, o motor para a elaboração de um planejamento orientador da iniciativa econômica.

Márcia Carla Pereira Ribeiro[142] aborda a questão, deixando claro o que aqui exatamente se pretende:

> Para que os fins sejam atingidos, a diversificação dos meios se impõe, daí a intervenção não significar apenas atuação direta ou repressora, mas também a oferta de incentivos - fiscais financeiros - para os agentes econômicos.

---

[141] GRAU, **A ordem**..., p. 159.

[142] RIBEIRO, loc. cit., p. 96-106.

Conclui ela afirmando que "tal forma de intervenção necessariamente será coerente com os objetivos da política econômica vigente, de forma a se tornar racional e operante."[143]

Houve um planejamento específico, com um objetivo concreto.

A professora da Universidade Federal do Paraná sugere, ainda, uma planificação que possibilite a intervenção direta no domínio econômico.

A questão, no entanto, não deve se restringir à criação de um planejamento estratégico, orientador da atividade econômica. Embora essa atuação estatal seja necessária e demasiadamente útil, o Estado tem que estar, também, afeto às revezes econômicas que acabam por inviabilizar ou dificultar um determinado seguimento ou uma determinada empresa, que exerça o seu papel social.

O fomento da atividade econômica desse seguimento ou dessa empresa parece inevitável. Não poderá o Estado permanecer inerte, diante de uma situação real e concreta de dificuldade de um setor ou de uma importante empresa. A expressão "importante empresa" tem, certamente, um conceito subjetivo e que não pode ser definido na teoria. Contudo, parece necessário se estabelecer parâmetros concretos: a empresa que exerce um relevante papel social na região em que atua estará, certamente, legitimada a obter um incentivo do Estado.

Uma alternativa concreta é apresentada por Márcia Carla Pereira Ribeiro[144], que sugere, de acordo com o interesse público, a reestruturação ou manutenção de empresas em dificuldade, cujo próprio mercado não mais é capaz de absorver a situação caótica criada, mediante o investimento de capital público. Os valores

---

[143] A questão se torna mais clara na medida em que exemplos concretos são analisados (embora não guardem relação direta com o direito de recesso ora analisado), como o que ocorreu no Estado Paraná, onde foram criados incentivos fiscais para determinadas empresas que pretendiam investir o seu capital estrangeiro no Estado, com o objetivo de atrai-las e, por conseqüência, fomentar a atividade econômica do Paraná.

[144] RIBEIRO, loc. cit, p. 98-99.

despendidos para salvar a empresa poderiam retornar de duas formas: **(i)** mediante a reversão do investimento em participação societária; ou **(ii)** mediante a criação de uma administração especial, coordenada por técnico do Estado, até que o investimento retorne ao Erário[145].

Tal medida evitaria a bancarrota da empresa e os reflexos dela provenientes, tais como a demissão em massa, a redução das receitas fiscais, a cessação das atividades sociais prestadas pela empresa etc.

Exemplo concreto disso é, como dito alhures, o PROER e o RECOOP, que embora não prevejam o retorno do investimento com a sua reversão em participação societária, estabelecem formas próprias e específicas para salvaguardar os setores a eles inerentes.

Todavia, para a aplicação de uma das hipóteses sugeridas por Márcia Carla Pereira Ribeiro, seria necessária - como ela própria adverte - a edição de lei específica autorizando o Estado a adquirir o controle societário de determinada empresa (art. 37, inc. XIX e XX da Constituição Federal), ou a adaptação legislativa, para se autorizar a administração especial, por técnico do Estado. Como lembra a autora, a intervenção estatal não é estranha do nosso ordenamento jurídico, como, aliás, ocorre na falência e nas intervenções extrajudiciais.

Ressalte-se, ainda, que não obstante a omissão da lei a esse respeito, o Judiciário diuturnamente determina - na maioria das vezes de forma correta, assevere-se - a intervenção judicial de empresas, em razão de conflito societário de âmbito interno. Na grande maioria das vezes, é nomeado interventor da confiança do juízo e, portanto, auxiliar do Judiciário. Isto é, não deixa de ser um técnico nomeado pelo Estado.

---

[145] Note-se, por exemplo, que a Agência de Fomento do Estado do Paraná e o Fundo de Desenvolvimento Econômico têm funções semelhantes a essa e já fizeram investimentos financeiros em empresas do setor privado, para auxiliar na sua reestruturação financeira. O retorno do capital público investido se dá, normalmente, sob uma das duas formas apontadas por Márcia Carla Pereira Ribeiro.

Note-se que não é absurdo imaginar agora a substituição do privado pelo Estado, para a salvaguarda da empresa e da comunidade que dela depende.

Essa é, sem dúvida, a grande contrapartida do Estado, diante da sua parcial demissão das funções sociais que lhe são inerentes, em vista do auxílio recebido da iniciativa privada, atenta à sua responsabilidade e função social.

3.5 CONCLUSÕES

3.5.1 Algumas Considerações Adicionais à Atuação do Estado no Setor Privado

Considerando-se a necessidade de uma participação do Estado de forma ativa, em prol da estabilidade social e da manutenção da ordem econômica, deve-se ter em mente a possibilidade - e porque não responsabilidade - do Estado preservar as empresas que geram riquezas e cumprem a sua função social, não eivando esforços para tal[146].

Pretende-se, efetivamente, demonstrar a necessidade e possibilidade do Estado intervir no campo da autonomia privada, em prol da preservação de determinados entes jurídicos criados inicialmente pela vontade de determinados sócios.

---

[146] Neste sentido, pode-se utilizar o princípio da tripartição de poderes para se fazer essa abordagem doutrinária. Interessa para o presente trabalho a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, notadamente diante das atribuições a eles conferidas.

Com efeito, compete ao Poder Legislativo criar regras claras a fim de se preservar a atividade comercial das empresas operativas. Do acima exposto tornam-se evidentes as soluções palatáveis que podem advir do Estado, para salvar grandes grupos e importantes seguimentos, de revezes econômicas experimentadas pelo mercado interno ou global. Tome-se como exemplo o caso Parmalat, no qual o Poder Judiciário brasileiro já determinou a intervenção na administração da empresa mais de uma vez, conforme denuncia o Jornal Valor Econômico de 06 de abril de 2004 (**Jornal Valor Econômico**, ano 4, n. 984, primeira página, 06/04/2004).

Se programas especiais são criados para salvar o setor cooperativista ou o bancário, porque não se admitir a criação de procedimentos próprios e céleres para tutelar as situações conflituosas no âmbito societário interno de pequenos, médios e grandes grupos econômicos nacionais?

Nem se alegue que os artigos 655 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939 se prestam para tal finalidade, pois além de editados fora de uma realidade econômica fruto da globalização, não servem para a tutela dos interesses sociais, em um verdadeiro confronto de interesses particulares e sociais no âmbito do conflito societário.

O Direito Comparado se presta para concretizar o que no campo teórico e talvez hipotético se disse acima. Com efeito, o Decreto Legislativo italiano nº 5, de 17 de janeiro de 2003, bem demonstra a forma em que o Estado (Poder Legislativo) deve e pode cumprir a sua função, atuando no campo da autonomia privada. Por essa legislação, o direito italiano acabou por definir o procedimento judicial em matéria de direito societário e de intermediação financiária, atento às peculiaridades que esses temas de direito material trazem consigo. Não se pretende, nesse momento, defender eventual sucesso ou insucesso do Decreto Legislativo nº 5/2003, até porque é muito recente e deve ser observado na prática[147].

É evidente que não se pode pretender que um mesmo procedimento tutele os direitos obrigacionais e o direito societário, por exemplo. No entanto, esse é só um exemplo da possibilidade e necessidade do Poder Legislativo viabilizar a proteção almejada dentro da especificidade do Direito Societário.

Para o presente trabalho interessa afirmar que o Poder Legislativo poderá flexibilizar o direito de retirada, restringindo-o ou ampliando-o, mas sempre em prol

---

[147] O fato é que alguns processualistas italianos não estão recebendo muito bem a legislação, o que certamente fará com que em breve sejam apresentadas algumas críticas sobre ela.

da preservação do órgão que se originou com a constituição da sociedade. Como será observado na seção 5, subseção 5.2. adiante, por intermédio das chamadas cláusulas gerais o Poder Legislativo pode também dar certa liberdade ao Poder Judiciário, para que este atue no campo da autonomia privada conforme o caso concreto exija.

O que não se admite é que advenha do Estado (seja ele Legislativo ou Judiciário) a falta de flexibilização das regras societárias, causando abalo ou simplesmente inviabilizando o prosseguimento de atividade econômica exercida por determinada empresa.

Neste momento, aliás, surge a necessidade de atuação do Poder Judiciário, em prol da atividade econômica. É bem verdade que já se consolidou jurisprudência no sentido de se preservar a empresa. Na verdade, o princípio da preservação da empresa se originou jurisprudencialmente, pelo que se deve ovacionar a atuação do Estado (Poder Judiciário) neste sentido.

O caminho deve continuar sendo seguido, e se o Poder Legislativo não outorga elementos concretos para o Judiciário atuar de forma mais flexível e objetiva, criando regras e disciplina para os casos concretos conforme a realidade demonstrada nos autos, em prol da preservação do ente, competirá à magistratura o exercício da hermenêutica voltada à preservação do ente jurídico, pois superada esta primeira parte deste trabalho, parece não restar mais dúvidas de que o Estado não só pode como deve atuar no campo da autonomia privada, visando a preservação da ordem econômica como um todo.

Não se quer dizer - muito menos se defender - a antijuridicidade ou a aplicação meramente alternativa da legislação infraconstitucional. Muito pelo contrário, o que se pretende expor - e adiante objetivamente se abordará - é que as regras infraconstitucionais devem ser aplicadas em harmonia (e evidentemente em respeito) às regras constitucionais, permitindo-se, por isso mesmo, a extensão interpretativa de certos dispositivos - notadamente os que contenham cláusulas gerais - a fim de se

preencher lacunas no corpo do conhecimento, deixadas pelas normas federais infraconstitucionais.

Em outras palavras, o que objetivamente se pretende é demonstrar que o Poder Judiciário deve preencher o espaço deixado pelo Poder Legislativo, interpretando as normas relativas à chamada "resolução da sociedade em relação a um sócio" contempladas no Código Civil de 2002, de forma a se garantir a efetiva preservação do ente jurídico criado com a constituição da sociedade. Como será adiante demonstrado (subseção 4.4. da seção 4), uma análise meramente positivista do artigo 1.077 do Código Civil de 2002, não permite admitir a ampla liberdade dos sócios para o exercício do direito de recesso, o que deverá ser contemporizado pelo Poder Judiciário.

Assim, ao Estado incumbe "assumir o papel de facilitador da atuação da empresa. Incumbe-lhe, antes de mais nada, estar ao serviço da sociedade, em vez de procurar assumir a direção de seus rumos. Incumbe-lhe viabilizar e compatibilizar a primordial atividade e iniciativa individuais."[148]

Cabe ao Estado, assim, através das suas funções legislativa e judicial (notadamente), garantir a preservação da empresa, em especial da empresa socialmente responsável.

3.5.2 A Preservação da Empresa como Princípio Doutrinário e Jurisprudencial Frente à Dissolução Total da Sociedade

Antes de entrar em vigor o Código Civil de 2002, a legislação não previa a possibilidade de rompimento parcial dos vínculos societários, mas admitia a dissolução total por vontade de um sócio - estabelecida no revogado artigo 335, nº 5

---

[148] FONSECA, **Direito econômico**..., p. 231.

do Código Comercial -, a qual se baseou na ultrapassada concepção individualista do direito romano de que o contrato de sociedade era bilateral e, portanto, na superveniência de um fato que retirasse uma das partes contratantes (um dos sócios) do contrato, toda a relação era conduzida ao seu término.

No entanto, demonstrada a incompatibilidade do instituto da dissolução total para determinadas situações, a doutrina e a jurisprudência criaram o *princípio da preservação da empresa* que, segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto[149] e Luciano Campos de Albuquerque[150], justifica-se devido à natureza plurilateral do ato constitutivo da sociedade, a qual impede que o desfazimento da relação jurídica entre um sócio e a sociedade afete os outros vínculos jurídicos existentes entre ela e os demais sócios.

Realmente não há razão para se dissolver nem a sociedade nem o ente, se um dos sócios despede-se da relação jurídica estabelecida entre ele e a sociedade.

Já em 1960, Hernani Estrella[151] defendia a necessidade de preservação da empresa, contrariando o disposto no nº 5 do art. 335 do Código Comercial. Pouco depois, em 1967, Avelãs Nunes[152] tratara da exclusão de sócio ressaltando a "necessidade de proteger e conservar as empresas de que as sociedades são titulares", razão pela qual "A ordem jurídica deve, portanto, facilitar o afastamento daquele sócio cuja presença é elemento pernicioso para o seu normal funcionamento e para a prosperidade da sua empresa."

---

[149] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 278.

[150] ALBUQUERQUE, loc. cit., p. 164.

[151] ESTRELLA, Hernani. **Apuração de haveres de sócio**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1960. p. 76.

[152] NUNES, A. J. Avelãs. **O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais.** Lisboa: Almedina, 2002. p. 48-49.

Além de coerente, o *princípio da preservação da empresa* acabou contemplado na própria Constituição Federal de 1988 - como antes já analisado - e ao Judiciário coube interpretar o instituto em harmonia com a nossa Carta Magna.

É que enquanto organizadora dos fatores de produção para criação de bens e serviços destinados ao mercado, a existência da *empresa* repercute em toda a sociedade. Passa-se a compreender a razão da necessária preservação da *empresa*, mesmo na hipótese de antagonismo entre os sócios.

Todavia, a *função social da empresa* não está adstrita somente aos meios dinâmicos de produção. A empresa é, também, um meio de se cumprir a previsão constitucional do pleno emprego, pois ela é, indubitavelmente, geradora de empregos e de riquezas, e não pode ficar à mercê do exclusivo interesse de um dos sócios que terá seu vínculo rompido com a *sociedade* e com a *empresa*.

Como se vê, a importância da empresa não possui contornos meramente econômicos, nem diz respeito apenas aos interesses de seus sócios. Sua existência e preservação constituem interesse de toda a sociedade, inclusive e especialmente a do Estado[153].

Em vista disso, a jurisprudência acabou consagrando o princípio da preservação da empresa. Neste sentido:

> A jurisprudência, considerando a importância que as sociedades representam na formação da riqueza nacional, orientou-se no sentido de preservá-las, impedindo seu desenlace quando um dos sócios deixa de cumprir os deveres que a colaboração lhe impõe.
>
> Também a doutrina, sepultando velhos conceitos, passou a opor-se à sistemática da seredônia legislação, admitindo que, para poupar a sociedade de um sacrifício desastroso e inconveniente à economia nacional, fosse a dissolução parcial a providência preferida para a conjugação das crises que emperram o desenvolvimento das sociedades mercantis.
>
> (...)

---

[153] Seja pela receita com tributos, seja pelos serviços sociais prestados pela empresa (ou pela iniciativa privada), em substituição do próprio Estado.

> Aperfeiçoando e amenizando o sistema de dissolução consagrado no velho Código Comercial, o instituto da dissolução parcial atende, sem dúvida, aos interesses nacionais, à conveniência da sociedade e à vontade da maioria.[154]

Diante disso, não há mais que se indagar acerca da necessidade de preservação do ente ou do órgão.

O fato é que, na prática, de nada adianta a preservação da *empresa* sem a preservação do órgão ou, como afirma Calixto Salomão Filho[155], do feixe de contratos coordenados pelo órgão.

Embora tenha expressamente admitido o rompimento parcial dos vínculos societários, o novo Código Civil não ressaltou expressamente a função social da *empresa*, muito menos explicitou a preservação eficaz do órgão nas hipóteses de "*resolução da sociedade em relação a um sócio*"[156], perdendo uma boa oportunidade para trazer às relações jurídicas uma estabilidade ainda maior[157]. A omissão ou a lacuna deixada pelo legislador deverá ser preenchida pelo Judiciário, para que o Estado (Juiz) possibilite às empresas não só o seu prosseguimento, como a possibilidade delas continuarem prestando serviços sociais, em substituição do próprio Estado.

Note-se que a dissolução total das sociedades limitadas foi prevista nos artigos 1.087, 1.044 e 1.033 do Código Civil de 2002. Nesse momento chama a

---

[154] RT 619/199.

[155] SALOMÃO FILHO, **O novo**..., p. 31.

[156] Embora tenha admitido a "resolução da sociedade em relação a um sócio", não observou ou ressaltou a preservação do órgão. É verdade que a admissão da "resolução" parcial é reflexo da teoria da preservação da empresa, mas, como dito, o novo Código Civil não se manifestou sobre a função social nem protegeu expressamente o ente ou o órgão.

[157] Refere-se à preservação eficaz do órgão nas hipóteses de rompimento dos vínculos sociais e instabilidade gerencial da empresa, gerada pela ruptura dos vínculos. Embora essa preservação possa ser tutelada pelo Judiciário, supondo a existência de rompimento contencioso, o novo Código Civil poderia ter regulado tais intervenções.

atenção o inciso III do art. 1.033, que admite que a maioria dos sócios delibere pela dissolução total da sociedade. Além de ter sido inobservado o princípio da preservação da empresa, há um evidente contra-senso na legislação societária unificada e agregada[158] ao Código Civil, pois para deliberações muito menos relevantes se exige *quorum* de ¾ do capital social (art. 1.076, I).

Somado a esse contra-senso, percebe-se uma contradição entre os dispositivos do Código Civil, em relação à dissolução total da sociedade limitada. Com efeito, da interpretação do artigo 1.076, I, cumulado com o art. 1.071, VI, em face do artigo 1.033, III (aplicável às limitadas por força dos artigos 1.087 e 1.044), denota-se que os dois primeiros estabelecem *quorum* mínimo de ¾ do capital social enquanto que o segundo prevê o *quorum* de 50%; ambos para a dissolução da sociedade. Por evidente, o *quorum* a ser respeitado será aquele previsto no artigo 1.076, I, seja pelo fato da norma se dirigir diretamente à sociedade limitada, seja pela necessidade do Estado (Juiz) ter de interpretar a regra em prol da preservação da empresa e, por conseqüência, em prol da coletividade.

Por tudo o que foi dito nesta seção, há que se ressaltar, ainda, a possibilidade de ser preservada a empresa, mesmo que haja deliberação de sócios que atinjam o *quorum* de ¾ do capital social, determinando a dissolução da sociedade limitada. Tal fato se dará se a empresa efetivamente tiver uma função social a ser cumprida e se a sociedade e/ou o sócio remanescente tiverem condições de arcarem com os haveres dos sócios majoritários. Competirá, mais uma vez, ao Poder Judiciário, contemporizar a regra dos artigos 1.033, III, 1.076, I, e 1.071, VI, cumprindo a sua função e a contrapartida que se exige do Estado.

---

[158] O Código Civil de 2002, como se sabe, unificou o direito privado em um só *codex*, agregando à matéria civil parte do direito comercial. Foi mantida a Lei das Sociedades Anônimas, sendo este tipo societário o único a ser disciplinado em legislação distinta do "novo" Código Civil.

Concluída a análise da função social, do princípio da preservação da empresa e a responsabilidade desta e do Estado na sua manutenção, há que se enfrentar o "novo"[159] instituto do direito de retirada, à luz dos princípios ora abordados e debatidos.

[159] Novo no sentido de que o Código Civil de 2002 o disciplinou em diferentes dispositivos, implicando em algumas modificações antes não experimentadas.

4 O DIREITO DE RETIRADA NA SOCIEDADE LIMITADA: A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

4.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS: CONCEITO DE DISSOLUÇÃO, LIQUIDAÇÃO E EXTINÇÃO SOCIETÁRIA

Considerando que adiante serão analisados institutos que geram a dissolução parcial da sociedade, com a conseqüente liquidação das quotas do sócio retirante e a extinção, também parcial, da sociedade, é necessário esclarecer, em rápidas palavras, a distinção terminológica das expressões dissolução, liquidação e extinção, pois a prática forense demonstra que de forma até comum elas são utilizadas como sinônimos, o que é inadequado. Com efeito, Mauro Rodrigues Penteado[160] faz uma perfeita distinção entre as terminologias, conforme segue:

Por dissolução deve-se entender o desligamento, a separação dos vínculos societários que unem os sócios. "No sentido técnico, estrito, enumera a lei causas de dissolução cuja ocorrência, como visto, não determina a extinção da sociedade e da pessoa jurídica"[161]. Note-se que no Código Civil de 2002, a dissolução, assim compreendida, é designada "resolução da sociedade em relação a um sócio". A dissolução, assim, antecede a liquidação e a extinção. Penteado alerta que a expressão "dissolução" também é empregada em sentido lato, não merecendo reparos quanto a isso já que é amplamente aceita. Nesse sentido lato, a dissolução compreende as três etapas, quais sejam: **(a)** as causas da dissolução; **(b)** o estado e o procedimento de liquidação; e **(c)** o encerramento da sociedade ou a sua extinção.

---

[160] PENTEADO, loc. cit., p.16-21.

[161] Ibid., p.17.

A liquidação, por sua vez, é o estado jurídico que a sociedade será submetida após ter sido apurada uma das hipóteses de dissolução. A expressão designa, ainda, o procedimento instaurado, com o fim de realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios. Perceba-se que a liquidação, assim empregada, implica na realização de **todo** o ativo e passivo da sociedade, razão pela qual não pode ser assim considerada quando se tratar de rompimento parcial dos vínculos societários. Poderá se admitir a liquidação *ficta* da sociedade para fins de se apurar de forma mais próxima da realidade, o valor da quota do sócio retirante. Contudo, há que se observar que não se tratará de liquidação da sociedade, propriamente dita, mas sim de liquidação da quota do sócio que se retira, tornando-se necessária a compreensão dessa expressão.

Por fim, a extinção, que designa "o encerramento do procedimento de liquidação, o seu 'ponto final', do qual decorre o fim da sociedade e da pessoa jurídica"[162]. Há que notar que a extinção, assim compreendida, somente ocorrerá na dissolução total da sociedade. Quando do rompimento parcial dos vínculos societários, a extinção será desses vínculos, jamais da sociedade.

Tratando das fases de extinção da pessoa jurídica, Fran Martins aplica o conceito *lato* de dissolução para expor a sua ordem, conforme segue:

> Tais fases são, pela ordem de sua ocorrência, a liquidação do patrimônio social e a partilha dos lucros entre os sócios. Só depois de liquidado o patrimônio social e partilhado o remanescente entre os sócios, a sociedade pode considerar-se dissolvida. O Código Comercial, como acentuamos, não obedeceu a essa ordem, antepondo a dissolução à liquidação e partilha.[163]

---

[162] PENTEADO, loc. cit., p. 21.

[163] MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 290.

Ao contrário do que estabelecia o Código Comercial e aparentemente de forma oposta ao disciplinado por Mauro Rodrigues Penteado, Fran Martins remete a dissolução propriamente dita à fase final, posterior à liquidação e à extinção da sociedade. No entanto, se se considerar que a dissolução por ele empregada é o gênero ou a forma *lato*, nenhuma correção deverá ser feita, já que a dissolução que antecede todas essas fases, conforme expõe Penteado, é a *dissolução* espécie ou estrita. Conforme já exposto, a dissolução enquanto gênero também poderá ser considerada como o complexo de toda a operação de rompimento dos vínculos societários (*dissolução* estrita, liquidação e extinção).

4.2 O CARÁTER PERSONALISTA E CAPITALISTA DA SOCIEDADE LIMITADA

Para uma perfeita compreensão do instituto do recesso na sociedade limitada, é imprescindível que se analise o caráter personalista e capitalista da sociedade limitada, já que em cada uma dessas duas situações o tratamento a ser dado ao direito de retirada será distinto, conforme será adiante visto. Na parte consultada, a doutrina e a jurisprudência não abordaram com a precisão e profundidade necessárias a questão da natureza personalista e capitalista da limitada, sob a ótica do direito de recesso. Tal análise se dava, em regra, sob o prisma do direito de preferência e da transferência das quotas que, naturalmente, têm características distintas quando se trata de uma ou outra sociedade limitada.

Dito isso, passa-se a analisar a natureza de cada um desses tipos de sociedade limitada, objetivando uma maior compreensão do direito de recesso.

Relevante neste momento traçar algumas distinções básicas entre a sociedade de capital e a sociedade de pessoas.

Para Amador Paes de Almeida[164], é imprescindível a *affectio societatis* (vontade de se constituir em sociedade) nas sociedades de pessoas, já que ela é fundada no mais estreito relacionamento entre as pessoas dos sócios e se forma baseada nas qualidades pessoais dos sócios. A sua aplicação impede, também, a livre transferência das quotas, já que os estranhos interessados em ingressar na sociedade deverão ter a afinidade necessária com os sócios que permanecem, para que sejam admitidos no quadro societário. Isso faz com que a cessão de quotas ocorra somente quando caracterizada a *affectio societatis* entre os sócios que remanescem e o que ingressa na sociedade em substituição de outro que se retira.

Segundo esse mesmo autor, na sociedade de capital a pessoa do sócio é, em regra, irrelevante e a responsabilidade dos sócios é diluída. Para ele, a sociedade limitada tem caráter híbrido e, portanto, não pode ser classificada como sociedade de pessoas ou de capital.

Fran Martins[165] igualmente ressalta a importância da pessoa do sócio, que tem papel preponderante durante o nascimento e a vida da pessoa jurídica de caráter pessoal. Já na sociedade de capital, a relevância do sócio é reduzida, não causando qualquer constrangimento a sua substituição, pois para esse tipo de sociedade o que importa é a contribuição do sócio para o capital. Tal como no direito italiano, ele ressalta que a administração da sociedade de capital, e a sua fiscalização, podem ser delegadas a terceiros[166].

---

[164] ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31-98.

[165] MARTINS, loc. cit., p. 161.

[166] Tal ressalva foi feita, aparentemente, desconsiderando-se a possibilidade da sociedade limitada, pessoal ou de capital, ser administrada por terceiros, conforme autoriza o art. 1.061 do Código Civil de 2002. No entanto, a sua relevância permanece para a distinção que se pretende fazer.

A sociedade de pessoas, em sua essência, caracteriza-se pelo fato de se constituírem em razão do relacionamento particular que têm os sócios (*intuitu personae*), enquanto que a sociedade de capital caracteriza-se pela intenção dos sócios em reunirem-se para a exploração de determinada atividade, independentemente do relacionamento que possam ter, importando para tanto o *intuitu pecuniae*, conforme ressalta o Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto[167].

Analisando especificamente o caráter capitalista das sociedades limitadas, João Luiz Coelho da Rocha[168] ressalta que:

> A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é hoje mais do que uma simples co-irmã da sociedade anônima no nicho das pessoas jurídicas com limitação de responsabilidade dos sócios, também uma forma de empresa de capital [*sic*].

Esse autor chega a tecer algumas considerações entre a distinção do recesso nas sociedades anônimas e nas limitadas, com o intuito de caracterizar essa diferença entre as sociedades de capital e de pessoas.

4.2.1 A Sociedade Personalista e a Capitalista no Direito Italiano

A análise do tema ora proposto - e de outros que serão apresentados adiante - se dará analogamente ao direito italiano, pois, conforme Tullio Ascarelli[169], se por si só

---

[167] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 47.

[168] ROCHA, João Luiz Coelho da. As sociedades por quotas como sociedades de capitais. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 40, n. 12, p. 48-53, abr./jun. 2001.

[169] ASCARELLI, loc. cit., p. 34. Conforme o autor: "O direito comparado representa o meio para ampliar nosa experiência jurídica no espaço, meio semelhante ao que a história representa quanto ao tempo; permite-nos, através do enriquecimento da nossa experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas jurídicos, e, pois, reconstruir os traços fundamentais do direito na civilização atual ou em determinada época histórica, e as linhas básicas do seu desenvolvimento; auxilia-nos a compreender as relações entre as normas jurídicas e a subjacente realidade social; dá-nos as razões das diferenças; leva-nos à modéstia e à tolerância que decorrem do ampliamento da experiência. O direito comparado constitui auxílio indispensável para o progresso jurídico dos diversos países, oferecendo a possibilidade de utilizar, cada qual, as alheias experiências. Na prática é ele indispensável não só para examinar e resolver as freqüentes questões que, em cada sistema jurídico, demandam a aplicação da lei estrangeira, mas, também, para a organização das relações econômicas internacionais."

"O direito comparado constitui auxílio indispensável para o progresso jurídico dos diversos países, oferecendo a possibilidade de utilizar, cada qual, as alheias experiências", no caso concreto é ainda maior a relevância desse estudo comparado, diante do fato do Código Civil de 2002 ter unificado (pelo menos em parte) o Direito Privado, tal como a Itália em 1942. Entretanto, o Direito Societário na Itália, após a mencionada unificação, já sofreu a sua primeira grande reforma, a qual, pela sua importância e relevância, também será analisada adiante.

Como será observado no decorrer deste trabalho, notadamente nesta quarta seção, o legislador italiano enquadrou a *società a responsabilità limitata* (ou, tão-somente, *s.r.l.*) no rol das sociedades de capital, notadamente diante da regra do art. 2.484 do Decreto legislativo nº 6/2003, que trata da dissolução e liquidação das sociedades de capital, entre elas a *società a responsabilità limitata*. Assim, como observado por Mario Stella Richter Jr.[170], do ponto de vista do "sistema", a s.r.l. é disciplinada como uma sociedade de capital, por estar inserida no capítulo relativo à sociedade de capital.

Não resta dúvida, com isso, que a intenção do legislador italiano foi enquadrar a s.r.l. como sociedade de capital. Contudo, ao estabelecer os princípios gerais e critérios diretivos que norteariam a reforma do Direito Societário italiano, perpetrado por intermédio do D. lgs. nº 6/2003, o artigo 3º da Lei 366 de três de

---

[170] RICHTER JR., Mario Stella. La società a responsabilità limitata. In: DIRITTO delle società di apitali. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 186.

outubro de 2001[171] acabou por aproximar a sociedade limitada italiana do modelo personalista, ao determinar que a s.r.l. deveria ser modelada sobre o princípio da relevância central da pessoa do sócio e sobre o relacionamento contratual entre os sócios[172].

Depreende-se do texto do art. 3º da Lei 366/2001 que o legislador fez uma opção clara e precisa quanto à natureza da sociedade limitada italiana, inclusive e especialmente no que diz respeito ao direito de recesso que, igualmente, deverá se

---

[171] Art. 3º Lei nº 366 de 3 de outubro de 2001: "*Società a responsabilità limitata.* - 1. La riforma della disciplina della società a responsabilità limitata è ispirata ai seguenti principi generali: **a) prevedere um autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modelato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci**; **b) prevedere un'ampia autonomia statutaria**; c) prevedere la liberta di forme organizzative, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti com i terzi. 2. In particolare, la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) semplificare il procedimento di costituzione, confermando in materia di omologazione i principi di cui all'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340, nonchè eliminando gli adempimenti non necessari, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori sociali precisando altresì lê modalità del controllo notariale in relazine alle modifiche dell'atto costitutivo; b) individuare le indicazioni obbligatorie dell'atto costitutivo e determinare la misura minima del capitale in coerenza con la funzione economica del modello; c) dettare una disciplina dei conferimenti tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale; consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali; d) semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi; **e) riconoscere ampia autonomia statutaria** riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità; **f) ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale, nonchè del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali**; prevedere, comunque, la nullità delle clausole di intrasferibilità non collegate alla possibilità di esercizio del recesso; g) disciplinare condizioni e limiti per l'emissione e il collocamento di titoli di debito presso operatori qualificati, prevedendo il divieto di appello diretto al pubblico risparmio, restando esclusa in ogni caso la sollecitazione all'investimento in quote di capitale; h) stabilire i limiti oltre i quali è obbligatorio um controllo legale dei conti; i) prevedere norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale, nonchè in materia di liquidazione che siano idonee a tutelare i creditori sociali consentendo, nel contempo, una semplificazione delle procedure."

[172] Ainda, para RICHTER JR., loc. cit., p. 187, a autonomia estatutária é típica da sociedade de pessoas e ela potencializa a importância da pessoa do sócio.

fundar da relevância central da pessoa do sócio. Contudo, mesmo que essa tenha sido a opção do legislador italiano, deve-se ressaltar que a s.r.l. foi e é enquadrada no capítulo inerente às sociedades de capital.

Isso quer dizer que o legislador acabou por criar um "modelo capitalista atenuado", como afirmou Giuseppe Zanarone[173], porque embora exista a relevância central do sócio, as funções de empresa não se fazem exclusivamente em relação aos sócios como ocorre na sociedade de pessoas, mas também em relação a um ou mais órgãos[174].

Para Mario Stella Richter Jr.[175] o legislador parece ter pensado na s.r.l. em termos de "sociedade de pessoas à responsabilidade limitada", se referindo ao fato de que, em regra, uma das características das sociedades de pessoas é a responsabilidade ilimitada, como adverte Aldo Fiale[176].

Partindo do pressuposto de que o tipo societário, em regra, oscila entre dois modelos fundamentais (o capitalista e o personalista), é importante precisar o que em cada qual é relevante, até para que se entenda a extensão disso para o instituto do direito de recesso.

---

[173] ZANARONE, Giuseppe. Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata. **Rivista delle Società**, Milano, ano 48, n. 1, p. 58-111, jan./fev. 2003.

[174] Quanto à natureza capitalista do "modelo capitalista atenuado", Giuseppe Zanarone afirma: "*'Capitalistico' nel senso che, analogamente alla s.p.a. e diversamente dalle società pesonali, da un lato, le funzioni di impresa non fanno capo esclusivamente ai soci ma risultano da questi ultimi condivise con uno o più organi sociali.*" (ZANARONE, op. cit., p. 80).

[175] RICHTER JR., loc. cit., p. 184.

[176] FIALE, Aldo. **Diritto delle società**. 7. ed. Aggiornata alla riforma del diritto societario 9D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Napoli : Simone, 2003. p. 23.

Com efeito, Giuseppe Zanarone, agora em outro artigo[177], estabelece que no modelo capitalista[178] os sócios não estão empenhados na gestão do próprio investimento, mesmo que estejam interessados em controlar de perto a gestão da companhia, sendo irrelevante a pessoa do sócio (admitindo-se a livre transferência da participação) e havendo uma tendência à separação entre a qualidade de sócio e a função de empresa (criação do órgão independentemente da pessoa do sócio). Já no modelo personalista, ao contrário, os sócios estão empenhados na administração da empresa, sendo relevante e basilar o caráter "intuitu personae" (não se admite a livre transferência da participação) e há uma estreita relação entre a qualidade de sócio e a função de empresa (o ente é intimamente ligado às pessoas dos sócios)[179].

Na *società a responsabilità limitata* pós reforma do Direito Societário italiano, a relevância central do sócio se destaca em relação ao órgão social, seja diante do maior controle que o primeiro exerce, seja em face da sua importância dentro dos relacionamentos sociais internos. Com isso, os sócios hoje formam uma categoria contraposta a outras e o sócio simples pode se contrapor à coletividade dos sócios,

---

[177] ZANARONE, Giuseppe. "Quale modello legale per la nuova s.r.l.?". In: BENAZZO, Paolo de; PATRIARCA, Sergio; PRESTI, Gaetano. **Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private**. Milano : Giuffrè, 2003. p. 71-76. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale.

[178] Já Aldo Fiale destaca a responsabilidade limitada do sócio, como característica básica, e o fato de que a importância do sócio é deixada para um segundo plano. Afirma ele: "***Ciò si spiega con l'importanza secondaria delle qualità personali del socio, che interviene nella società solo in quanto detentore di ricchezza e no in quanto individuo particolarmente capace ed onesto.***"

[179] Afirma Giuseppe ZANARONE. In: BENAZZO, op. cit., p. 72-73: "*Quello capitalistico, da un lato, ispirato alle esigenze di una compagine di soci prevalentemente non impegnati nella gestione del proprio investimento anche se interessati a controllare da vicino l'altrui gestione del medesimo e dunque basato sulla tendenziale irrilevanza della persona del socio (libera trasferibilità della partecipazione), nonchè sulla tendenziale separatezza fra qualità di socio e funzioni di impresa (organizzazione uffici anzichè per persone). Quello personalistico, dall'altro, più adatto ai bisogni in uma compagine di soci direttamente interessati all'amministrazione dell'impresa e dunque basato tendenzialmente sull'*intuitus personae *(intrasferibilità della partecipazione) nonchè sula stretta inerenza delle funzioni di impresa, soprattutto gestoria, allá qualità di sócio (organizzazione per persone anzichè per uffici).*"

diante dos direitos a ele conferidos[180].

Esse caráter *sui generis* da s.r.l., definido pelas diretrizes traçadas pelo já citado art. 3º da Lei 366/2001, fez com que o legislador italiano necessariamente criasse uma disciplina autônoma para a s.r.l., independente da sociedade anônima, diante do princípio que governa a *società a responsabilità limitata*, da relevância central do sócio e das relações contratuais entre os sócios.

Isso fez com que a s.r.l. se apresentasse como um modelo autônomo e intermediário entre a sociedade de pessoas e de capital[181], muito embora alguns a aproximem mais da sociedade de pessoas, conforme será observado durante este trabalho.

O fato é que isso não desconfigura a natureza capitalista da sociedade limitada na Itália, notadamente diante da manutenção do princípio majoritário das deliberações e da livre transferência da participação social como regra[182], conforme disciplina o primeiro parágrafo do art. 2.469[183], alterado pelo D. Lgs. 6/2003.

4.2.2 A Natureza da Sociedade Limitada no Direito Brasileiro

Denota-se da análise acima feita que a natureza da sociedade limitada italiana acabou obedecendo as diretrizes traçadas pelo legislador, antes de se efetivar a reforma do Direito Societário na Itália. No Brasil, no entanto, as diretrizes orientadoras

---

[180] Cf. ZANARONE, **Introduzione**..., p. 76-77: "*parlando di 'rilevanza centrale del socio', abbia inteso comprendere, oltre ai soci come categoria contrapposta ad altre categorie, altresi il socio come singolo contrapposto alla collettività dei soci e dunque come minoranza contrapposta alla maggioranza, sembra uscire anch'essa confermata da uma prima lettura delle norme delegate.*"

[181] Cf. RICHTER JR., loc. cit., p. 185.

[182] ZANARONE. In: BENAZZO, loc. cit., p. 74.

[183] **Art. 2.469** (3). *Trasferimento delle partecipazione.* - Le partecipazioni sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per sucessione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo."

do Código Civil de 2002 limitaram-se à exposição de motivos do Prof. Miguel Reale, conforme será abordado na seção 5.

Portanto, enquanto lá o caráter pessoal da sociedade limitada (ressaltando que isso não desconfigura o caráter capitalista da s.r.l., como antes observado) na reforma do Direito Societário funda-se no princípio da relevância central do sócio, aqui a formação da pessoalidade ou não da limitada brasileira continua se baseando na orientação doutrinária - a qual não difere ou pouco difere da italiana - que emerge da interpretação da lei.

Ao fazer uma análise do direito comparado, o autor italiano Mario Stella Richter Jr.[184] expõe em rápidas e sucintas palavras que a sociedade limitada brasileira, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, se caracterizou como uma sociedade de pessoas com personalidade jurídica e o benefício da responsabilidade limitada.

A sua observação, em linhas gerais, é correta[185]. Contudo, a sua aproximação à sociedade de pessoas se dá diante da regra do *caput* do art. 1.053 do Código Civil de 2002, que estabelece a aplicação das normas relativas à sociedade simples, na omissão do capítulo inerente à limitada. Como será observado, essa regra não é nem de perto absoluta, notadamente diante do caráter híbrido da sociedade limitada.

Com efeito, desde a introdução do Decreto 3.708/1919, a limitada "ficou caracterizada como uma espécie de sociedade comercial, intermediária entre as sociedades de pessoas e de capital"[186]. Com a reforma de 2002, essa concepção se manteve, pois da sociedade de capital tem a limitação da responsabilidade do sócio e

---

[184] RICHTER JR., loc.cit., p.185.

[185] Contudo, a interpretação analítica da legislação brasileira demonstrará que a regra não é absoluta, notadamente diante da flexibilidade concedida pelo art. 1.053 do Cód Civil de 2002, à sociedade limitada.

[186] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p.190.

da sociedade de pessoas, tem a conformação contratual[187].

As características relevantes da distinção entre a sociedade de pessoas e a sociedade de capital, ressaltadas pelos doutrinadores[188], são: **(i)** a limitação ou não da responsabilidade dos sócios; e **(ii)** a livre transferência ou não da participação societária.

Quanto à responsabilidade dos sócios, há que se ressaltar que é da natureza da sociedade limitada a sua restrição. Essa regra foi mantida hígida com a redação do art. 1.052 do Código Civil de 2002, pelo qual se estabelece que os sócios responderão de forma restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Note-se que somente em relação à integralização do capital é que a responsabilidade extrapola o caráter restritivo para tornar-se solidário. Contudo, em relação à responsabilidade pelas obrigações sociais, persiste a limitação, o que aproxima a sociedade limitada da sociedade de capital, como já ressaltado acima.

A livre transferência da participação societária é admitida na sociedade de capital, já que pouco importa a pessoa do sócio e, assim, a sua permanência. Note-se que a cessão das quotas nas sociedades limitadas recebeu tratamento de sociedade de pessoas no art. 1.057 do Código Civil, já que admite a livre transferência das quotas somente a sócios e desde que seja omisso o contrato. Para a cessão das quotas a terceiros, a segunda parte do art. 1.057 a condiciona à omissão do contrato e à ausência de oposição de sócios titulares de mais de um quarto do capital social. Vale dizer, se

---

[187] Para justificar o veto ao Projeto de Lei nº 2.813/2000 (o qual previa a obrigatoriedade das então sociedades por quotas de responsabilidade limitada publicarem suas demonstrações financeiras), o Deputado Moreira Ferreira [FERREIRA, Moreira, relator do relatório da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (FERREIRA, Moreira. **Relatório da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo> Acesso em: 27 maio 2004)] alegou que a sociedade limitada insere-se no rol das sociedades de pessoas, não negociando valores mobiliários no mercado, o que tornaria despicienda a publicação de suas demonstrações financeiras.

[188] Entre eles, por exemplo, Amador Paes de Almeida, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Fábio Ulhoa Coelho e Fran Martins, conforme acima exposto.

mais de 25% do capital social discordar da cessão a ser feita, o sócio estará impedido de transferir as suas quotas, mesmo que o ato constitutivo não contemple a forma em que a cessão deva se dar[189].

Afora a autonomia contratual outorgada pelo mencionado dispositivo, ele aproximou a sociedade limitada das sociedades de pessoas. Isso porque a omissão do ato constitutivo gera a restrição da circulação das quotas.

Todavia, por se admitir que os sócios livremente disciplinem no ato constitutivo a forma em que deverá se dar a transferência da participação societária, o art. 1.057 (além do 1.053, como será analisado na subseção 4.3) acabou por permitir que uma sociedade limitada se aproxime mais da sociedade de capital ou mais da sociedade de pessoas, como observa o Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto[190].

Percebe-se que, do comparativo feito acima, entre as duas distinções das sociedades de pessoas e as sociedades de capital, cada vez mais se torna concreto o caráter misto da sociedade limitada, já que nos dois exemplos acima ela ora se aproxima de uma, ora de outra.

Fábio Ulhoa Coelho[191] traz, ainda, outras duas distinções relevantes. Ele conceitua a sociedade de capital e a de pessoas, demonstrando a relevância dessa distinção:

---

[189] É evidente que o contrato social poderá dispor de forma diferente, autorizando, por exemplo, a livre transferência das quotas, como também a transferência desde que todos os demais sócios concordem.

[190] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 191-192, *verbis*: "*Diante da liberdade de constituição da sociedade limitada, ela pode aproximar-se tanto de uma como de outra das mencionadas espécies.*" Faz referência as sociedades de pessoas e de capital. Prossegue: "*Identifica-se mais com as **sociedades de pessoas** quando, por exemplo, há rigor maior na substituição de sócios, com cláusulas estatuindo quorum qualificado para admissão de novos sócios ou para a recepção dos herdeiros do sócio falecido etc. Impregna-se de cunho de **sociedade de capital** quando estrutura-se à semelhança da sociedade anônima (prevendo, por exemplo, a administração tripartite com diretoria, assembléia geral e conselho fiscal etc.), permitindo, também, o ingresso de estranhos com mais facilidade ou com mecanismos que franqueiem a negociação das quotas sem exigir a concordância expressa dos demais sócios*".

[191] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 24.

> As sociedades de pessoas são aquelas em que a realização do objeto social depende mais dos atributos individuais dos sócios que da contribuição material que eles dão. As de capital são as sociedades em que essa contribuição material é mais importante que as características subjetivas dos sócios. A natureza da sociedade importa diferenças no tocante à alienação da participação societária (quotas ou ações), à sua penhorabilidade por dívida particular do sócio e à questão da sucessão por morte.

Portanto, também para Fábio Ulhoa Coelho a distinção básica entre uma e outra está, exatamente, na relevância dos atributos individuais da pessoa do sócio, na sociedade de pessoas, e na contribuição financeira de qualquer sócio para a sociedade, na sociedade de capital. Por essa razão, a transferência da participação societária na primeira é dificultada e, na segunda, em regra é livre.

4.3 RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE A SOCIEDADE DE PESSOAS E A SOCIEDADE DA CAPITAL PARA O DIREITO DE RETIRADA

Percebe-se que os autores acima colacionados não tratam, especificamente, da relevância da distinção entre a sociedade de pessoas e a sociedade de capital, para a compreensão do direito de recesso ou retirada.

Note-se que embora na sociedade de capital seja livre a transferência da participação societária, é nesta que o direito de recesso deverá ser mais restrito. Isso porque na sociedade de capital, o capital social é muito mais relevante, razão pela qual se deve preservar a sua intangibilidade, não permitindo o livre exercício do direito de recesso. A redução do capital com o pagamento dos haveres pode traçar o insucesso empresarial da sociedade, que necessita do investimento para a sua atividade comercial.

Já na sociedade de pessoas, o pagamento de haveres não causará, em regra, grande prejuízo financeiro à atividade empresarial da sociedade, pois o que interessa nessa sociedade é a pessoa do sócio e não o capital por ele investido. É bem verdade que a ausência de determinado sócio poderá implicar na inviabilidade do

prosseguimento da atividade empresarial da sociedade. Contudo, nessa hipótese há que se ressaltar o caráter humano do sócio (sendo pessoa física ou jurídica[192]), pelo qual há que se entender que a permanência do sócio insatisfeito inviabilizaria o prosseguimento da atividade empresarial da mesma forma. A sua presença física na sociedade não implica a manutenção da sua qualificação técnica, que gerou a formação da sociedade pessoal. Por essa razão, é relevante o caráter emocional da pessoa do sócio, que é a peça central da sociedade de pessoas.

Assim, embora não se admita a livre transferência da participação societária na sociedade de pessoas (devido à identidade de cada sócio), o recesso poderá ser mais amplo, exatamente pela relevância que se dá à pessoa do sócio.

Essa é, por exemplo, a razão do artigo 1.029 autorizar o recesso imotivado nas sociedades simples (reconhecidamente de pessoas) e o artigo 137 da Lei das Sociedades Anônimas restringir as hipóteses específicas e concretas o direito de retirada.

No entanto, há que se observar com restrições os artigos relativos ao recesso na sociedade simples e na sociedade anônima.

Em primeiro lugar, deve-se atentar que o artigo 1.053 do Código Civil de 2002 é imperativo ao afirmar que "A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples." E no seu parágrafo único, "O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima."

Note-se que para Alfredo de Assis Gonçalves Neto[193] a sociedade limitada pode se aproximar mais da sociedade de pessoas ou da sociedade de capital, dependendo do regime e dos instrumentos legais escolhidos pelos sócios.

---

[192] Diz-se caráter humano do sócio pessoa jurídica, porque como se sabe a manifestação de vontade do órgão social se origina na decisão das pessoas físicas.

[193] Conforme acima narrado e citado.

Fábio Ulhoa Coelho[194], por sua vez, faz uma interessante distinção entre a sociedade limitada regida, na omissão do capítulo à ela inerente, pelas regras da sociedade simples, e a sociedade limitada regida supletivamente pelas normas da sociedade anônima. Tal distinção tem como conseqüência a análise do direito de recesso entre uma e outra.

Com efeito, interpretando o artigo 1.053, Fábio Ulhoa Coelho expõe que o Código Civil de 2002 criou dois subtipos societários de sociedade limitada: um "é o da sociedade limitada sujeita à regência supletiva das normas da sociedade simples"[195] e a outra "é o das sujeitas à regência supletiva da LSA."[196]

No primeiro subtipo, ao qual ele atribui a existência de "um vínculo societário instável", ele defende a aplicação do artigo 1.029 do Cód. Civil de 2002 às sociedades limitadas, admitindo que:

> quando contratada por prazo indeterminado, qualquer sócio pode dela se desligar, imotivadamente, por simples notificação aos demais, a qualquer tempo. Aplica-se, com efeito, a essa sociedade limitada o disposto no art. 1.029 do CC[197].

Ele não esclarece como se dá essa aplicação, se o artigo 1.053 disciplina que as normas atinentes à sociedade simples aplicam-se na omissão do capítulo inerente à sociedade limitada. Antes, porém, de enfrentar essa omissão na doutrina de Fábio Ulhoa Coelho (conforme será feito na subseção 4.4), analisemos o seu segundo subtipo.

Pois bem, ainda para Fábio Ulhoa Coelho, existe um segundo subtipo de sociedade limitada, que são aquelas regidas supletivamente pelas normas da sociedade

---

[194] COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23-25.

[195] Ibid., p. 23.

[196] Ibid., p. 24.

[197] COELHO, **A sociedade**..., p. 23.

anônima, à qual atribuiu um "vínculo societário estável"[198]. Nessas o direito de recesso, segundo ele, ocorrerá somente nas hipóteses do art. 1.077 do Código Civil, pois a Lei das Sociedades Anônimas não contemplaria "qualquer forma de dissolução parcial da sociedade", razão pela qual "não há fundamento legal para o sócio pretender desligar-se imotivadamente do vínculo societário que o une aos demais."

Note-se que a argumentação de Fábio Ulhoa Coelho se fundamenta no elemento possibilidade de exercício do recesso imotivado. Partindo desse pressuposto, ele objetiva buscar na lei as hipóteses em que se admitiria a retirada imotivada. Considerando-se que se trata de uma interpretação legislativa parcial[199] e não sistemática, *data venia*, poder-se-ia admitir como correta a sua hermenêutica jurídica, contudo, não me parece possível que a lei seja assim analisada pela doutrina.

Dos primeiros estudos feitos acerca do instituto do recesso no novo Código Civil, filiei-me à corrente hoje defendida pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho, entendendo que o recesso poderia ter tratamento diferenciado para cada tipo de sociedade limitada[200]. Poderia até imaginar a possibilidade do recesso imotivado para toda e qualquer sociedade limitada, com base no artigo 1.029 do Código Civil. Entretanto, melhor analisando a matéria e depois de um estudo acurado sobre o tema, principalmente no Brasil e na Itália, pude perceber que o tratamento a ser dado para cada tipo societário não pode, em regra, se fundamentar em normas inerentes a outro tipo societário.

---

[198] COELHO, **A sociedade**..., p. 24.

[199] Destinada a uma conclusão pré-concebida.

[200] Embora discorde das expressões "vínculo societário instável" e "vínculo societário estável", como passarei a demonstrar, concordo plenamente com a existência de dois tipos de sociedade limitada, por força da interpretação do artigo 1.053, porém uma de cunho tendencialmente capitalista e outra personalista.

Com efeito, diferentemente de Fábio Ulhoa Coelho, hoje não qualifico a sociedade limitada como sendo de vínculo estável ou instável, de acordo com a norma do art. 1.053. Parece mais coerente e correto admitir a existência de duas sociedades limitadas, por força do art. 1.053, sendo uma com tendência personalista (a que se rege, na omissão do capítulo inerente à limitada, pelas regras da sociedade simples) e a outra com tendência capitalista (a que se rege supletivamente pelas normas da Lei das S/A).

Por evidente, a distinção entre uma e outra influirá na concepção do direito de recesso para cada qual, já que na capitalista a intangibilidade do capital social importa mais do que na personalista, como já esclarecido.

Observa-se, no entanto, que as duas limitadas têm **tendência** capitalista ou personalista, e não se pode afirmar que **são** uma ou outra, porque não será somente a adoção das regras da sociedade simples ou da sociedade anônima que definirá se a sociedade limitada será mais capitalista ou personalista. Conforme exposto acima[201], o seu enquadramento dependerá, também, de outros elementos, como a regra referente à transferência da participação societária, por exemplo.

4.4 O DIREITO DE RETIRADA NA SOCIEDADE LIMITADA BRASILEIRA: UMA INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LEI

Em um momento inicial, impõe-se conceituar[202] o direito de retirada ou recesso, como sendo "o direito de o sócio desligar-se da sociedade mediante o

---

[201] Em 4.2.2 *A Natureza da Sociedade Limitada no Direito Brasileiro.*

[202] Para COELHO, **A sociedade**..., p. 102, que entende que o direito de retirada, em regra, independe de motivo - como já exposto -, se trataria de "*direito inerente à titularidade de quotas sociais, denominado também* recesso *ou* dissidência. *Define-se retirada como o direito de o sócio se desligar dos vínculos que o unem aos demais sócios e à sociedade, por ato unilateral de vontade. Nessa hipótese, não há negociação. O sócio impõe à pessoa jurídica, por sua exclusiva vontade, a obrigação de lhe reembolsar o valor da participação societária.*" Discordo da literalidade desse conceito, por entender que o sócio não pode impor a sua retirada, exigindo da sociedade a obrigação de lhe reembolsar o valor da sua participação societária, se não houver o preenchimento das hipóteses legais.

recebimento de seus direitos patrimoniais de sócio, com conseqüente redução desse patrimônio e do capital social"[203].

De acordo com a dicção do artigo 1.077[204], sempre que discordar de alteração contratual poderá o dissidente exercer o seu direito de retirada, não sendo necessária a comprovação de que referida alteração possa causar ou tenha causado prejuízo ao sócio retirante. Nesse sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida antes da promulgação da Constituição Federal de 1988[205].

Como adverte Priscila M. P. Corrêa da Fonseca[206], o direito de recesso não pode ser exercido pelo dissidente com parte de suas quotas. Há, necessariamente, que ser exercido com a sua totalidade, até para que se configure a efetiva retirada. Outra questão relevante trazida pela mesma autora, diz respeito ao exercício do direito de recesso pelo sócio que se absteve de votar. Embora o pressuposto básico do direito de retirada seja a dissidência, aponta ela que: "Referentemente ao sócio que se abstém de

---

[203] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 279.

[204] O Anteprojeto Jorge Lobo disciplinava o direito de retirada nas sociedades limitadas prevendo hipóteses específicas para o seu exercício, não admitindo o recesso imotivado. O seu artigo 20 assegurava o direito de recesso nas seguintes hipóteses: quando "I - *verificar-se a quebra do espírito associativo, que possa impedir a realização do objeto social e pôr em risco o empreendimento, desde que não imputável ao sócio retirante; II - a sede social for transferida para outro país; III - houver modificação substancial do objeto social; IV - for alterado o quorum das deliberações nas assembléias gerais; V - a sociedade não produzir ou não distribuir lucros durante três exercícios consecutivos; VI - a sociedade realizar operações de incorporação, fusão ou cisão ou vier a participar de grupo de sociedades; VII - a sociedade e os demais sócios se opuserem à cessão para terceiros da totalidade das quotas possuídas pelo sócio, sem que tenha ocorrido conflito de interesses provacado pelo retirante ou desaparecido o espírito associativo por justo motivo sem que se lhe possa atribuir culpa; VIII - for deliberada alteração do contrato social que provoque séria mudança de risco econômico ou aumento do capital social, que venha a acarretar expressiva alteração de sua participação societária.*" Chama a atenção o fato do dispositivo ora transcrito ter feito tanta referência à *affectio societatis*, ou, em outras palavras, espírito associativo.

[205] O STF decidiu que o prejuízo não é pressuposto do direito de recesso (REext. nº 104.895, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Madeira, j. 21-10-1986, RDM 85/60).

[206] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 27.

votar, ou seja, o que deixa, voluntária ou involuntariamente, de concorrer para a formação da vontade social, equipara-se, a nosso ver, ao sócio que votou contrariamente à deliberação referendada pela maioria."[207]

Permite-se, assim, que o sócio que se abstém de votar exerça o direito de recesso, muito embora a abstenção não possa ser caracterizada como concordância ou dissidência.

O direito de recesso distingue-se da renúncia, porquanto naquela pressupõe-se o recebimento de haveres em face do desligamento e nessa admite-se o mero rompimento dos vínculos sociais, sem que o sócio receba haveres da sociedade. Contudo, em ambas não há a exoneração da responsabilidade do sócio.

Partindo da interpretação dada por Fábio Ulhoa Coelho em relação ao recesso, conforme observado na subseção 4.3, deve-se analisar o direito de recesso no Brasil, inicialmente sob uma ótica positivista para depois partir para a interpretação que entendo correta, diante da necessidade de preservação do ente ou do órgão social.

Note-se, nesse particular, que a interpretação positivista descarta juízos de valor, para fundar-se somente em juízos de fato, na tentativa de "transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência", conforme nos informa Norberto Bobbio[208]. Isso não quer dizer que o positivismo jurídico não se preste para se estabelecer a necessidade de preservação da empresa, até porque essa tem, hoje[209], fonte legislativa e não só jurisprudencial. Como se sabe, o positivismo jurídico admite a "teoria da legislação como fonte preeminente do direito"[210] e "sustenta a teoria da

---

[207] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, loc. cit., p. 35.

[208] BOBBIO, **O positivismo**..., p.135.

[209] Notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que disciplinou a resolução da sociedade em relação a um sócio.

[210] BOBBIO, **O positivismo**..., p.132.

coerência e da completitude do ordenamento jurídico"[211], a qual não admite a coexistência de duas normas contraditórias (daí afirmar-se que as normas dos artigos 1.029 e 1.077 do Código Civil se prestam para tipos societários distintos, não se tornando contraditórias) e considera que das normas explícita ou implicitamente estabelecidas no ordenamento jurídico o juiz poderá extrair a solução para qualquer caso concreto, razão pela qual o positivismo jurídico não admite lacunas no direito.

Entretanto, a correta aplicação do instituto do direito de recesso pressupõe a valoração não só do princípio da preservação da empresa, como do direito individual da parte e de todos os direitos que gravitam em torno da empresa[212], o que permite por em dúvida a utilização pura e simples do positivismo jurídico para a adequação do instituto à realidade jurídico/material[213].

Retornando à interpretação dada por Fábio Ulhoa Coelho em relação ao recesso, torna-se clara a razão para dela se discordar. Com efeito, ele parte de uma hermenêutica isolada do artigo 1.053, quando o sistema assim não permite. Vale dizer, além do seu estudo ter, aparentemente, como origem o objetivo de encontrar uma solução para o direito de **recesso imotivado**, ele parte de uma distinção conceitual entre

---

[211] BOBBIO, **O positivismo**..., p.132.

[212] Do Estado, dos empregados, dos terceiros contratantes, dos consumidores, do meio ambiente, etc.

[213] É que se se admite que a atividade do juiz na interpretação dos casos que tratam do exercício do direito de recesso pode ser criativa (tal como foi a criação do princípio da preservação da empresa), estaremos acatando uma teoria interpretativa antipositivista, pois conforme leciona Norberto BOBBIO, **O positivismo**..., p. 211: "Na realidade, a dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognosciva da jurisprudência. Para o primeiro, esta consiste numa atividade puramente *declarativa* ou *reprodutiva* de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente *passivo* e *contemplativo* de um objeto já dado; para os segundos, a natureza cognosciva consiste numa atividade que é também *criativa* ou *produtiva* de um novo direito, ou seja, no conhecimento *ativo* de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir."

as sociedades limitadas e as anônimas. Ele considera que uma é contratual e a outra é institucional (o que é correto) e, portanto, não é uma regra absoluta a aplicação das normas das S/A nas sociedades limitadas. Da leitura de parte do seu livro[214] denota-se que ao considerar a limitada como uma sociedade contratual, tal como a sociedade simples, ele estendeu a interpretação do art. 1.053, para permitir a aplicação do artigo 1.029 às limitadas regidas "supletivamente"[215] pelas regras das sociedades simples.

Em contrapartida, e considerando que a sociedade anônima é uma instituição, para que fosse aplicada a Lei das S/A, seria necessária a contratualidade da matéria disciplinada no ato constitutivo. Em outras palavras, "a Lei das Sociedades Anônimas somente é aplicável às limitadas nas matérias a respeito das quais podem os sócios contratar. Nos assuntos que escapam ao âmbito das negociações entre eles, não incide."[216]

Entretanto, as normas atinentes à Sociedade Anônima se aplicam: **(i)** quando os sócios optaram pela regência supletiva da Lei das S/A - p.u. do art. 1.053; e **(ii)** sempre que houver uma omissão nas regras expostas no capítulo IV (art. 1052 a 1.087) do Código Civil, independentemente da "contratualidade" ou não da matéria. Pode-se dizer, assim, que as normas relativas à Lei das S/A não se aplicam se no capítulo referente à sociedade limitada elas estiverem disciplinadas[217].

---

[214] COELHO, **A sociedade**..., p. 18-25.

[215] Utilizando as expressões corretas adotadas no artigo 1.053, deveríamos falar em "nas omissões deste capítulo"; capítulo inerente às sociedades limitadas.

[216] COELHO, **A sociedade**..., p. 20.

[217] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 191, *verbis*: "*Nesse ponto é bom esclarecer que a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da Lei das Sociedades por Ações não significa substituição de regime. O regime jurídico da limitada é aquele que está nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, complementado pelos seus artigos 997 a 1.038 e 1.044. Assim, não é possível que uma regra da Lei do Anonimato venha a ser aplicada quando há tratamento específico da matéria nesses dispositivos legais.*"

Da mesma forma deve-se entender em relação às normas afetas à sociedade simples. Isto é, elas se aplicarão à sociedade limitada: **(i)** quando os sócios optarem pela regência das regras relativas à sociedade simples, ou se omitirem a esse respeito - art. 1.053; e **(ii)** quando houver omissão da matéria no capítulo referente à sociedade limitada.

Nesse particular, observa-se que o *caput* do art. 1.053 é claro ao afirmar que somente na omissão do capítulo inerente à limitada é que se aplicarão as regras da sociedade simples.

Partindo-se dessa premissa, há que se afirmar que não há omissão no capítulo inerente às limitadas, em relação ao instituto da retirada. Com efeito, o artigo 1.077 é suficientemente claro ao disciplinar o direito de recesso na sociedade limitada, como já observado.

Em não havendo omissão em relação ao recesso nas sociedades limitadas não há que se falar em aplicação do artigo 1.029, sendo possível o exercício do direito de retirada se preenchidas as hipóteses do artigo 1.077. Isso vale tanto para a sociedade constituída por prazo determinado quanto para a constituída por prazo indeterminado[218], já que o artigo 1.077 não faz qualquer distinção quanto a isso.

Segundo José Waldecy Lucena[219], o direito de retirada "há de fundar-se contudo em causa elencada em lei. Trata-se de denúncia cheia ou plena." Para ele, a saída do sócio sem causa ou motivo, "depende do consentimento dos consórcios, se não houver cláusula contratual expressa autorizando-a."[220]

---

[218] Embora Fabio Ulhoa COELHO, **A sociedade**..., p. 102-103, afirma que nas sociedades limitadas contratadas por prazo indeterminado aplica-se o artigo 1.029, admitindo-se, portanto, o recesso imotivado, e nas contratadas por prazo determinado, deve-se aplicar o artigo 1.077, permitindo-se somente a retirada motivada.

[219] LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 572.

[220] Ibid., p.573.

Portanto, não se pode estender a aplicação do art. 1.029 às limitadas, seja pelo fato da denúncia ter de ser cheia, seja pela clara disciplina dos artigos 1.077 e 1.053.

Contudo, Fabio Ulhoa Coelho não defende isoladamente a aplicação do art. 1.029 às sociedades limitadas. Com efeito, Priscila Corrêa da Fonseca afirma que: "Enquanto vigorar a aplicabilidade às limitadas das normas relativas às sociedades simples, não se vislumbra razão que justifique a impossibilidade de incidência da faculdade contemplada no art. 1.029 às sociedades limitadas". Além da ausência de omissão no capítulo inerente às limitadas, outra impossibilidade se apresenta à aplicação do art. 1.029: trata-se do princípio da preservação da empresa, o qual restará inobservado em determinadas situações, se se admitir o livre exercício do direito de recesso, mesmo que os sócios não tenham a intenção de assim estabelecer, quando da constituição da sociedade. Como será analisado nas subseções 4.5, 4.6 e na seção 5, as hipóteses de recesso previstas na lei e, portanto, conferidas aos sócios, não podem ser renunciadas nem restringidas. Assim, se admitíssemos o livre exercício do direito de recesso, além da inobservância do sistema criado pelo legislador, estaríamos diante da total ineficácia da autonomia contratual em relação à matéria, já que o direito concedido ao sócio independeria do que fosse estabelecido em contrato. Essa experiência vem sendo experimentada na Itália e lá já é fruto de forte irresignação, conforme será exposto em 4.6.

Note-se que é coerente - embora impreciso, como será adiante demonstrado - o regime positivista adotado pelo art. 1.077, pois, considerando-se tratar de uma sociedade híbrida, localizada em regra entre a sociedade de pessoas e a de capital, objetivou-se criar certas restrições ao recesso e, ao mesmo tempo, admitir uma ampla possibilidade de hipóteses.

Em outras palavras - e para eliminar o aparente paradoxo - não se permitiu o recesso imotivado (tal como ocorre nas sociedades simples), mas também não foram contempladas hipóteses tão restritas quanto às da Lei das Sociedades Anônimas.

Essa interpretação positivista é a mais coerente para o sistema criado pelo legislador, ressaltando-se, uma vez mais, que na sua Exposição de Motivos não há uma justificativa para esse dispositivo, a não ser que a unificação do direito privado no Brasil, em 2002, ocorreu à semelhança da Itália em 1942, onde se previa regra muito semelhante à do nosso art. 1.077, como será explorado em 4.6.

Diante disso, facilmente percebe-se que o legislador nada inovou em relação ao artigo 15 do Decreto 3.708/1919, já que admite o recesso em caso de divergência de alteração contratual. O acréscimo da fusão ou incorporação ao texto do art. 1.077 nada muda, já que ambas se realizam por intermédio de uma alteração contratual, como observou Alfredo de Assis Gonçalves Neto[221].

Em relação às operações de cisão e transformação, aparentemente não contempladas no art. 1.077, é importante ressaltar que o texto desse dispositivo pode dar margem à interpretação equivocada, *data venia*, como ocorreu nos comentários feitos a esse artigo, por Ricardo Fiúza[222]. Com efeito, ele faz referência à omissão da lei em relação às operações de transformação e cisão, afirmando que o contrato poderia adicionar essas hipóteses para que o sócio pudesse se retirar da sociedade quando elas ocorressem e quando ele discordasse. Contudo, a cisão necessariamente se opera por alteração contratual, o que já legitimaria o dissidente a retirar-se da sociedade, e a transformação está condicionada, como regra, à unanimidade dos sócios (artigo 1.114 do Código Civil), o que já automaticamente afastaria a possibilidade do recesso. Admitindo-se eventual desnecessidade da totalidade dos sócios para a transformação, o direito de retirada nessa hipótese vem disciplinado no próprio art. 1.114.

---

[221] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 281.

[222] FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 969.

O direito de retirada no Código Civil de 2002, assim, poderá ser exercido sempre que o sócio discordar de qualquer alteração contratual[223], não podendo - em qualquer hipótese - desligar-se da sociedade imotivadamente. É evidente que se os sócios admitiram no ato constitutivo da sociedade a possibilidade do exercício do direito de retirada, independentemente de motivo, não será necessária a dissidência do sócio retirante; basta que ele exerça o seu direito assegurado no ato constitutivo. Essa hipótese, aliás, não é vedada pelo ordenamento jurídico, que apenas elenca um direito mínimo, sem inviabilizar a sua ampliação, conforme bem observou José Waldecy Lucena[224].

Deve-se esclarecer, no entanto, que não se admite a restrição do direito de recesso no ato constituído, pois se trata de um direito essencial[225], tal como previsto na Lei das S/A no seu artigo 109, inciso V. No mais, como se trata de uma faculdade, poderá o sócio renunciá-lo posteriormente, não exercendo o direito de retirar-se. É evidente que se os sócios estabelecerem a necessidade de unanimidade para a tomada de certas deliberações, não haverá o direito de recesso, porque não haverá dissidência.

Em relação ao prazo para o exercício do direito de retirada é interessante notar que a legislação antes em vigor (Decreto 3.708/19) não o previa. Diante disso, considerando-se que o artigo 18 do Decreto 3.708/19 estabelecia a aplicação da Lei das S/A nos assuntos por ele não disciplinados ou no ato constitutivo não previstos, a

---

[223] Nesse sentido: ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 8. ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 28; LUCENA, op. cit., p. 583-595 e GOLÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 281.

[224] LUCENA, op. cit., p. 695-696). Rachel Sztajn, no entanto, não admite a introdução de novas hipóteses no ato contitutivo, sob o pressuposto de que a modificação da única regra significaria "restringi-la dando à maioria a faculdade de alterar o contrato, sempre que o dissidente possa deixar a sociedade." Todavia, por tudo que foi e que ainda será exposto, discorda-se desse posicionamento, notadamente diante do fato de que a ampliação das hipóteses de recesso não gerará a possibilidade da maioria alterar o contrato (SZTAJN, Rachel. **O direito de recesso nas sociedades comerciais**. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 27, n. 71/53, p. 50-54, jul./set. 1988).

[225] Como observa Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 229, José Waldecy Lucena (conforme nota de rodapé acima) e outros.

doutrina teve a tendência de se orientar no sentido de que o direto de recesso devia ser exercido no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da deliberação social[226].

Entretanto, conforme Alfredo de Assis Gonçalves Neto[227], "prevaleceu o entendimento de se reputar possível o exercício do direito de retirada a qualquer tempo, até a ocorrência de outra alteração contratual que o dissidente da anterior viesse a assinar", já que o dissidente poderia não ter ciência ou não ter tido acesso à deliberação tomada, deixando escoar o prazo sem observar a ocorrência de deliberação.

O Projeto Jorge Lobo (Anteprojeto de Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada) foi pontual e preciso nesse aspecto, determinando a necessidade de notificação do dissidente acerca da deliberação tomada, para que exercesse o direito de retirada no prazo variável de 15 a 30 dias da data da notificação.

No entanto, o Código Civil de 2002, por intermédio do art. 1.077, pôs fim à discussão, estabelecendo claramente o prazo de 30 (trinta) dias "subseqüentes à reunião", para o exercício do direito de recesso. Pressupondo-se que os sócios podem ampliar as hipóteses de retirada, entendo que os sócios podem prever prazo superior aos trinta dias. Contudo, igualmente não se admitirá restrição ou redução desse direito, estabelecendo-se prazo inferior[228].

Ocorre, porém, que o termo *a quo* para a contagem desse prazo gera e ainda gerará muita controvérsia. Com efeito, note-se que o legislador considerou a necessidade de convocação de todos os sócios para participarem da reunião e das deliberações sociais, conforme prevê o art. 1.072. Diante do que dispõe este dispositivo, nenhuma deliberação

---

[226] Cf. LUCENA, loc. cit., p. 594-595.

[227] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 283.

[228] Nesse sentido também se manifesta Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 285.

poderá ser tomada fora do ambiente da reunião ou assembléia, ou sem a participação e presença de todos os sócios (parágrafo 3º, art. 1.072), razão pela qual, em tese, o termo *a quo* para a contagem do prazo estaria perfeito.

Entretanto, não são raras as hipóteses em que se admite o arquivamento de alteração contratual por deliberação da maioria qualificada (considere-se, nesse exemplo, percentual do capital social superior a 75%), sem que a deliberação tenha sido tomada em reunião ou assembléia e sem que tenha sido dada ciência ao sócio minoritário. Embora essa alteração contratual, na qual se materializa a deliberação social, seja passível de nulidade, há que se considerar que o prazo do sócio minoritário (não convocado para a reunião e desconhecedor do arquivamento da alteração contratual) para o exercício do direito de retirada não se iniciou.

Nessa hipótese há que se admitir que, ou a alteração é nula, não havendo aí deliberação, ou o prazo para o recesso se inicia quando da efetiva e comprovada ciência do sócio minoritário.

A escolha, por evidente, cabe ao sócio minoritário, que foi o suposto prejudicado[229] pela atitude dos majoritários. Essa conclusão torna-se evidente na medida em que a legislação admitiu que o ato constitutivo é um contrato e que, como tal, os majoritários desrespeitaram aos princípios da boa-fé e probidade (art. 422 do Cód. Civil 2002), conforme observado na seção 2, subseção 2.2 deste trabalho.

Assim, estará assegurado ao dissidente o seu regular exercício do direito de retirada, sem que seja compelido a "montar plantão" na Junta Comercial ou assuntar e investigar incessantemente a ocorrência de deliberação para a qual não foi sequer informado.

---

[229] Relembrando que o prejuízo não é pressuposto do direito de recesso, razão pela qual se fala em "suposto prejudicado". Mesmo nessa hipótese ele não poderá ser compelido a demonstrar ou comprovar qualquer prejuízo para exercer seu direito.

Nesse momento torna-se relevante analisar quando efetivamente nasce o direito de retirada, já que o seu surgimento em regra implica no início do trintídio legal. Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ele nasce com a deliberação de alteração do contrato social[230]. Contudo, parece-me importante que se faça uma distinção entre o surgimento desse direito e o início do prazo de trinta dias.

Com efeito, o seu nascimento se dá quando da deliberação, o que já autorizaria o dissidente a desligar-se da sociedade, mesmo não tendo sido materializada a deliberação por intermédio da respectiva alteração contratual. Pode-se indagar, nesse momento, se será possível o exercício do direito de retirada antes mesmo de firmada a alteração contratual, considerando-se que o artigo 1.077 do Código Civil prevê a hipótese desse direito, quando da "modificação do contrato". Penso que sim; será possível o exercício desse direito, quando houver deliberação que dependa de alteração contratual para a sua efetivação e quando houver dissidência do sócio pretensamente retirante, independentemente de ter sido firmada a respectiva alteração contratual. Note-se que tal afirmação se dá, diante, exatamente, da regra do trintídio legal disposta na parte final do artigo 1.077, pois ali se estabeleceu o prazo de trinta dias "subseqüentes à reunião" e não trinta dias subseqüente ao arquivamento da alteração. Vale dizer, se, por exemplo, a deliberação ocorrer no dia 10 de maio e os sócios majoritários firmarem a alteração no dia 12 de junho, em tese o prazo para o exercício do direito de retirada teria fluído. Seria inconcebível tal regra, razão pela

---

[230] Diz ele: "*Nesse contexto, o momento da fixação do início da contagem do prazo justifica-se, eis que o sócio deve ser convocado para a reunião ou para a assembléia que irá deliberar sobre a alteração contratual, ficando, desse modo, ciente da matéria a ser nela deliberada. Como a ata da reunião não é publicada, cabe ao sócio informar-se do que foi decidido para adotar as providências que julgar do seu interesse.*

Tal conclusão aparentemente supõe que a deliberação, materializada em ata, seja simultaneamente cumprida com a lavratura do instrumento de modificação do contrato social, porque só nesse instante é que nasce o direito de recesso (art. 1.077). No entanto, a norma não deve ser interpretada no seu sentido literal, devendo-se entender que o direito de recesso nasce com a deliberação de alteração do contrato social" (GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 284).

qual deve se admitir a possibilidade do exercício do direito de retirada, antes mesmo de alterado o contrato social. Isso admitiria, ainda, que antes de firmada a respectiva alteração contratual, os sócios majoritários e a sociedade revissem sua deliberação e a reconsiderassem[231], cessando-se, assim, a dissidência motivadora do recesso.

Já o início do prazo de trinta dias para o exercício do direito de recesso nem sempre iniciará quando do nascimento desse direito. É que, embora em regra o termo inicial para a contagem do prazo para o exercício do direito de retirada deva fluir desde a deliberação (tomada em reunião ou assembléia, conforme artigos 1.072 e 1.077), impõe-se observar a situação acima exposta, em relação ao eventual arquivamento de alteração pela maioria, sem que o minoritário tenha sido convocado ou informado para deliberar a respeito.

Assim, enquanto direito, o recesso tornou-se possível desde a deliberação. Todavia, se o seu titular não tinha ciência do seu surgimento e, muito menos, dos fatos que deram ensejo ao seu nascimento, o seu exercício será possível no prazo de trinta dias contados da ciência inequívoca do seu titular. Para tanto, pouco importa se a deliberação tenha ou não sido materializada na alteração contratual, bem como se ela foi ou não arquivada perante a Junta Comercial.

Qualquer obstáculo criado pelos majoritários para impedir a ciência do minoritário fará com que não se inicie o prazo para o recesso.

Outro aspecto temporal de suma importância é o momento, dia, a ser considerado para a apuração dos haveres. Impõe-se a fixação de uma data que considere exercido o direito de retirada, para que o balanço especial - dos ativos e passivos, bens corpóreos e incorpóreos - seja levantado com base nela.

---

[231] Tal como ocorre na sociedade anônima, já que o parágrafo terceiro do artigo 137 da Lei das S/A permite que os órgãos da administração reconsiderem a deliberação, a fim de evitar o reembolso das ações aos acionistas dissidentes.

A doutrina[232] não destoa da posição de que a data em que deverá ser levantado o balanço especial será o dia em que o dissidente comunicar à sociedade sua vontade de dela desligar-se. Conforme Priscila Corrêa Fonseca[233], nesse momento o dissidente perde a condição de sócio e a sociedade deve substituir o quotista ou reduzir o capital social. A comunicação, em regra, é previa (mediante notificação do sócio para a sociedade e, eventualmente, aos demais sócios). Contudo, se não houver qualquer informação anterior à propositura de ação, o dia da ruptura será considerado aquele em que a sociedade é citada[234].

No entanto, pode ser necessário que o momento da retirada tenha que retroagir à data da deliberação na qual o sócio divergiu - anterior, em regra, à data da comunicação do sócio para a sociedade. Isso porque determinadas deliberações sociais - que dão ensejo ao direito de retirada - modificam o *status* e o direito que o sócio detinha antes dela. Tome-se como exemplo a deliberação de aumento do capital social, com subseqüente subscrição e integralização de quotas e a natural redução da participação societária do dissidente. Nesse exemplo, o interregno de tempo entre a deliberação e o exercício do direito de recesso pode oportunizar os demais sócios a efetivarem a modificação do contrato social, implicando a indevida redução da participação societária do dissidente e, conseqüentemente, na minoração dos seus haveres. Outro exemplo ainda mais claro é a deliberação de venda de todo o patrimônio da empresa e de alteração do objeto social, para que de administradora de bens passe a atuar em investimento em ações. A data que mediar a deliberação e a notificação formal da sociedade poderá ser suficiente para que o patrimônio social

---

[232] Conforme Fabio Ulhoa COELHO, **A sociedade**..., p. 104), Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 285 e Priscila M. P. Corrêa da FONSECA, loc. cit., p. 26, 36-37).

[233] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, op. cit., p. 36-37.

[234] Conforme Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 285.

aumente ou diminua, não sendo justo que o sócio se beneficie ou sofra com esse sucesso ou insucesso. É evidente que essa situação tem que ser vista com os cuidados necessários em cada caso concreto, já que o dissidente poderá, ardilosamente, aguardar o sucesso ou insucesso da empresa durante os trinta dias subseqüentes à deliberação, para exercer o seu direito de retirada.

Embora em regra a retirada se opere *ex nunc*, deve-se admitir os efeitos *ex tunc* em hipóteses extremas como a que ora se narra[235].

Fixada a data da retirada, deverão ser levantados os ativos, passivos, bens corpóreos e incorpóreos da sociedade, cuja existência seja apurada no dia em que for considerado rompido o vínculo social. Dessa forma, o sucesso ou insucesso dos negócios empresariais após a comunicação da sociedade acerca da intenção do sócio de se retirar da sociedade, não influirá para o aumento ou redução dos haveres sociais.

Fábio Ulhoa Coelho chega a cogitar que:

> Se, concluída a ação de dissolução, a sociedade é condenada a pagar ao seu antigo sócio um valor de que não mais dispõe, em razão do tempo transcorrido entre o exercício do direito de retirada e o trânsito em julgado da sentença, os sócios remanescentes devem ser demandados como responsáveis subsidiários[236].

Sem a pretensão de desviar do tema central ora tratado, deve-se afirmar que a insolvência da sociedade nesse caso não gera, necessariamente, a responsabilidade subsidiária dos sócios remanescentes, até porque na limitada a responsabilidade dos sócios é restrita ao valor de suas quotas (art. 1.052 Cód. Civil 2002). Considerando-se que os haveres do sócio retirante deverão ser pagos pela sociedade, parece coerente admitir a extensão da responsabilidade da sociedade, para os sócios, quando praticados atos *ultra vires* que tenham levado a sociedade à insolvência. As hipóteses do artigo 50

---

[235] Priscila M. P. Corrêa FONSECA, loc. cit., p. 27, afirma taxativamente que "*o recesso opera sempre* ex nunc *e não* ex tunc".

[236] COELHO, **A sociedade**..., p. 104.

do novo Código Civil e eventuais dilapidações injustificadas do patrimônio social podem implicar a responsabilidade pessoal dos sócios.

Note-se que a ação para o exercício do direito de retirada deve ser proposta contra a sociedade e os demais sócios, conforme orientam Priscila M. P. Corrêa da Fonseca[237] e Manoel de Queiroz Pereira Calça[238], diante da natureza constitutiva negativa que integrará o rol de eficácias da sentença a ser proferida. Em outras palavras, a declaração (eficácia declaratória, que também integra os efeitos da sentença proferida nessa ação) da retirada do sócio implicará na desconstituição parcial da sociedade, sendo necessário que seja promovida a respectiva alteração contratual, participando dela os demais sócios, razão pela qual se faz necessário o litisconsórcio.

O Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto discorda desse posicionamento, afirmando que:

> Não sendo amigável, a própria retirada pode ser manifestada em juízo, por meio de ação que o retirante propõe contra a sociedade, porque, como visto, é dela que ele se retira e será dela que o sócio irá receber seus haveres, devendo a sociedade (e não os demais sócios), portanto, figurar no pólo passivo da relação processual.

Embora ele admita a participação dos demais sócios como assistentes, penso que se trata de litisconsórcio necessário, já que há, também, uma pretensão contra os demais sócios, como acima observado.

É bem verdade que a parte condenatória da sentença (pagamento dos haveres) se dirige em regra somente à sociedade, mas esse é só um dos efeitos da sentença.

---

[237] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa, loc. cit., p. 122-124.

[238] CALÇA. Manoel de Queiroz Pereira. **Sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181-182. Afirma ele, *verbis*: "*Apesar de haver controvérsia na jurisprudência, entendemos que, sendo a ação proposta pelo sócio retirante, deverá figurar no pólo passivo a sociedade e os demais sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento predominante de que na ação de dissolução parcial de sociedade proposta pelo sócio que se retira, impõe-se a citação como réus dos sócios remanescentes e da sociedade.*"

A controvérsia pode ser solucionada com a análise da natureza[239] da sentença a ser proferida. Com efeito, para Alfredo de Assis Gonçalves Neto trata-se de uma "sentença **declaratória** do direito de retirada e **condenatória** ao pagamento dos haveres"[240]. Já para Priscila Corrêa da Fonseca, trata-se de "uma ação constitutiva (dissolução parcial) e outra condenatória (apuração de haveres)"[241].

Em monografia intitulada *Natureza e Eficácia da Sentença nas Ações de Dissolução de Sociedade*[242], tive a oportunidade de enfrentar o tema e conclui que, nas ações para o exercício do direito de retirada, a natureza preponderante é a constitutiva negativa, já que serão desconstituídos os vínculos sociais. As eficácias secundárias seriam a declaratória e a condenatória, admitindo-se, ainda, a eventual possibilidade de integrar o pedido inicial a eficácia mandamental. A declaração servirá não só para declarar o direito de retirada, seguida da desconstituição, como também para fixar (declarar) a data base para a apuração dos haveres sociais[243]. A condenatória não gera qualquer dúvida: determina o pagamento dos haveres. A mandamental, por sua vez,

---

[239] A qual, pelo princípio da congruência, será a mesma da pretensão. Portanto, pouco importa classificar as ações ou as sentenças, já que estas deverão ser congruentes com aquelas, conforme orienta SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1., p. 160.

[240] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 294.

[241] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa, loc. cit., p. 122.

[242] Apresentada como requisito parcial à conclusão da disciplina de Fundamentos do Direito Processual Civil do Programa de Pós-graduação/Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, cujo Professor Titular da cadeira é o Doutor Luiz Guilherme Marinoni (SPERB, Fernando Augusto. **Natureza e eficácia da sentença nas ações de dissolução de sociedade**. Curitiba, 2003. Monografia (Conclusão da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil Curso de Pós-graduação/Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná).

[243] Nesse aspecto, impõe-se observar que a fixação da data é fundamental para o exercício do direito de retirada, já que com base nela serão apurados os haveres do dissidente. Como observado nesta seção, em algumas hipóteses há que se admitir o efeito *ex tunc* ao recesso, retroagindo-se a data da retirada para a data da deliberação, garantindo-se, assim, o *status* e o direito que o sócio retirante tinha antes da deliberação que motivou o seu desligamento da sociedade. Será comum, nessas hipóteses, que a data base para a apuração dos haveres tenha que ser declarada em sentença, motivo que implica na admissibilidade da natureza declaratória para esse fim.

pode advir de um comando emanado pelo juiz, para tornar efetiva (conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni[244]) sua decisão judicial, determinando-se, por exemplo, o arquivamento da respectiva alteração contratual perante a Junta Comercial[245].

Restringindo-se às naturezas constitutiva negativa, condenatória e declaratória, e considerando-se que a lide é limitada à pretensão externada pelo Autor (princípio da congruência[246]), percebe-se que se torna necessária a presença dos sócios no pólo passivo da ação, pois do contrário a pretensão desconstitutiva tornar-se-ia inócua. *Data venia*, penso que não se pode dirigir tal pretensão somente à sociedade, que como se sabe não tem vontade própria. Não obstante, se os sócios não integrassem o pólo passivo, enfrentaríamos um problema de ordem prática: a não extensão dos efeitos da sentença em relação a eles e, por conseqüência, a impossibilidade, em regra, de ser firmada a respectiva alteração contratual, com o *quorum* necessário ao seu registro perante a Junta Comercial, já que a manifestação de vontade de cada sócio é um direito pessoal e inerente a cada qual.

---

[244] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória - individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[245] Naquela oportunidade afirmei: "24. Por fim, é inerente à sentença de dissolução de sociedade a eficácia mandamental, por intermédio da qual se ordenará à junta comercial que retire do contrato o sócio afastado ou se ordenará aos réus que promovam a respectiva alteração contratual. A necessidade dessa *ordem* se justifica pelo fato de que a sentença não é suficiente para que a junta comercial modifique a composição societária, nem é satisfatória para compelir os réus à assinatura do instrumento contratual que promova a retirada do sócio.

Com efeito, as juntas comerciais não estão autorizadas a modificar a composição do capital social, sem o requerimento expresso dos sócios e elas também não promovem o arquivamento de sentença, como fundamento para a alteração da composição societária. De fato, em consulta feita à Junta Comercial de Paraná no dia 26 de fevereiro de 2003, foi afirmado que a interpretação que ela dá ao artigo 53 do Decreto 1.800/96 impede o arquivamento de qualquer ato, sem que haja requerimento expresso de sócios que componham o *quorum* necessário ou sem que haja *ordem* judicial.

Portanto, a parte pode e deve requer a emissão de *ordem* à junta comercial competente, para que a retire da sociedade."

Não se pode esquecer, nessa hipótese, que a eficácia mandamental acima referida pode emanar, dependendo do caso concreto, de atos executivos, como resultado da própria decisão proferida.

[246] Embora o "moderno direito processual" tenda a flexibilizar o princípio da congruência.

4.5 O DIREITO DE RETIRADA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Embora a sociedade anônima não seja o objeto deste estudo, é importante que se analise a utilização do instituto do recesso acionário, seja para avaliá-lo em confronto com as normas atinentes à sociedade limitada, seja para se verificar eventual aplicação ou não supletiva da regra acionária às sociedades limitadas.

Com efeito, como já exposto na seção 3.4., o parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil de 2002 permite a aplicação supletiva da Lei das S/A, somente nas hipóteses de omissão das regras referentes às sociedades limitadas e se o ato constitutivo da limitada assim estabelecer. Isso quer dizer que se as normas do Código Civil de 2002 (art. 1.052 até 1.087) preverem regras específicas para determinada disciplina, não há que se falar em aplicação supletiva da Lei acionária, mesmo que o ato constitutivo da sociedade limitada estabeleça a mencionada aplicação supletiva.

Esse preceito permite afirmar, então, que o direito de retirada previsto no artigo 137 (e outros) da Lei das Sociedades Anônimas, em tese não poderá ser aplicado nas sociedades limitadas, mesmo que o seu ato constitutivo estabeleça a aplicação supletiva da regra acionária. Isso porque o artigo 1.077 do Código Civil de 2002 prevê as hipóteses em que o direito de retirada pode ser exercido, como foi observado na seção 4.4.

Essa primeira conclusão gera a seguinte indagação: por qual razão, então, se analisa o fenômeno do recesso nas sociedades anônimas? A resposta é objetiva: pelo fato de que os seus preceitos podem orientar uma melhor interpretação dos dispositivos atinentes ao recesso nas limitadas, notadamente pelo natural caráter capitalista das sociedades anônimas. O dispositivo da sociedade anônima motiva, ainda, outras críticas que devem ser feitas sobre o instituto no Direito brasileiro, a fim de justificar as conclusões e soluções que adiante serão adotadas neste trabalho.

Deve-se ressaltar, ainda, que não se pretende examinar à exaustão as hipóteses legais para o exercício do direito de retirada nas sociedades anônimas, mas objetivar-se-á demonstrar a finalidade da norma acionária e as alternativas por ela apresentadas para o recesso nas sociedades anônimas.

Por ser a S/A típica sociedade de capital, já que pela sua natureza os acionistas se unem para a formação de um ente em regra pela importância do capital e não das pessoas que o formam, torna-se relevante a sua análise para este trabalho.

No entanto, em relação à natureza da sociedade anônima ressalva deve ser feita para as observações de Mauro Rodrigues Penteado[247], segundo o qual "O direito de retirada, assegurado aos sócios e acionistas de sociedades mercantis, tem por fundamento a natureza contratual do mecanismo societário, fundado na affectio societatis". Ao utilizar essa regra geral, Penteado parece tentar demonstrar que o direito de retirada tem, como pano de fundo, o seu fundamento sempre no relacionamento entre as pessoas dos sócios.

Contudo, embora em tese isso possa ocorrer de forma indireta[248], parece-me mais prudente admitir que o direito de recesso, na sua concepção positivista, é uma proteção dos minoritários e, notadamente, do ente jurídico social, muito embora na sua origem, no Direito Romano, pressupunha-se que o "contrato" de sociedade, como qualquer outro, repousava na noção do consenso unânime e pelo seu caráter *intuitu personae* a retirada de um sócio acarretava a dissolução total da sociedade, como, aliás, estabelecia o revogado art. 335, 5, do Código Comercial brasileiro de 1850.

Note-se que ainda na vigência desse dispositivo, a jurisprudência brasileira se incumbiu de harmonizá-lo e interpretá-lo de forma a se preservar o ente jurídico,

---

[247] PENTEADO, Mauro Rodrigues. A Lei 9.457/97 e a tutela dos acionistas minoritários. In: BULGARELLI, Waldírio (Coord.). **Reforma da lei das sociedades por ações**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 23-25.

[248] Já que para a caracterização do dissídio sempre ocorrerá um antagonismo de decisões ou de opiniões entre os sócios.

criando, assim, o instituto da dissolução parcial e o princípio da preservação da empresa. É importante para o presente trabalho a evolução interpretativa dada ao art. 335, 5 do Código Comercial de 1850, já que sua regra clara quanto à dissolução total nas hipóteses de retirada de um só sócio foi corretamente "suavizada" em prol da preservação da empresa.

O próprio Mauro Rodrigues Penteado expõe a atual concepção do instituto, ao afirmar que "Concebido como mecanismo destinado a preservar a manutenção da empresa e, ao mesmo tempo, possibilitar a retirada dos sócios discordantes das deliberações da assembléia, o direito de recesso, constitui remédio e freio aos abusos da maioria."[249]

Aliás, como proteção da minoria o direito de retirada é visto como mecanismo ou instrumento à mão do acionista minoritário, que discorda dos rumos dados à companhia, conforme alertou Modesto Carvalhosa[250]. Continua ele afirmando que: "O acionista, portanto, retira-se não da sociedade a cuja estrutura jurídica aderiu; afasta-se, isto sim, por antecipação, da companhia modificada."[251]

Quanto à manutenção da empresa por intermédio do direito de retirada, Trajano de Miranda Valverde[252] salienta que:

> o legislador encontrou fórmula justa, originária do Direito italiano. Pois que garante a subsistência da pessoa jurídica, dando à maioria mão forte, e assegura aos membros dissidentes, a minoria, portanto, o direito de se retirar da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações. Não há possibilidade de abuso.

---

[249] PENTEADO. In: BULGARELLI, loc. cit., p. 23-24.

[250] Para quem "O direito de recesso tem seu fundamento no interesse do acionista individual que decide não permanecer vinculado a uma sociedade cujas transformações institucionais operadas ou decisão coletiva não logram alcançar a sua concordância." (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Saraiva, 1998). p. 309.

[251] Ibid., p. 310.

[252] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**: comentários ao decreto lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2. p. 235.

Como foi demonstrado nas subseções antecedentes a esta, ainda nesta seção, o direito de retirada tem uma importância ainda mais objetiva na preservação da empresa (isso tanto para a S/A, quanto para limitada), na medida em que se presta para possibilitar o afastamento do convívio social, de eventuais sócios insatisfeitos e que podem trazer prejuízos para a continuidade das atividades comerciais da empresa, na hipótese de se instaurar um conflito societário. Vale reprisar, porém, que o direito de retirada é um direito essencial do sócio que pretende despedir-se dos vínculos sociais, razão pela qual não pode se confundir com a exclusão de sócio, que é um direito da empresa e dos sócios que permanecerão na sociedade e, portanto, pressupõe outros elementos.

Uma importante distinção do direito de retirada nas sociedades anônimas e nas limitadas está na possibilidade de negociação das ações da companhia de capital aberto, em bolsas de valores ou mercados de capital em geral, o que não ocorre com as cotas sociais. Isso faz com que o direito de retirada nas sociedades anônimas de capital aberto seja mais restrito; que suas hipóteses sejam reduzidas, diante da possibilidade de venda das ações independentemente do consentimento dos demais sócios.

Assim, como adverte Renato Rordorf[253], uma significativa diferença da disciplina do recesso entre a sociedade anônima e a sociedade limitada, se justifica plenamente somente quando se trata da sociedade anônima de capital aberto.

Embora efetivamente o recesso seja distinto nas sociedades anônimas de capital aberto e na de capital fechado, a restrição ou redução das hipóteses legais para o exercício do direito de retirada não pode advir do estatuto ou de decisão da

---

[253] RORDORF, Renato. Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 7, p. 924, jul. 2003.

assembléia de acionistas, pois o artigo 109, inciso V, da Lei 6.404/76[254], trata do direito de retirada como um direito essencial do acionista, impossibilitando a renúncia ou privação desse direito, seja no estatuto social, seja por decisão em assembléia.

Como as regras que disciplinam a sociedade limitada não estabelecem expressamente essa impossibilidade de restrição, o artigo 109, inc. V da Lei das S.A. passa a ser, também, um elemento normativo orientador desse direito irrenunciável, inderrogável e essencial.

Aliás, eventual renúncia desse direito é nula, como adverte Modesto Carvalhosa[255]: "Daí decorre constituir o recesso prerrogativa intangível e inderrogável pelo estatuto ou pela assembléia geral, sendo, outrossim, irrenunciável." Logo a seguir afirma:

> A renúncia pelo acionista a esse direito, ainda que só para um determinado caso, é nula, como também será qualquer cláusula estatutária ou deliberação da assembléia geral que exclua, dificulte ou protele o seu exercício[256].

Por se tratar de um direito subjetivo de ordem pública, previsto expressamente em Lei, a qual não dá ao acionista ou à assembléia o poder de eliminá-lo, efetivamente não se pode admitir a sua renúncia ou limitação. No entanto, não me parece correta a afirmação de que: "Não pode, com efeito, o estatuto ou a assembléia geral estender, ampliar ou criar outras hipóteses que objetivamente dêem ensejo ao exercício do direito ao reembolso"[257], já que não se estará limitando o direito essencial do acionista de se retirar da companhia; pelo contrário, estar-se-á estendendo esse direito e, portanto, ampliando-se o direito do acionista de se retirar da companhia.

---

[254] "Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de:" "V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei."

[255] CARVALHOSA, **Comentários**..., p. 310.

[256] Id.

[257] Ibid., p. 311.

Na hipótese de ampliação das alternativas para o exercício do direito de recesso, é a companhia quem será prejudicada, numa eventual necessidade de perda de parte do seu capital, para pagamento do retirante. Sob essa perspectiva, poder-se-ia indagar acerca da validade ou não de tal ampliação estatutária da norma, mas não sob o aspecto das pessoas dos acionistas, que não terão qualquer restrição aos seus direitos.

A retirada na Lei acionária sofreu restrições quando da entrada em vigor da Lei 9.457/1997, que acabou suprimindo o direito de recesso nas hipóteses de cisão, dissolução ou cessação do estado de liquidação da companhia, restando fragilizado, ainda, nas companhias abertas, como antes ressaltado.

Entretanto, com a promulgação da Lei 10.303 de 31 de outubro de 2001, a cisão da companhia voltou a ser uma das hipóteses legais para o exercício do direito de recesso.

Contudo, o inciso III do artigo 137 da Lei das S/A criou sérias restrições ao exercício do direito de retirada na hipótese de cisão, o que para Marcelo M. Bertoldi[258] significa que:

> Há uma falsa reinclusão da cisão como matéria de retirada, em função dos condicionamentos indicados no dispositivo, fazendo com que o texto comentado nada acrescente, isto porque uma operação de cisão que não esteja associada às hipóteses previstas nos incisos (não apenas III, IV e V, mas também I e II), não possibilitará direito de retirada.

Conclui o autor afirmando[259] que: "Vale dizer, a operação de cisão, por si só, continua excluída da possibilidade de exercício do direito de retirada."

Na terceira edição do volume 2 do seu *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas,* Modesto Carvalhosa também afirma que a "cisão, em si, continua não

---

[258] BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.) et al. **Reforma da lei das sociedades anônimas**: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 105.

[259] Na mesma página, no parágrafo seguinte.

gerando o direito de recesso"[260]. Também para ele o direito de retirada na cisão está condicionado a um dos efeitos que dela decorrem, que poderiam se configurar em uma das hipóteses dos incisos I, II, III e IV do art. 136 da Lei das S/A. Vale dizer: isso equivale à não inclusão, na prática, da cisão como uma das hipóteses do direito de retirada, já que os incisos ora mencionados não tratam especificamente da cisão.

Uma das hipóteses do exercício do direito de retirada na S/A tem absoluta relevância para o presente trabalho. Trata-se da modificação do objeto da companhia. Embora em regra isso deva ocorrer por deliberação dos acionistas em assembléia, pode ocorrer no plano dos fatos, por intermédio dos atos praticados pelos administradores.

Muito embora os administradores sejam responsáveis pelos seus atos (notadamente quando praticados *ultra vires*), há que se admitir, de outro lado, a possibilidade do exercício do direito de retirada em tal hipótese, pelo motivo de ter sido alterado o objeto social da companhia. Não importa se a modificação se deu no plano dos fatos e não no seu estatuto[261].

Importante restrição criada pela Lei das S/A - como antes comentado - é a limitação ao exercício do direito de retirada, nas companhias de capital aberto. Trata-se do inciso II do artigo 137, que admite o direito de recesso somente quando as ações não tenham liquidez e dispersão no mercado. Tal regra visa assegurar à companhia a sua higidez econômica, exacerbando a intangibilidade do seu capital quando o acionista não precisa se valer do direito de retirada para obter o reembolso das suas

---

[260] CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedade anônima**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 884.

[261] Essa possibilidade, aliás, foi observada por CARVALHOSA, **Comentários à lei**..., p. 868. Afirma ele: "*Por outro lado, essa abrangência permite que também as diversas formas de alterações de fato do objeto social (art. 136, VI) – sem modificação do estatuto - estejam compreendidas no direito de recesso. Surge, assim, na Lei de 1976, o direito de recesso quando os administradores praticam atos ultra vires, pois levam à descaracterização do objeto social. Nesse passo a Lei n. 6.404, de 1976, seguiu a moderna orientação do direito norte-americano, traduzida no art. 80 da* Model Business Corporation Act."

ações. Evita-se - ou restringe-se - o direito de retirada nessas hipóteses, impedindo que a companhia tenha que se sacrificar para cumprir uma obrigação de reembolso[262].

Outro dispositivo que exacerba a necessidade de preservação da companhia, e por isso mesmo merece comentário específico, é o parágrafo 3º do art. 137 da Lei acionária, que faculta aos órgãos da administração a convocação de assembléia geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação que ensejou o exercício do direito de retirada, se tal direito porá em risco a estabilidade financeira da companhia.

Trata-se, indubitavelmente, de regra que prioriza a preservação da atividade empresarial e, por isso, de suma importância. Essa regra já existia antes da Lei 10.303/2001 e demonstra que o direito de retirada se presta para a tutela dos minoritários frente à hegemonia da maioria, mas ela deve objetivar, prioritariamente, a manutenção do ente e da sua atividade comercial.

Por essa razão, e com base nesse dispositivo, pode-se afirmar que o direito de retirada deve ser visto prioritariamente sobre a ótica da preservação e não como mero direito do acionista. De fato, quando estão em jogo direitos de diferentes quilates - como os direitos individuais dos acionistas e os da empresa -, deve-se priorizar o mais relevante e o de maior abrangência, surgindo aí a noção de proteção do ente empresarial e a importância da compreensão do instituto do direito de retirada como um instrumento que se presta à manutenção da empresa e da sua atividade.

Na Itália, entretanto, após a reforma do direito societário por intermédio do D. Lgs. Nº 6/2003, possibilitou-se o exercício do direito de recesso imotivado na S/A (ou s.p.a. como é lá conhecida) contratada por tempo indeterminado, o qual pode ser exercido a qualquer tempo, desde que com um pré-aviso de cento e oitenta dias,

---

[262] CARVALHOSA, Modesto; EIZIRK, Nelson. **A nova Lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 272. Ressaltam, no entanto, que se fortaleceu o direito de retirada nas sociedades anônimas, devido ao fato de que o Governo Federal passou a deter posições acionárias minoritárias, após as privatizações. Segundo os autores, o direito de recesso "*ora é enfraquecido, para viabilizar ou reduzir os custos da privatização, ora é fortalecido, como ocorre com a Lei n. 10.303/2001, para aumentar o valor de posições acionárias minoritárias do governo federal.*"

prorrogável pelo estatuto até um ano (parágrafo 3º do art. 2.437[263]). Segundo o Professor da Universidade de Salermo na Itália, Roberto Rosapepe[264], trata-se de uma causa irrenunciável e inderrogável e que, portanto, deverá ser respeitada por todos, não podendo ser prevista de modo diverso no estatuto. Contudo, essa vedação de previsão estatutária diversa da lei não é contemplada pelo art. 2.437, que veda, somente, a exclusão ou limitação das hipóteses previstas no parágrafo primeiro desse mesmo artigo (as quais são específicas e pontuais).

Como ressalta Roberto Rosapepe[265], essas alterações implantadas no direito societário italiano vieram a reforçar a posição do sócio e não do ente empresarial. Trata-se, como dito por ele, de uma das mais significativas inovações da reforma legislativa italiana, notadamente diante da considerável ampliação da autonomia estatutária. Entretanto, não deixa de ser um reforço à posição da pessoa do sócio.

O que se deve indagar é: até que ponto tal inovação traria prejuízo para o ente ou órgão empresarial? Se de um lado se pode falar em benefício (a uma diante da possibilidade de determinado sócio despedir-se sem causar transtornos no âmbito societário interno e, a duas, ao próprio sócio, pela liberdade a ele conferida), de outro, e pelo mesmo motivo, se pode falar em desnecessidade dessa previsão legal, já que o mesmo sócio, ao causar determinados transtornos societários internos, pode ser excluído da sociedade e, assim, impedido de causar prejuízos à empresa.

Visto de outra forma, a resposta pode considerar que a retirada imotivada pode causar um desinvestimento inesperado e indesejado pela empresa, causando

---

[263] *Art. 2.437, 3º comma*: "Se la società è costituita a tempo indeterminato e le azini non sono quotate in um mercato regolamentato il socio può recedere com il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere um termine maggiore, non superiore ad um anno."

[264] ROSAPEPE, Roberto. "Modificazioni statutarie e recesso". In: DIRITTO delle società di capitali. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 303.

[265] Ibid., p. 301.

eventual prejuízo para o prosseguimento da sua atividade comercial e, portanto, para a sua própria preservação.

Assim, como abordado na subseção 4.4 desta seção, relativa ao direito de recesso nas sociedades limitadas, pode-se ter uma primeira e prematura conclusão: para o ente, tal regra não parece trazer benefícios diretos, mas privilegia, efetivamente, a pessoa do sócio. Diante disso, outra indagação torna-se pertinente: não será correto se estabelecer tal proteção ao sócio? Ou, não se aproximaria do contrapeso ideal entre os interesses envolvidos, uma regra que permitisse aos sócios, quando da constituição da sociedade, estabelecer regras claras sobre isso no estatuto social?

Na reforma do direito italiano outorgou-se aos sócios ampla liberdade estatutária. Porém, vedou-se, sob pena de nulidade, a exclusão ou a limitação do direito de recesso previsto no primeiro parágrafo do art. 2.437. Com efeito, o primeiro parágrafo elenca as hipóteses concretas que dão ao sócio o direito de recesso, tal como ocorre no Brasil.

As hipóteses previstas no parágrafo segundo, no entanto, podem ser excluídas da previsão estatutária, sendo, portanto, "*derogabile.*"

Assim, as causas de recesso na Itália, em relação à sociedade anônima daquele país, segudo Roberto Rosapepe, podem se classificar em: (a) aquelas previstas na lei de maneira inderrogável; (b) aquelas previstas legislativamente, mas derrogáveis; e (c) aquelas previstas no estatuto, permitidas porém somente na nas sociedades fechadas[266].

---

[266] ROSAPEPE, loc. cit., p. 302. No original: "*(a) quelle previste dalla legge in maniera* inderogabile*; (b) quelle sempre di previsione legislativa, ma* derogabile; *(c) quelle previste dallo statuto, ammesse però solo nelle società 'chiuse'*".

Note-se que o recesso imotivado está previsto no parágrafo terceiro do artigo 2.437 e se configuraria como uma das hipóteses irrenunciáveis e inderrogáveis.

A análise do recesso na sociedade anônima faz concluir que, efetivamente, quando se trata de sociedade de capital as hipóteses legais são sempre mais restritas, notadamente para que se preserve o patrimônio da empresa. Essa preocupação externada pelo legislador brasileiro na Lei das S/A deve ser atentada quando da interpretação do artigo 1.077 do Código Civil, para cada caso concreto.

Tal preocupação pode ser traduzida na admissão da reconsideração da deliberação tomada, geradora do direito de recesso do sócio dissidente. Note-se que o artigo 1.077 não prevê, nem contempla, tal hipótese, razão pela qual não será inadmissível uma aplicação supletiva dessa regra, à determinada situação concreta em uma sociedade limitada. Com isso, admitir-se-ia que os sócios, premidos da necessidade de preservar a integridade do capital social, reconsiderassem sua decisão e evitassem a retirada motivada.

Outro exemplo já exposto nesta subseção e na 4.4 trata da possibilidade do exercício do direito de retirada na hipótese de alteração do objeto social no plano dos fatos, seja por intermédio de atos *ultra vires* (independentemente de eventual responsabilidade dos administradores), seja por atos eventualmente legais e justificáveis. Não obstante não ocorra a alteração contratual a legitimar o efetivo direito de retirada previsto no artigo 1.077, deve-se permiti-lo e considerá-lo existente, para que se consagre a efetiva proteção da minoria que realmente sofre alguma restrição no âmbito societário.

4.6 O DIREITO DE RETIRADA NA *SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA* ITALIANA

4.6.1 Premissas e Evolução Histórica do Instituto na Legislação Italiana

Para que as conclusões deste trabalho possam ser sustentadas tecnicamente e, principalmente, com subsídio doutrinário e legal, torna-se imprescindível a análise do direito de recesso na Itália, seja pelo fato do instituto do recesso ter surgido naquele país[267], seja pela considerável evolução e compreensão da matéria, que se verifica tanto na legislação quanto na doutrina e jurisprudência italianas, o que certamente auxiliará nas soluções que adiante (seção 5) serão apresentadas.

---

[267] Como nos informa Priscila M. P. Corrêa da FONSECA, loc. cit., p. 29. Afirma ela: "Na Itália, por exemplo - berço do direito de recesso -, conquanto na sociedade *semplice* possa este ser exercido sem quaisquer restrições, sempre que aquela '*è contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci*' ou '*nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste uma giusta causa*', nas sociedades por ações, o art. 2.437 do Código Civil de 1942 reduziu a apenas três os casos de retirada: '*cambiamento dell'oggeto*', '*tipo della società*' e '*trasferimento della sede sociale all'estero*'." Não obstante a afirmação da Autora ora citada, será demonstrado neste tópico que na legislação que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004 houve significativa modificação da liberdade do exercício do direito de recesso, razão pela qual, nas limitadas, não há que se falar em redução das hipóteses para o exercício desse direito potestativo dos sócios.

Com efeito, em 17 de janeiro de 2003 foi editado na Itália o Decreto Legislativo nº 6, que entrou em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 2004, cujos princípios gerais e critérios diretivos já estavam previstos no artigo 3º da Lei 366 de 3 de outubro de 2001[268]. Com esse Decreto Legislativo, o direito das sociedades, depois de anos de substancial imobilismo, vive, hoje, uma fase de profunda transformação, conforme expõe Aldo Fiale[269].

---

[268] Art. 3º Lei nº 366 de 3 de outubro de 2001: "*Società a responsabilità limitata.* - 1. La riforma della disciplina della società a responsabilità limitata è ispirata ai seguenti principi generali: **a) prevedere um autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modelato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci**; **b) prevedere un'ampia autonomia statutaria**; c) prevedere la liberta di forme organizzative, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti com i terzi. 2. In particolare, la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) semplificare il procedimento di costituzione, confermando in materia di omologazione i principi di cui all'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340, nonchè eliminando gli adempimenti non necessari, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori sociali precisando altresì lê modalità del controllo notariale in relazine alle modifiche dell'atto costitutivo; b) individuare le indicazioni obbligatorie dell'atto costitutivo e determinare la misura minima del capitale in coerenza con la funzione economica del modello; c) dettare una disciplina dei conferimenti tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il profícuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale; consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali; d) semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi; **e) riconoscere ampia autonomia statutaria** riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità; **f) ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale, nonchè del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali**; prevedere, comunque, la nullità delle clausole di intrasferibilità non collegate alla possibilità di esercizio del recesso; g) disciplinare condizioni e limiti per l'emissione e il collocamento di titoli di debito presso operatori qualificati, prevedendo il divieto di appello diretto al pubblico risparmio, restando esclusa in ogni caso la sollecitazione all'investimento in quote di capitale; h) stabilire i limiti oltre i quali è obbligatorio um controllo legale dei conti; i) prevedere norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale, nonchè in materia di liquidazione che siano idonee a tutelare i creditori sociali consentendo, nel contempo, una semplificazione delle procedure."

[269] Como informa Aldo Fiale, coordenador do livro *Diritto delle Società*, 7 edizione, Aggiornata alla riforma del diritto societario 9D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), Napoli: Simone, 2003, nas premissas de seu livro. No original: "diritto delle società, dopo anni di sostanziale immobilismo, vive, nel più recente período, una fase di profondi cambiamenti."

Essas profundas modificações acabam por alterar, entre outras coisas, a disciplina do direito de recesso prevista até então no Código Civil italiano de 1942 e, anteriormente, no Código do Comércio italiano de 1882.

Antes de analisar a reforma legislativa de 2003 acerca do Direito Societário, Alessandra Daccò[270] ressalta, de início, que "*il recesso há trovato, nel codice di commercio del 1882 e, soprattutto, nel codice civile del 1942, bem limitati spazi*", ao contrário do que ocorre no D.Lgs. nº 6, de 17 de janeiro de 2003, no qual "*l'istituto in esame trova ora ampio riconoscimento*"[271].

Na Itália, o instituto fora criado no Código do Comércio de 1865, sendo disciplinado no art. 163, tendo sido redefinido no art. 158 do Código do Comércio de 1882, no qual previa-se a possibilidade do exercício do direito de recesso ao dissidente que discordasse de determinadas deliberações sociais. Neste momento, assim, admitiu-se o princípio da deliberação majoritária, estabelecendo-se a proteção do recesso aos minoritários que discordassem de determinadas e importantes deliberações sociais, tomadas pela maioria.

O Código Civil italiano de 1942, outrossim, manteve a admissão do princípio majoritário, viabilizando à minoria o recesso na hipótese de dissidência em determinadas matérias, que implicavam a modificação do ato constitutivo da sociedade, conforme ressalta Mario Sirtoli[272].

O direito de recesso (ou retirada) na sociedade limitada italiana vinha previsto no Código Civil de 1942 no art. 2.494, combinado com o artigo 2.437. O primeiro, como norma dirigida diretamente à sociedade limitada, remetia os eventuais

---

[270] DACCÒ, Alessandra. **'Diritti particolari' e recesso dalla S.R.L.** Milano: Giuffrè Editore, 2004. p. 29.

[271] Ibid., p. 30.

[272] SIRTOLI, Mario. **I soci di società**. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 93.

conflitos relativos às modificações do ato constitutivo à norma dos artigos 2.436 e 2.437, os quais estabeleciam regras afetas à sociedade anônima. O art. 2.436 tratava do registro das alterações estatutárias da sociedade anônima, enquanto que o art. 2.437[273] disciplinava as hipóteses em que o sócio poderia exercer o seu direito de recesso.

O direito de recesso, assim, era um instrumento de natureza tipicamente contratual, pelo qual se protegia o sócio contra quase toda a modificação do ato constitutivo, o que, segundo Alessandra Daccò[274], comprometia a estabilidade da empresa e a confiança que terceiros depositavam em mencionada estabilidade, sendo, portanto, maléfico para a organização social criada com a constituição da pessoa jurídica. Para essa autora, o direito de recesso deve assumir características próprias, e não meramente contratuais, uma vez inserido no campo societário.

---

[273] "**2.437.** *Diritto di recesso.* - I soci dissenzienti dalle deliberazioni (c. 2369) riguardanti il cambiamento dell'oggeto o del tipo della società (c. 2249, 2498, 2500), o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società (c. 1373) e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimônio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio (c. 2423, 2529). La dichiarazione di recesso deve essere comunicata con raccomandata dai soci intervenuti all'assemblea non oltre tre giorni dalla chiusura di questa, e dai soci non intervenuti non oltre quindici giorni (c. 2964 ss.) dalla data dell'iscrizione della deliberazine nel registro delle imprese (att. c. 100). È nullo ogni patto che esclude il diritto di recesso o ne rende più gravoso l'esercizio (c. 2494)."

[274] Afirma ela: "In determinate circonstanze (tutte, o, meglio, quasi tutte, strettamente connese ad una modifica del contratto sociale, circostanza, questa, che invece tende ad attenuarsi, come vedremo, con la riforma Del diritto societario) si riconosce, pertanto, al socio (assente o dissenziente) il recesso. Viene, così, reintrodotto uno strumento (di natura tipicamente contrattuale) al fine di tutelare uno dei soci, nel caso le clausole contrattuali vengano modificate senza il suo consenso o contro il suo consenso." Mais adiante, no mesmo parágrafo: "Se è vero, infatti, che il contatto di società si caratterizza per il fatto di dare vita ad una organizzazione funzionale alla gestione di una attività, si comprende come lo strumento del recesso possa essere in grado di pregiudicarne la stabilità ed eventualmente gli interessi dei soggetti terzi che in tale stabilità avevano riposto fidúcia (in particolare i creditori sociali)." (DACCÒ, **Diritti...**, p. 47-48).

No Brasil, no entanto, o direito de recesso nas sociedades limitadas pode ser exercido em face de qualquer modificação do ato constitutivo da sociedade (art. 1.077 CC de 2002), o que traz à limitada brasileira uma instabilidade ainda maior, como analisado na subseção 4.4.

Com a reforma do direito societário na Itália, o direito de recesso na sociedade limitada passou a ser disciplinado pelo artigo 2.473[275] do Código Civil italiano, que está localizado no capítulo VII, referente especificamente às "*società a responsabilità limitata*" ou, simplesmente, à S.R.L, como lá é conhecida da nossa Ltda.

---

[275] "**2.473.** *Recesso del sócio.* - L'atto costitutivo determina quando il sócio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione al trasferimento della sede all'estero alla eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o uma rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2.468, quarto comma. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato com un preavviso di almeno centottanta gironi; l'atto costitutivo può prevedere un período di preavviso di durata maggiore purchè non superiore ad un anno.

I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimônio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso; in caso di disaccordo la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica il tal caso il primo comma dell'art. 1.349.

Il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro centottanta giorni dalla comunicazione del medesimo fatta allá società. Esso può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro parteciopazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi. Qualora ciò non avvenga, il rimborso è effetuato utilizzando riserve disponibili o in mancanza corrispondentemente riducendo il capitale sociale; in quest'ultimo caso si applica l'art. 2.482 e, qualora sulla base di esso non risulti possibile il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società viene posta in liquidazione.

Il recessono può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legitima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società."

Como pode ser observado no art. 2.473, muitas inovações foram por ele introduzidas no direito italiano, em relação à antiga norma que disciplinava a matéria. Em comparação ao direito brasileiro, pode-se afirmar que este dispositivo italiano outorgou aos sócios ampla autonomia estatutária, permitindo que se estabeleçam os destinos dos sócios e sociedade, o que em tese não ocorre no direito brasileiro.

4.6.2 Natureza do Direito de Recesso

Em um primeiro momento, convém analisar a natureza do direito de recesso, para que se possa enquadrá-lo e entendê-lo dentro na sistemática legislativa italiana. Com efeito, o direito de recesso é, em regra, estudado como um direito individual, não eliminável pela maioria. Contudo, os efeitos desse direito podem ser diversos se analisados como direitos individuais autônomos ou direitos individuais a serem exercidos em face de um direito social; do ente societário.

Para Alessandra Daccò, o direito individual de recesso è aquele que compete ao cotista ou acionista, diante da sua qualidade de sócio, independentemente da vontade da assembléia dos sócios, a qual não pode limitá-lo, tolhê-lo, nem ao menos modificando o estatuto[276].

Trata-se, portanto, de um direito que somente o seu titular pode dispor. A titularidade desse direito cessa-se com a despedida do sócio da sociedade.

Contudo, Daccò explora o tema do direito individual de recesso do sócio com o claro propósito de demonstrar que se assim ele for visto, tal direito estará distante do fenômeno associativo. Com efeito, ela propõe a reconstrução da posição do sócio, esquecendo-se da sua concepção tradicional individualista e sem que seja necessário utilizar o conceito individualista. Esclarece ela, que ao invés de se falar em

---

[276] DACCÒ, **Diritti**..., p. 37, citando A. Vighi. In: IL DIRITTO individuali degli azionisti, Parma, 1902. p. 14.

direitos individuais, parece mais correto falar de situações jurídicas subjetivas e tratar de normas para a tutela do sócio simples, mais adiante afirma que: vale dizer, de instrumentos de tutela que permitam a eles agirem na organização[277].

Prossegue afirmando que se trata de raciocinar em termos de instrumento apresentado pelo legislador, para a tutela de determinadas posições jurídicas, que se inserem no âmbito societário e se realizam e vêm tuteladas internamente no órgão societário.

O direito individual autônomo, em tese, poderia impedir a modificação pela decisão majoritária, de determinadas cláusulas contratuais que atingissem os direitos dos sócios. Se assim fosse visto o direito individual do sócio, tais modificações somente poderiam ocorrer com o consentimento da unanimidade dos sócios e o recesso perderia o objeto. Contudo, explica Daccò[278] que deve e é reduzida tal exigência, admitindo-se a deliberação majoritária, com o único "risco" de se liquidar a cota do sócio minoritário que discordasse da alteração contratual. Segundo ela, passaríamos de um limite legal a um limite de fato, impondo à maioria a avaliação das vantagens de se adotar tal medida. Em contrapartida, o direito do sócio de se retirar da sociedade permaneceria incólume.

Exemplo concreto disso no direito brasileiro está no artigo 1.114, por intermédio do qual se estabeleceu a necessidade do consentimento unânime dos sócios para a transformação da sociedade, admitindo-se que no ato constitutivo (autonomia contratual)

---

[277] DACCÒ, **Diritti**..., p. 39. Nos originais: "Invece che parlare di diritti individuali sembra, quindi, più corretto parlare di situazioni giuridiche soggetive e trattare di norme a tutela dei singoli soci" e mais adiante: "vale a dire degli strumenti di tutela che gli permettono di agire nell'organizzazione".

[278] "in questo senso, posono essere considerati dei limiti all'operare della maggioranza, la quale, in alcune materie, non può agire senza il consenso di tutti i soci, pena l'inefficacia della delibera. Tale funzione verrebe inesorabilmente meno se si concedesse alla maggioranza di deliberare, << rischiando>> unicamente di dover liquidare il socio che non ha dato il proprio consenso: da un limite legale - che impedisce che la delibera abbia efficacia qualora non intervenga il consenso di tutti I soci - si passerebbe inesorabilmente ad un limite di fatto che, unicamente, impone alla maggioranza di valutare i costi della scelta che si intende adottare." (DACCÒ, **Diritti**..., p. 41).

seja previsto *quorum* inferior, desde que garantido o direito de recesso do dissidente. Substitui-se, assim, o direito de veto pelo direito de recesso.

Sobre esse tema, Rachel Sztajn[279] chega a indagar se o direito de recesso não é, assim, um direito da maioria, que pode impor as mudanças desejadas reembolsando os minoritários descontentes. Ela conclui que não:

> o recesso poderá, então, ser visto nem como tutela de minorias nem como vantagem para a maioria, mas como um mecanismo ou meio de o sócio ou acionista retirar-se da sociedade naquelas situações determinadas em lei.

No entanto, Daccò[280] indaga se é correto impor à sociedade as conseqüências negativas do comportamento da maioria, contrário às regras estabelecidas, e que implique no recesso da minoria. Esclarece ela que se poderia falar em propositura de ação de responsabilidade contra a maioria e até de exclusão do sócio que teve mencionado comportamento.

O direito de recesso no Código do Comércio italiano de 1882 pode ser enquadrado como direito individual, que não poderia ser derrogável pela maioria. A natural evolução foi a admissão da interpretação do direito de recesso como um poder dos sócios minoritários, frente às deliberações majoritárias, poder este que de um lado limita a autonomia do ente social e, de outro, possibilita que os minoritários alterem o modo das relações sociais.

Tratando o direito de recesso como um direito individual do sócio em face da organização social (e não mero direito individual "autônomo"), pode-se admitir a substituição de determinados direitos particulares do sócio dentro dessa organização social, pela concessão de outros direitos de recesso. Vale dizer, o direito de "voz" ou veto de determinadas deliberações que dependeriam da unanimidade dos sócios pode

---

[279] SZTAJN, loc. cit., p. 53.

[280] DACCÒ, **Diritti**..., p. 76-78.

ser substituído pela possibilidade do dissidente retirar-se da sociedade[281]. Um outro simples exemplo é a venda do patrimônio social. Admita-se que determinada cláusula preveja a necessidade de aprovação unânime dos sócios, para a venda do patrimônio da empresa. Admita-se, ainda, que essa cláusula somente poderá ser modificada igualmente pela unanimidade dos sócios. Esse direito particular de veto de cada sócio pode ser substituído pela previsão do recesso do dissidente, sem que isso implique a impossibilidade da venda do patrimônio. O poder de veto seria substituído pelo direito de recesso, apurando-se os haveres do dissidente com base na situação patrimonial anterior à alienação. Com isso, outorga-se ao sócio um instrumento de tutela que lhe permite agir perante a organização social.[282].

Hoje parece não existir grande dúvida de que de uma interpretação positivista da lei (brasileira e italiana), extrai-se que o direito de recesso é um instrumento de tutela da minoria, e não um mero direito individual que possibilitasse o veto ou a anulação de deliberações sociais, notadamente diante do fato de que os legisladores italianos de 1882 e de 1942 estabeleceram as hipóteses em que tal direito poderia ser exercido, sem prejuízo do prosseguimento da empresa.

Entretanto, o mesmo não pode ser dito em relação ao recesso previsto no já citado artigo 2.473, introduzido na legislação italiana por intermédio do D. lgs. N° 6 de 17.01.2003, que entrou em vigor em 1°.01.2004. Com efeito, além das hipóteses previstas no parágrafo primeiro do artigo 2.473, para o exercício desse direito, o parágrafo segundo é expresso em admitir que no caso de sociedade contratada por

---

[281] DACCÒ, Alessandra. **Il diritto di recesso**: limiti dell'istituto e limiti all'autonomia privata nella società a responsabilità limitata. Artigo ainda não publicado e escrito pela autora em maio de 2004. p. 15. Afirma ela: "*Si può, ad esempio, pensare ad uma clausola dell'atto costitutivo che introduca un diritto di* exit *in sostituzione di un diritto di* voice: *e questo può, infatti, accadere con specifico riferimento ai diritti particolari di cui all'art. 2468 c.c.*"

[282] Ou, conforme DACCÒ, **Diritti**..., p. 39, tratam-se de "strumenti di tutela che gli permettono di agire nell'organizzazione".

tempo indeterminado, o sócio pode exercer o direito de recesso a qualquer tempo, mediante um aviso prévio de pelo menos cento e oitenta dias[283].

A primeira conclusão que se retira é que nas sociedades limitadas contratadas por tempo determinado, aplicam-se as hipóteses do primeiro parágrafo para o exercício do direito de retirada. No entanto, nas sociedades contratadas por tempo indeterminado, o direito de recesso pode ser livremente exercido, desde que comunicado com um prazo de 180 (cento e oitenta) dias de antecedência[284]. Aqui o direito do sócio parece estar desvinculado da organização e dos seus acontecimentos, tratando-se de verdadeiro direito individual "autônomo".

A norma não gera dúvidas interpretativas, pela sua clareza e objetividade. Note-se que o grande prazo de cento e oitenta dias parece ser uma proteção criada à empresa e à sociedade, para se prepararem para o desinvestimento que será feito, na forma determinada no ato constitutivo, sendo que os haveres serão pagos a partir dos cento e oitenta dias contados do pré-aviso.

Roberto Rosapepe[285] enquadra o direito de recesso imotivado como inderrogável e, portanto, não eliminável pelos sócios. Embora Rosapepe não fundamente ou entre nesse tema, não há que se negar que a eventual impossibilidade de modificar o direito de recesso imotivado, previsto no parágrafo segundo do art.

---

[283] No original: "*Nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con um preavviso di almeno centottanta giorni*"

[284] Sensivelmente distinta é a interpretação de Aldo Fiale: "Inoltre, se la società è stata contrata *a tempo indeterminato*, il socio può *recedere in ogni momento* (come il socio delle società di persone) com um *preavviso di centottantagironi* (art. 2.473, 2° comma). Se, invece, la *società* è contratta a *tempo determinato*, il socio ha diritto di *recedere in ogni momento* se le quote sono intrasferibili o se il trasferimento è subordinato al gradimento degli organi sociali e non siano previste condizioni e limiti all'esercizio del gradimento stesso." (FIALE, loc. cit., p. 243).

[285] ROSAPEPE, loc. cit., p. 304.

2.473 do Código Civil italiano[286], caracterizaria o direito individual do sócio em se retirar imotivadamente da sociedade e independentemente de qualquer deliberação, a partir do momento em que somente ele poderia abrir mão desse direito, já que se trataria de norma inderrogável.

Ao defender que o direito individual deve ser visto sob o enfoque organizativo (tal como Alessandra Daccò), Michele Perrino afirma que não lhe parece correto raciocinar como um direito individual do sócio, como se fosse um terceiro[287].

No entanto, note-se, nesse particular, que o primeiro parágrafo do art. 2.473 da reforma societária 6/2003, estabelece que a eliminação de uma das hipóteses do direito de recesso dá ao dissidente exatamente o direito de recesso, de modo que a lei deixa clara a possibilidade de deliberação pela maioria, permitindo ao dissidente despedir-se da sociedade.

Isso pode levar às seguintes conclusões: **(1)** o direito de recesso imotivado é um direito individual do sócio e a sua modificação pela maioria possibilitaria ao dissidente retirar-se da sociedade; **(2)** admite-se a substituição de determinados direitos particulares de veto, pelo direito de recesso no âmbito organizativo; e **(3)** considerando-se que tal regra seria organizativa, eventuais novos sócios que ingressassem na sociedade estariam sujeitos às normas estabelecidas no ato constitutivo.

---

[286] Alterado pelo D. Lgs. 6/2003.

[287] PERRINO, Michele. La 'rilevanza del socio' nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione. In: SANTORO, Vittorio (Org.). **La nuova disciplina della società a responsabilità limitata**. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 135. No original: "*Non mi sembra però, neppure rispetto ai diritti particolari adesso in esame, che sia corretto ragionare - anzichè, come dirò súbito, di posizioni comunque organizzative - di veri e propri diritti individuale del socio: cioè di situazioni di diritto soggettivo attribuite al socio come fosse un terzo*".

Essas conclusões, portanto, admitiriam que o direito de recesso é um direito individual, mas torna-se organizativo após a disposição de seus titulares[288].

A reforma societária ocorrida na Itália com o D. Lgs. 6/2003, que entrou em vigor em 1°/01/2004, acabou por aproximar a S.R.L. (*società a responsabilità limitata*) - reconhecidamente sociedade de capital naquele país - da sociedade de pessoas, como adverte Michele Perrino[289]. O novo direito de recesso na sociedade limitada italiana confirma tal aproximação, a partir do momento em que se admitiu a retirada imotivada, tal como ocorre na sociedade simples italiana[290].

Embora na sociedade anônima italiana tenha sido admitida a retirada imotivada (art. 2.437, parágrafo 3° - alterado pelo D. Lgs. 6/2003), o que a aproximaria também das sociedades de pessoas, Michele Perrino tende a admitir para a sociedade limitada (e não admite tal hipótese para a sociedade anônima) a adoção de cláusula geral que permite o recesso por justa causa (e não somente pelas causas específicas expressas em lei) nas sociedades contratadas por tempo determinado[291].

---

[288] Essa interpretação, na verdade, tenta conduzir o direito de recesso às normas estatutárias, o que seria uma forma de contemporizar o amplo direito de retirada garantido pelo D.Lg. n° 6/2003.

[289] PERRINO, loc. cit., p. 125.

[290] Conforme parágrafo primeiro do art. 2.285 do Código Civil italiano (este artigo não sofreu alteração com o D. Lgs. 6/2003): "***2.285.*** *Recesso del socio* - Ogni socio può recedere dalla società (c.1373) quando questa è contratta a tempo indeterminato (c. 2273) o per tutta la vita di uno dei soci."

[291] PERRINO, op. cit., p. 125. Afirma ele: "Per l'opposta soluzione propenderei invece per la s.r.l., per l'ammissibilità cioè di clausole che autorizzino in via generale il recesso del socio per giusta causa, anche tenuto conto, per un verso, del più ampio dato testuale, per il quale è concesso all'atto costitutivo di determinare anzichè - come nella s.p.a. - 'ulteriori cause' di recesso, ben più ampiamente 'quando il socio può recedere dalla società (art. 2.473, comma 1°); ed accentuando per altro verso il profilo guida della tendenziale 'rilevanza del socio', nel senso di una riproduzione perfetta sul punto del regime delle società personali: recesso ad nutum da società a tempo indeterminato; recesso per giusta causa in tutti gli altri casi."

Admitindo essa aproximação com a sociedade de pessoas, Perrino demonstra sua tendência para, aparentemente, unificar o sistema e admitir a efetiva coerência entre o recesso numa e em outra (sociedade de capital e de pessoas). Com efeito, a justa causa prevista para o recesso nas sociedades limitadas contratadas por tempo determinado nada mais é do que a aplicação do parágrafo segundo do artigo 2.285[292] do Código Civil italiano.

Entretanto, o recesso na sociedade de pessoas assume uma função diversa do recesso na sociedade de capital, já que naquela há uma menor importância da organização social e uma maior relevância da pessoa do sócio, enquanto nesta o ente é hierarquicamente superior. Nas sociedades de pessoas - por conseqüência do que acaba de ser dito - há uma menor necessidade de se priorizar a estabilidade do ente e de se tutelar o credor social, já que nela vige, em regra, a responsabilidade ilimitada dos sócios (no Brasil, artigos 997, VIII, p.u. 1.003, 1.023 e 1.024, todos do Cód. Civil de 2002), o que torna compreensível a permissão do livre exercício do direito de recesso. Pela relevância do sócio na sociedade de pessoas, o recesso imotivado também pode ser compreendido como uma forma de se evitar que a permanência do sócio desestabilize a limitada pessoal.

No Brasil, no entanto, o legislador outorgou aos sócios a autonomia de se estabelecer no ato constitutivo se a sociedade limitada será regida supletivamente pela lei das S.A. ou pelas regras da sociedade simples (p.u., art. 1.053, C.C. 2002), o que permite dizer que aos sócios é dada a opção de eleger a natureza da sua sociedade (de capital ou de pessoas), conforme esclarecido anteriormente na seção 4.3. Se a omissão imperar, serão aplicadas as regras das sociedades simples.

---

[292] "*Può inoltre recedere nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa.*"

Observa-se que a regra do artigo 2.285 do Cód. Civil de 1942 (ainda em vigor) foi adotada no artigo 1.029 do Código Civil brasileiro. Contudo não se pode presumir a aplicação deste art. 1.029 às sociedades limitadas brasileiras, conforme exposto anteriormente (subseções 4.3 e 4.4).

Outrossim, também não há a previsão de livre exercício do direito de recesso na sociedade limitada capitalista brasileira, já que o direito de recesso previsto no art. 1.077 do Cód. Civil de 2002 não a prevê e nem remete sua interpretação à norma do art. 1.029 do mesmo *codex*. O artigo 1.077, na verdade, manteve a regra do art. 15 do Decreto 3.708/19 e se inspirou no artigo 2.494 do Código Civil italiano de 1942, que combinado com o artigo 2.437 previa o recesso na norma revogada em 2003 pelo D. Lgs. 6/2003.

Embora no Brasil tenha sido adotada regra muito semelhante à norma italiana revogada pelo D. Lgs. 6/2003, as duas grandes distinções entre as atuais legislações italiana e brasileira estão na autonomia do ato constitutivo da sociedade limitada e na possibilidade do recesso imotivado na limitada capitalista italiana (esta última já analisada anteriomente).

Com efeito, na Itália admite-se a ampla (porém não total) autonomia no ato constitutivo da sociedade limitada como, aliás, prevê a primeira parte do parágrafo primeiro do art. 2.473 do Código Civil italiano, modificado pelo D. Lgs. 6/2003. Isso acabou dando uma grande elasticidade à sociedade limitada italiana, conforme ressaltou Michele Perrino[293].

---

[293] PERRINO, loc. cit., p. 126.

4.6.3 Autonomia "Estatutária" na *Società a Responsabilità Limitata* (S.R.L.) Italiana

Uma das grandes inovações da reforma societária italiana de 2003 é a consagração da autonomia "contratual". Como ressalta Alessandro Nigro[294], a nova "s.r.l." é apresentada com a nítida "filosofia" inspiradora da reforma societária na Itália, já que exacerba a **(i)** simplificação da forma, do procedimento e da estrutura; **(ii)** valoriza a autonomia negocial; e **(iii)** flexibiliza os modelos.

Com efeito, a revogada regra do Cód. Civil de 1942 além de não estabelecer uma ampla autonomia estatutária, disciplinava no terceiro parágrafo do art. 2.437, que seria nula qualquer disposição estatutária no sentido de excluir o direito de recesso ou dificultar o seu exercício, porquanto o Código do Comércio de 1882 não previu tal nulidade, o que gerou uma ampla difusão de cláusulas que não aplicavam o art. 158 do Código do Comércio italiano, estipulando a renúncia total do exercício do recesso ou o limitando[295].

Assim, pode-se considerar que da passagem do Código de Comércio de 1882 para o Código Civil de 1942, restringiu-se a autonomia estatutária, impossibilitando-se qualquer limitação ao exercício do direito de recesso.

Na reforma de 2003 não se pode falar em restrição estatutária, mas sim em ampla autonomia, já que a primeira parte do parágrafo primeiro do art. 2.473 da Lei italiana estabelece que o ato constitutivo determina quando o sócio pode se retirar da sociedade e suas modalidades[296].

---

[294] NIGRO, Alessandro. "La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali". In: SANTORO, Vittotio (Org.). **La nuova disciplina della società a responsabilità limitata**. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 6.

[295] DACCÒ, **Diritti**..., p. 46. Expõe ela: "ampia diffusione di clausole statutarie che disapplicano l'art. 158 cod. Comm.: accanto a clausole che contengono una rinuncia totale all'esercizio del recesso, ve ne sono altre che lo limitano ad alcune ipotesi."

[296] "**2.473**. Recesso del socio. - L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità."

A mera leitura desta parte do dispositivo citado dispensaria grandes comentários, não fosse a relevância e importância do tema para se estabelecer regras adequadas para cada uma das sociedades limitadas constituídas.

Em uma primeira interpretação impõe-se afirmar que o dispositivo permite, como regra geral, que o ato constitutivo livremente disponha sobre o direito de retirada e as hipóteses e formas em que ele pode ser exercido. A nova sociedade limitada italiana, assim, passa a se caracterizar, em relação às outras sociedades de capital, pelo amplo espaço de autonomia concedido aos sócios pelo legislador[297]. Essa autonomia estatutária disciplinada no artigo 2.473 foi um dos princípios gerais elencados pelo art. 3º da Lei 366 de 3.10.2001. O legislador, assim, tão-somente executou essa diretriz antes previamente traçada.

Eduardo Spano[298], no entanto, chega a pôr dúvida na possibilidade de se manter um único tipo societário legal para as limitadas, diante da ampla autonomia estatutária outorgada aos sócios.

Entretanto, a primeira limitação à autonomia é a impossibilidade de se vedar o exercício do recesso nas hipóteses expressamente previstas no primeiro parágrafo do art. 2.473[299].

---

[297] NIGRO, loc. cit., p. 8.

[298] SPANO, Eduardo. Prime riflessioni sulla nuova S.R.L. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 9, p. 1.186, set. 2003. Afirma ele: "La varietà e la latitudine degli 'ambiti di autonomia' è tale da farmi dubitare se sia ancora possibile sussumere sotto un unico *nomin júris* società statutariamente assai variegate, che stravolgono il concetto stesso di elasticità del tipo. In altri termini se si possa ancora parlare di tipicizzazione legislativa, laddove la regolamentazione è stata delegata ai soci."

[299] Ou seja: "cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione al trasferimento della sede all'estero alla eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto constitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2.468, quarto comma."

Tal intenção do legislador italiano, de se vedar a eliminação ou restrição de referidas hipóteses de recesso, se torna clara na medida em que se afirma - antes de serem elencadas as situações acima narradas - que: "Em qualquer caso o direito de recesso compete aos sócios que não tenham consentido[300]. Isto é, em qualquer caso - independentemente do que estiver estabelecido no ato constitutivo - o direito de recesso compete ao sócio que discordar das deliberações enumeradas na lei; mais precisamente, no primeiro parágrafo do art. 2.473. Essa orientação também encontra respaldo no direito brasileiro, conforme observado na subseção 4.5 (artigo 109, V, da Lei das Sociedades Anônimas), e da interpretação do próprio artigo 1.077 do Código Civil, conforme será exposto na subseção 5.3 da seção 5.

Alessandro Nigro[301] entende, ainda, que é possível ampliar-se as hipóteses previstas na lei para o recesso, desde que constem do ato constitutivo da sociedade. Entretanto, ao advertir que simultaneamente à autonomia estatutária o legislador cria um núcleo de disposições inderrogáveis, ele adverte que as hipóteses de recesso previstas no art. 2.473 da reforma societária não podem sofrer limitação ou restrição[302].

A questão que se coloca é se a unanimidade dos sócios não pode limitar essas hipóteses legais quando da constituição da sociedade.

Vale repetir que a doutrina italiana[303] insere a hipótese do recesso imotivado do segundo parágrafo do art. 2.473 como causa inderrogável de recesso e, portanto, não passível de limitação ou restrição.

---

[300] No original: "In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito".

[301] NIGRO, loc. cit., p. 9.

[302] Ibid., p.10.

[303] Como Roberto Rosapepe, Alessandra Daccò, Alessandro Nigro e outros.

Mesmo que não exista previsão expressa no ato constitutivo, o direito de recesso imotivado é garantido ao sócio, segundo Giovanni Santarcangelo[304].

Tanto as hipóteses previstas no parágrafo primeiro do art. 2.473, quanto o recesso imotivado do parágrafo segundo do mesmo dispositivo, enquadram-se nas hipóteses em que a maioria ou a unanimidade dos sócios não pode alterar. Contudo, para Sabrina Masturzi[305] é possível que no ato constitutivo haja a restrição do direito de recesso, desde que por deliberação unânime, ressalvada eventual comprovação de coação dos minoritários.

A limitação à autonomia estatutária, assim, impossibilitaria que a maioria dos sócios restringisse o direito de recesso previsto em lei, permitindo-se, no entanto, tal restrição pela unanimidade.

Essa interpretação encontra justificativa ao se afirmar que a s.r.l. continua sendo uma sociedade de capital[306], muito embora tenha se aproximado da sociedade de pessoas. Com efeito, se a s.r.l. continua a conviver com algumas disposições da sociedade por ações italiana (s.p.a.)[307], repetindo a sua regra ou remetendo determinada matéria às normas da s.p.a., pode-se concluir que mesmo com a relevante flexibilidade

---

[304] SANTARCANGELO, Gionanni. **L'atto costitutivo di S.R.L.** Milano: Giuffrè Editore, 2003. p.187. Afirma o autor que "*Non è necessario alcun patto, trattandosi di diritto attribuito dalla legge.*"

[305] Neste sentido, MASTURZI, Sabrina. **La riforma delle società:** commentario del d.gls. 17 gennaio 2003, n. 6. org. Por Michele Sandulli e Vittorio Santoro. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003. p. 82. Afirma ela: "*Al contrario, si vorrebbe oggi incentivare la negoziazione tra i soci, attribuendo alla minoranza un potere preventivamente indisponibile ma comunque rinunziabile mediante contrattazione con la maggioranza*".

[306] Muito embora Paolo Benazzo afirme que o modelo legal da s.r.l. de 1942 era réplica daquele da s.p.a. e embora na reforma do direito societário italiano tenha havido uma verdadeira revolução, deixando-se considerável espaço para a autonomia privada, distinguiu-se substancialmente as regras da s.r.l. das afetas à s.p.a. (BENAZZO, Paolo. L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale,** Milano, ano 22, n. 8, p. 1.062-1074, ago. 2003).

[307] NIGRO, loc. cit., p. 11-12.

e com a considerável "personalização" que a disciplina atualmente consente à s.r.l., ela continua a pertencer formalmente à categoria das sociedades de capital e o legislador assim a mantém, como, por exemplo, pode-se notar no art. 2.484, referente ao capítulo VIII, intitulado "*Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*", quando o legislador elenca a s.r.l. como uma das sociedades de capital para esse fim[308].

Diante disso, admitir-se-ia que em prol da estabilidade do capital da empresa e para a tutela dos terceiros credores da sociedade, tal limitação unânime ao direito de recesso seja lícita e possível, conforme defende Vincenzo Salafia[309].

Isso quer dizer que seria possível à unanimidade dos sócios prever no ato constitutivo da sociedade um critério menos favorável aos sócios, em prol da hegemonia do capital.

Por outro lado, Vincenzo Salafia sustenta que não se poderia estabelecer estatutariamente um critério mais favorável ao sócio, porque isso se traduziria em um prejuízo para o patrimônio da sociedade e, também, para os seus credores[310]. Não parece justificável essa segunda conclusão desse autor, pois se o legislador outorga aos sócios ampla autonomia estatutária, pressupõe-se que eles têm liberdade para

---

[308] Conforme expõe Alessandro NIGRO, loc. cit., p. 12, "Tutto questo sembra portare alla conclusione che la nuova s.r.l. - pur com la rilevante flessibilità e com l'altrettanto rilevante grado di 'personalizzazione' che l'attuale disciplina lê consente - non solo continua ad appartenere *formalmente* alla categoria delle società di capitali in cui il legislatore l'ha mantenuta (e v., per esempio, la rubrica del capo VIII, intitolata '*Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*')."

[309] SALAFIA, Vincenzo. Statuti e riforma societaria: organizzazione, rapporti fra i soci, attività sociale, patti parasociali. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 3, p. 414, mar. 2003. Afirma o autor: "Al riguardo lo statuto, originariamente approvato o successivamente modificato **con il voto unanime di tutti i soci**, potrebbe legittimamente prevedere um criterio meno favorevole per i soci e più vantaggioso per la società, trattandosi sostanzialmente di clausola nociva all'interesse privato, liberamente accettata daí soggetti interessati."

[310] Ibid., p. 414-415. No original: "*non si potrebbe invece statutariamente stabilire um critério più favorevole ai soci, perchè esso si tradurrebbe in un pregiudizio per il patrimônio della società e, quindi, anche per i creditori*"

estabelecerem as regras a serem aplicáveis, notadamente diante do fato de que o art. 2.473 não cria um limitador para a ampliação das hipóteses de recesso; ao contrário, contempla as situações básicas, remetendo para o ato constitutivo as demais.

O próprio Alessandro Nigro acaba se aproximando dessa conclusão, ao afirmar que os sócios poderão modelar a s.r.l., fazendo-a tender mais para a sociedade de pessoas ou mais para a de capital[311], como, aliás, o nosso artigo 1.053 do Cód. Civil de 2002 também estabelece[312]. Isto quer dizer que ele admite a possibilidade de na s.r.l. tutelar-se mais o sócio ou mais a sociedade, dependendo da modelagem a ela dada. Para tanto, seria imprescindível que se admitisse eventual limitação do direito de recesso, para se viabilizar a consecução de determinado objeto social sem que se criem instabilidades ao capital social da empresa e, conseqüentemente, se proteja a sociedade.

Conforme, ainda, Alessandro Nigro[313], a mencionada modelagem encontra limite na necessidade de se utilizar regras compatíveis com o modelo capitalista, mantendo-se a exigência de proteção dos terceiros que contratam com a sociedade, o que acaba por corroborar o acima afirmado. Diante disso, ele entende ser duvidosa a utilização do recesso por justa causa na sociedade capitalista "contratada" por tempo determinado (ao contrário de Michele Perrino), conforme autoriza o parágrafo segundo do art. 2.285 do Código Civil italiano, que disciplina o recesso na sociedade simples.

---

[311] NIGRO, loc. cit., p. 13. Afirma ele: "*In sede di primi commenti alla riforma, la dottrina ha subito segnalato, correttamente, che i soci, utilizando l'autonomia concessa loro dal legislatore, hanno la posibilita di 'modellare' concretamente la s.r.l. o nel senso di accentuarne la (relativa) 'vicinanza' con le società di persone, recependo statutariamente regole o istituti propri di queste; o nel senso, viceversa, di accentuarne la contigüita con la società per azioni (naturalmente, con la società per azioni chiusa), recependo statutariamente regole o istituti propri di quest'ultima.*"

[312] Muito embora estabeleça como regra a aplicação das normas relativas à sociedade simples.

[313] NIGRO, op. cit., p. 14-15.

Tal concepção advém do fato da justa causa ser uma cláusula genérica e com possibilidade de prejudicar a integridade do capital social e, por conseqüência, os terceiros, devendo, por isso mesmo, serem previstas causas específicas e objetivas de recesso na sociedade de tempo determinado.

Com isso, parece óbvia a preocupação geral de se preservar o ente social, notadamente para se tutelar os terceiros que contratam com a sociedade.

Em contrapartida ao acima analisado, há que se observar que a admissão da limitação ao direito de recesso poderá implicar a supremacia dos majoritários sobre os minoritários, já quando da constituição da sociedade. Não se precisa criar nenhuma hipótese absurda para se imaginar, por exemplo, que os majoritários podem impor a restrição ao direito de recesso, tendo os minoritários que optarem por assinar o "contrato social" ou simplesmente não integrarem o capital social. Embora em algumas hipóteses o minoritário tenha a sua relevância e importância para a sociedade (especialmente a sociedade de pessoas), há que se admitir que, em tese, ele é a parte mais fragilizada, desde a constituição da sociedade.

Por ser o direito de recesso uma garantia da minoria como freio da maioria, parece mais cauteloso não admitir tal possibilidade de limitação, como, aliás, ocorre com a sociedade anônima brasileira, de acordo com o artigo 109, V da Lei 6.404/1976. *Mutatis mutandis*, a limitação dessa autonomia estatutária encontra respaldo, também, nas lições de Avelãs Nunes[314], para quem são nulas as cláusulas que estabeleçam a possibilidade de exclusão do sócio independentemente de motivo e que vedem o direito de defesa do sócio, embora ele admita que no contrato sejam ampliadas as hipóteses legais.

É bem verdade que essa corrente doutrinária italiana favorável à limitação tem como preocupação principal o recesso imotivado, o qual efetivamente deveria

---

[314] NUNES, loc. cit., p. 237-252.

admitir restrição no ato constitutivo. A legislação italiana ainda é fonte de recentes debates, já que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência ainda vão sedimentar a sua interpretação e aplicação. Contudo, o que transparece da análise do que já se disse sobre o tema na Itália, é que há uma preocupação dos doutrinadores, em relação à excessiva ampliação do direito de recesso, o que poderá criar instabilidades à empresa e sua atividade comercial. Assim, parte da doutrina admitiria tal restrição, para evitar um futuro tormentoso para as limitadas italianas.

Para o Brasil, no entanto, serve de aprendizado essa preocupação (como, aliás, esclarece Tullio Ascarelli[315], ao afirmar que o direito comparado serve para a auxiliar no futuro legislativo do país de origem daquele que o estuda) e deve-se manter a essencialidade do direito de recesso.

4.6.4 Algumas Considerações Gerais sobre o Recesso na Itália: Conclusões

Michele Perrino[316] tece uma crítica de ordem formal à reforma societária italiana, no que diz respeito às limitadas. Explica que o art. 2.473 não contempla as formalidades a serem observadas no exercício do direito de recesso, tais como envio da comunicação, remetendo a sua disciplina para o ato constitutivo. Segundo ele, essa lacuna deverá ser preenchida com a utilização do previsto no artigo 2.437-*bis* alterado pelo D. Lgs. 6/2003, na hipótese de omissão no ato constitutivo. A mencionada lacuna se repete no Brasil[317] e não parece ser relevante a ponto de motivar grande debate, já

---

[315] ASCARELLI, loc. cit., p. 42.

[316] PERRINO, loc. cit., p. 125-126.

[317] Conforme se denota da parte final do art. 1.077 do Cód. Civil de 2002, no silêncio do "contrato social" se aplica a regra do art. 1.031 do mesmo *codex*. Contudo, os dispositivos não disciplinam as formalidades de comunicação do sócio à sociedade, acerca do seu desejo de retirar-se.

que a jurisprudência tem consagrado tais formalidades. Ademais, a legislação civil e, inclusive, a processual, disciplinam quais são os meios idôneos de comunicação e recebimento, razão pela qual pode se considerar que o sistema como um todo trata do tema.

Em contrapartida, a flexibilidade estatutária e a falta de previsão legal para tanto, permitem que se estabeleça no ato constitutivo uma forma mais adequada para a realidade da sociedade e do local onde ela exerce sua atividade comercial.

Uma outra questão diz respeito à integridade do capital social. O quinto parágrafo do artigo 2.473 - e também o parágrafo terceiro do art. 2.437-*bis* (em relação à s.p.a) - impede o exercício do direito de recesso, ou retira-lhe a eficácia se já exercido, na hipótese de revogação da deliberação que o legitimou[318] ou na hipótese de dissolução da sociedade.

No caso do recesso imotivado, a única alternativa que resta é a dissolução da sociedade, na hipótese de impossibilidade de prosseguimento da empresa com o desinvestimento a ser feito para o pagamento dos haveres do sócio. Todavia, não há dúvida de que essa norma acaba esbarrando no interesse social e no interesse de se preservar a empresa. O direito individual do sócio, nesse caso, acaba sendo hierarquicamente superior à necessidade de preservação do ente. Embora em algumas hipóteses possa ser interessante a retirada de determinado sócio, mesmo que imotivadamente, não se pode exacerbar o direito individual em detrimento dos direitos afetos ao órgão social e ao feixe de contratos por ele estabelecidos.

Importante esclarecer, ainda, que existe uma corrente doutrinária na Itália, que pretende impor limites para o exercício do direito de recesso imotivado, previsto no parágrafo segundo do art. 2.473 do D. lgs. 6/2003, conforme observado anteriormente, em 4.6.2 e 4.6.3. Contudo, pela atualidade do tema e diante da recente

---

[318] No Brasil, tal regra existe na Lei das Sociedades Anônimas (art. 137, parágrafo 3º), porém não é prevista expressamente para as sociedades limitadas.

entrada em vigor da reforma do Direito Societário na Itália, ainda não foram instrumentalizados com a profundidade necessária os ideais dessa corrente doutrinária que se forma dentro de importantes universidades italianas.

O fato é que, em uma rápida análise e diante do que acima foi observado, deve-se ter como um pouco temerária a previsão legal do recesso imotivado, seja na sociedade anônima ou na limitada italiana, independentemente da segunda se aproximar da sociedade de pessoas e ter um caráter próprio, *sui generis*.

A instabilidade do capital social e da empresa - como órgão que exerce atividade comercial -, diante da possibilidade de qualquer sócio retirar-se da sociedade com um pré-aviso de cento e oitenta dias, acaba gerando insegurança nas próprias relações societárias internas.

Em contrapartida, a autonomia estatutária prevista na legislação italiana como regra básica já permitiria, por si só, a previsão de outras hipóteses de recesso, mesmo que não previstas em lei, conforme afirmou Renato Rordorf[319]. Assim, melhor seria a não previsão legal do recesso imotivado, permitindo-se, no entanto, que ela pudesse ser estabelecida no ato constitutivo da sociedade, dentro da liberdade estatutária conferida aos sócios.

Diante dessa autonomia, é possível se utilizar um modelo estatutário de cunho personalíssimo, ampliando-se a relevância do sócio, ou um modelo capitalista, atribuindo-se maior relevância à organização, conforme ressaltou Giuseppe Zanarone[320]. Também o mesmo autor, só que agora em outro texto[321], afirma que se

---

[319] RORDORF, loc. cit., p. 928. Afirma ele: "*Essendo ormai l'autonomia statutaria la regola basilare della società a responsabilità limita, è chiaro che nel suo atto costitutivo possono essere liberamente introdotte ipotesi di recesso ulteriori e diverse.*"

[320] ZANARONE, loc. cit., p. 86-89.

[321] Ibid., p. 75.

pode admitir uma s.r.l. personalíssima, constituída na presença de um modelo capitalista previsto em lei.

Contudo, independentemente do modelo a ser utilizado, o direito de recesso imotivado, segundo o entendimento doutrinário dominante, é inderrogável e, como tal, não permite que seja limitado ou eliminado (conforme a corrente doutrinária que vige hoje na Itália, ressalvando-se a possibilidade desse entendimento ser modificado, notadamente diante dos debates que se iniciaram nas universidades italianas, como já mencionado na subseção 4.6).

4.7 O RECESSO E A "DISSOLUÇÃO PARCIAL" NO BRASIL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 5º, INCISO XX): UM CONFRONTO COM O DIREITO ITALIANO

4.7.1 A "Dissolução Parcial" no Código Civil de 2002: Apuração de Haveres

A "dissolução parcial" é um instituto criado pela doutrina e pela jurisprudência com o objetivo de evitar a dissolução total das sociedades, nos conflitos societários fundamentados no revogado artigo 335, n. 5, do Código Comercial, o qual permitia que qualquer sócio requeresse a dissolução total na sociedade por prazo indeterminado. Com o objetivo de se preservar o ente organizacional e a atividade comercial, criou-se o princípio da preservação da empresa, sob o pressuposto de que o pedido de dissolução total poderia ser atendido como se de "dissolução parcial" se tratasse, já que este era englobado pelo outro, de maior abrangência. Não haveria, com isso, decisão *extra, infra ou ultra petita*, mas sim acolhimento parcial do pedido.

A "dissolução parcial", assim, acabou absorvendo o instituto do recesso, à época disciplinado no artigo 15 do Decreto 3.708/19, que passou a ser mais reconhecido com a promulgação do Código Civil de 2002, o qual além de não disciplinar a "dissolução parcial" como era conhecida, não contemplou a possibilidade

de dissolução total por vontade de um sócio[322], mesmo nas sociedades por prazo indeterminado (art. 335, n. 5 do Código Comercial de 1850).

Tanto no direito de recesso quanto na chamada "dissolução parcial", o sócio que se despede da sociedade é que toma a atitude de romper os vínculos sociais. Essa semelhança confundia os operadores do direito, que freqüentemente utilizavam a expressão "dissolução parcial" referindo-se à retirada.

Na verdade, a "doutrina nunca conseguiu separar nitidamente o exercício do direito de retirada do de dissolução da sociedade em relação ao sócio (dissolução parcial)"[323]. Todavia, como já foi mencionado, o direito de retirada é sempre motivado, porquanto a "dissolução parcial", como era conhecida, era imotivada.

Na "dissolução parcial",

> Basta que a sociedade seja por prazo indeterminado, como sói ocorrer, ou que o prazo de duração seja longo e tenha seu termo final ainda muito distante, e que o sócio alegue desinteligência ou quebra da affectio societatis - fundamento carregado de subjetividade e de grande fluidez -, para que o Judiciário, automaticamente, dê curso a essa forma por assim dizer 'vazia' de resilição parcial do contrato plurilateral da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.[324]

---

[322] Conforme artigos 1.076, I, e 1.071, VI, do Código Civil de 2002, a deliberação da dissolução da sociedade deve respeitar o *quorum* especial de ¾ do capital social, razão pela qual se pode admitir que a sociedade seja dissolvida por vontade de um único sócio (detentor de pelo menos 75% do capital social). Contudo, nessa hipótese, entendo que o princípio da preservação da empresa, criado pela doutrina e pela jurisprudência como freio à dissolução total, deve ser utilizado com os mesmos objetivos que fomentaram a sua formação, garantindo-se o prosseguimento da atividade comercial. Vale ressaltar que se deve admitir a preservação da empresa se esta e/ou o (s) sócio (s) que permanecerá (ão) à sua frente tiverem condições de pagar os haveres do sócio que se retirará da sociedade. Essa seria uma hipótese de "dissolução parcial" permitida pelo novo Código Civil, apenas como abrandamento da norma em prol da preservação da empresa. Assim, se o fundamento dessa dissolução são os artigos 1.076, I, e 1071, VI, do Código Civil de 2002, - o que não permite afirmar que se trataria de recesso imotivado, mas sim dissolução - eles devem ser interpretados de acordo com a orientação jurisprudencial, doutrinária e, porque não, legal, já que essa hermenêutica se adapta ao sistema.

[323] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 287.

[324] PENTEADO, loc. cit., p. 154-155.

Essa distinção entre a "dissolução parcial" e a retirada, é vital para a compreensão das formas de rompimento dos vínculos sociais.

No entanto, a diferença não seria meramente acadêmica ou doutrinária, como adverte Luciano Campos de Albuquerque[325], para quem a forma de apuração de haveres no direito de retirada e na dissolução parcial é distinta, já que no primeiro o reembolso do dissidente seria feito na proporção do último balanço e na segunda hipótese haveria uma liquidação total ficta, para se apurar o real valor do patrimônio[326]. Murilo Zanneti Leal[327] ratifica a orientação de Albuquerque, afirmando que no recesso os haveres são apurados com base no patrimônio líquido, verificado em balanço, e na "dissolução parcial" haveria a avaliação física e real dos bens do ativo.

Da interpretação literal do antigo artigo 15 do Decreto 3.708/19, poder-se-ia admitir essa hermenêutica e, portanto, essa distinção entre o direito de recesso e a

---

[325] ALBUQUERQUE, loc. cit., p. 181-182.

[326] Priscila M. P. Corrêa da FONSECA, loc. cit., p. 76) esclarece inicialmente que os haveres na dissolução parcial devem ser apurados como se se tratasse de dissolução total, o que não deveria ocorrer nas outras espécies de rompimento dos vínculos societário. Contudo, nas páginas 81-82 ela ressalta que os tribunais já vinham adotando essa forma de apuração de haveres para todos os casos de "dissolução parcial *lato sensu*", sendo bem provável que ela permaneça. Assevera-se, no entanto, que a parte final do artigo 1.077 remete a forma de apuração dos haveres ao artigo 1.031, caso o ato constitutivo da sociedade não estabeleça outra forma. Como há a remissão expressa a esse dispositivo, ele certamente deverá ser observado, sendo omisso o ato constitutivo.

[327] LEAL, Murilo Zanneti. **A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 170-171. Afirma o autor que no recesso fundado no art. 15 do Decreto 3.708/19 (ele fez essa análise antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002) tem como conseqüência contábil "*a apuração dos haveres apenas pelo valor do patrimônio líquido, verificado em balanço, sem cômputo das reservas sociais. Isso porque a sociedade não se dissolve pelo recesso, descabendo a avaliação física e real dos bens do ativo, como partilha das reservas sociais, só admissíveis na dissolução total, quando se procede à liquidação do acervo social.*" Mais adiante assevera que na dissolução parcial "*a apuração dos haveres do que se desvincula se dá com base na avaliação física e real dos bens do ativo, por balanço de determinação, partilhando-se também as reservas sociais, como se a sociedade fosse ser efetivamente dissolvida, com liquidação do acervo social.*"

então utilizada "dissolução parcial", em relação à forma de apuração dos haveres do sócio retirante. É que o artigo 15 estabelecia que "o reembolso da quantia correspondente ao seu capital" seria feito ao sócio retirante "na proporção do último balanço aprovado". Note-se que não se estabeleceu a necessidade de levantamento de balanço especial.

O Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por intermédio de acórdão relatado pelo Juiz Airvaldo Stela Alves[328], também entendeu que há essa diferença na apuração de haveres, quando se trata de "dissolução parcial" e retirada.

Entretanto, essa não foi a orientação do Tribunal de Alçada de Minas Gerais[329], que apesar de permitir a possibilidade de retirada pela simples quebra da *affectio societatis*, determinou que a apuração de haveres do sócio retirante se desse de forma ampla, seguindo a fórmula da liquidação total.

Há que se observar que a expressão "dissolução parcial" é inapropriada e essa distinção na forma de apuração dos haveres é imperfeita. Inapropriada[330] porque a sociedade nem se dissolve e nem se extingue[331].

> Sob o aspecto doutrinário, todos esses casos correspondem à resilição parcial do contrato plurilateral de sociedade, que engloba o desligamento do sócio tanto por sua iniciativa (recesso, pedido judicial de dissolução parcial) quanto por iniciativa dos demais ou da sociedade (exclusão, despedida, acionista remisso)[332].

---

[328] Apelação Cível nº 94.111-1, acórdão 5669 - Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná.

[329] Apelação Cível nº 258.744-8, Comarca de Pará de Minas, Sexta Câmara Cível, Juiz Belizário de Lacerda, julgamento em 15/10/1998. RJTAMG, nº 73, p. 95, ano 1999.

[330] Também para Priscila M. P. Corrêa FONSECA loc. cit., p. 70, a expressão foi "impropriamente" utilizada. Ela cita autores como Alberto Gomes da Rocha Azevedo, Hernani Estrella e Waldirio Bulgarelli que também entendem imprópria a expressão.

[331] Como alertou Mauro Rodrigues PENTEADO, loc. cit., p. 91.

[332] PENTEADO, loc. cit., p. 91.

A *resilição parcial* é expressão adotada também por Prisicila M. P. Corrêa Fonseca[333], por ocorrer o rompimento parcial por vontade da parte, não se pondendo denominar, ainda, *resolução* nem *rescisão*. O primeiro porque não se trata de extinção do contrato por inadimplemento e o segundo porque igualmente não há lesão a provocar a extinção do contrato.

A distinção na forma de apuração dos haveres é imperfeita porque o critério de averiguação do crédito do sócio que se desliga da sociedade (pela retirada ou pela "dissolução parcial") é e deve ser o mesmo, tal como ocorre também na exclusão. Isso porque os haveres sociais são sempre os mesmos (independentemente do sócio se retirar, ser excluído ou gerar a "dissolução parcial" da sociedade) e a apuração deverá se dar, em regra, por um balanço especial, considerando-se os bens corpóreos e incorpóreos, materiais e imateriais, devendo ocorrer a avaliação física e real[334] dos bens do ativo, para que se aproxime ao máximo do valor real da participação do sócio retirante. Poderá, tão-somente, admitir-se uma alteração da data-base para o levantamento do passivo e ativo, conforme se trate de recesso ou exclusão, já que o primeiro é, em tese, inesperado para a sociedade e o segundo pode ser premeditado por ela, o que poderá implicar em prejuízo patrimonial para o sócio excluído.

Note-se, ademais, que com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a questão da forma em que deverá se dar a apuração dos haveres tenderá a se unificar, como ressaltou Priscila M. P. Corrêa Fonseca[335], notadamente diante do fato do direito

---

[333] FONSECA, Priscila M. P. Corrêa, op. cit., p. 73.

[334] A expressão "avaliação física e real" é utilizada por Murilo Zanetti Leal, conforme exposto na nota de rodapé 328, para quem a apuração dos haveres será (diferentemente do que entendo, conforme exposto) **(i)** com base nos valores contábeis contemplados no balanço, quando se tratar de recesso ou retirada, e **(ii)** com base na "avaliação física e real" dos bens do ativo, quando se tratar de "dissolução parcial".

[335] Conforme nota de rodapé 327.

de retirada na sociedade limitada seguir a regra do artigo 1.031, conforme dispõe a parte final do art. 1.077, o que também ocorre na exclusão de sócio minoritário, conforme artigo 1.086. O artigo 1.031, por sua vez, determina o levantamento da situação patrimonial da sociedade, com base em balanço especialmente levantado. Tal regra será aplicável em toda e qualquer sociedade limitada (seja ela pessoal ou de capital, regida supletivamente pela Lei das S/A ou não), desde que o ato constitutivo seja omisso em relação ao tema.

Antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil, tratando do tema à luz do art. 15 do Decreto 3.708/19, Mauro Rodrigues Penteado esclareceu que a chamada "dissolução parcial" nas sociedades limitadas tem resultado semelhante ao recesso ou retirada, mas "com a substancial diferença de que, aqui, não precisam alegar nenhuma das hipóteses que constam na lei, em elenco fechado, como pressuposto para o exercício desse direito"[336] (no caso, ele se refere ao art. 15 do Decreto 3.708/19).

Entretanto, mesmo analisando o instituto no auge da sua consagração e cerca de dois anos antes da promulgação da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002[337], Mauro Rodrigues Penteado impõe restrições ao uso da "dissolução parcial" e afirma que a sua acolhida extrema por nossos tribunais é até censurável[338]. Demonstrando que a chamada "dissolução parcial" pode importar "na negação do princípio que inspirou tal

---

[336] PENTEADO, loc. cit., p. 154.

[337] Lei que instituiu o Código Civil.

[338] PENTEADO, loc. cit., p. 156. Afirma ele: "*A aludida construção doutrinária começou a ser erigida de longa data, como esclarece Trajano de Miranda Valverde nas reflexões que fez sobre a aplicação, na espécie, do princípio da preservação da empresa, consolidando-se mercê de inúmeros estudos posteriores, inclusive tese específica de Rubens Requião, disseminando-se nos Cursos e Manuais de Direito Comercial, de sorte a ganhar acolhimento com latitude extrema e até censurável por nossos tribunais.*"

elaboração doutrinária" (princípio da preservação da empresa)[339], Penteado[340] elenca três motivos para a sua crítica: **(i)** o princípio constitucional da ordem econômica[341], notadamente a justiça social e a função social da propriedade; **(ii)** o perfil patrimonial e organizacional da sociedade, o que significa que:

> a resilição parcial com a retirada do sócio poderá levá-la à dissolução e liquidação total, fora das hipóteses em que a lei sanciona essa solução drástica, dada a impossibilidade do prosseguimento das atividades sociais com o desfalque dos valores necessários ao pagamento dos haveres;

e **(iii)** o tipo societário pode aproximar-se do caráter capitalista (como se fosse uma sociedade anônima fechada) "e, nesse caso, a admissibilidade da dissolução parcial equivale praticamente a deferir o direito de recesso ou de retirada, sem que se verifique uma das hipóteses, taxativas, previstas em lei".

Com base nesses elementos que em boa parte resumem o que foi dito e defendido nesse trabalho, Mauro Rodrigues Penteado recomenda que os pedidos de "dissolução parcial" sejam analisados com maior profundidade, em atenção ao princípio da preservação da empresa, cotejando-os (os pedidos) com a utilidade de se preservar a unidade empresarial no caso concreto[342].

---

[339] BULGARELLI, Waldirio. *A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de 'lege ferenda'*. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 22, v. 49, n. 103, p. 41-55, jan./mar. 1983. Comenta que "*para evitar julgar* extra petita *(o que de fato fez) tentou-se aplicar a eqüidade (o que contraria frontalmente a lei) e ao se aplicar esta, privilegiou-se (ou ao menos pretendeu-se) o sócio retirante em prejuízo da empresa social, à qual se queria preservar e talvez até venha a quebrar tal seja o valor do reembolso*".

[340] PENTEADO, op. cit., p. 156-157.

[341] Já analisado neste trabalho, na seção 3.

[342] Murilo Zanetti Leal, no entanto, entende que "*Já a dissolução parcial é direito potestativo dos sócios nas sociedades por quotas com prazo indeterminado, independentemente de dissidência, fundado no art. 335, 5, do Cco.*" (LEAL, loc. cit., p. 171).

Entretanto, José Waldecy Lucena[343], analisando a questão antes da vigência do Código Civil de 2002, expõe seu entendimento de que, na hipótese do contrato social ser omisso em relação ao direito de retirada e não ocorrendo uma alteração contratual a motivá-la (conforme previa o art. 15 do Decreto 3.708/19), devido à construção pretoriana acerca da preservação da empresa, a sociedade poderia ser dissolvida parcialmente, em relação ao sócio que pretendesse despedir-se. Segundo o Lucena, a ruptura do vínculo cairia na vala comum da dissolução parcial, devido à restrição das hipóteses do direito de retirada para a dissidência nas alterações contratuais. Segundo esse mesmo autor, o caminho da dissolução parcial é mais simples e seguro para o sócio que não tenha motivo para despedir-se.

Afirma, ainda, que ao perder sua expressão, o direito de recesso nas limitadas acabou ficando restrito praticamente às sociedades de prazo determinado, já que nas de prazo indeterminado poder-se-ia pleitear a dissolução parcial, com base no artigo 335, 5º do Código Comercial e na construção jurisprudencial.

Conclui afirmando que não haveria razão para se entender de forma diferente, se a jurisprudência é majoritária no sentido de que tanto na dissolução parcial quanto na retirada, os haveres do sócio serão apurados como se de dissolução total se tratasse.

Embora esteja correto em relação à apuração de haveres, o pensamento de José Waldecy Lucena destoa daquele externado por Mauro Rodrigues Penteado, o qual, mesmo antes do "novo" Código Civil, via a "dissolução parcial" como um instrumento que deveria ser utilizado com muito cuidado pelos julgadores[344].

---

[343] LUCENA, loc. cit., p. 581-582.

[344] PENTEADO, loc. cit., p. 157.

A preocupação de Mauro Rodrigues Penteado, anterior à promulgação do Código Civil de 2002 (diga-se uma vez mais), já demonstra com precisão a imperfeição da indevida utilização do instituto. Após a entrada em vigor do Código Civil, a "dissolução parcial", sob a forma do recesso imotivado, não mais foi acolhida pela nossa legislação. À exceção de hipóteses extremas (como a apontada na nota de rodapé número 323) e da dissolução dos artigos 1.087, 1.044 e 1.033, III[345], as quais privilegiam o princípio da preservação da empresa em toda a sua plenitude, não há mais que se falar em "dissolução parcial" como espécie.

A "dissolução parcial", como gênero das espécies direito de recesso, exclusão e falecimento de sócio[346], pode ser admitida já que se prestaria tão-somente para qualificar uma modalidade de resilição parcial do contrato plurilateral de Ascarelli ou do *contrato-organização* de Calixto Salomão Filho. Contudo, o seu emprego não designaria com precisão o instituto da "resolução da sociedade em relação a um sócio", já que de dissolução não se trata, conforme foi observado.

No entanto, além de Mauro Rodrigues Penteado, Alfredo de Assis Gonçalves Neto também entende que não se pode mais falar em dissolução da sociedade por vontade unilateral do sócio. Já analisando os institutos que consagram a "resolução da sociedade em relação a um sócio".

---

[345] Nessa hipótese, há que se admitir que se a maioria qualificada (3/4) dos sócios deliberar pela dissolução total da sociedade, poderão os sócios minoritários prosseguir com a empresa, sendo acolhida a pretensão dos majoritários como se se tratasse de "dissolução parcial", tal qual ocorria com o art. 335, 5, do Código Comercial. Essa admissibilidade muito provavelmente será uma orientação jurisprudencial, até porque privilegia o princípio da preservação da empresa. No entanto, os sócios minoritários e/ou a sociedade deverão suportar os haveres dos sócios majoritários, que nesse caso serão os retirantes. Tal hipótese foi também admitida por Priscila M. P. Corrêa FONSECA, loc. cit., p. 81).

[346] FONSECA, Priscila, M. P. Corrêa, loc. cit., p. 70, também admite tal possibilidade.

Assis Gonçalves Neto afirma que:

> desapareceu o direito de o sócio pretender, a qualquer tempo, dissolver a sociedade em relação a si, pois o novo regime não mais contempla a hipótese de dissolução da sociedade limitada, ajustada por prazo indeterminado, pela vontade unilateral do sócio[347].

Demonstra que o direito até então tutelado pelo art. 335, nº 5, do Código Comercial e construído pela doutrina e jurisprudência, não mais é concedido ao sócio, de acordo com o novo sistema do Código Civil em vigor.

Desaparece, assim, o instituto da dissolução parcial da sociedade, não se permitindo mais sequer uma análise mais profunda desses pedidos, como advertiu Mauro Rodrigues Penteado (conforme acima observado), já que o novo sistema o afastou.

Vale dizer, não há mais na sociedade limitada, a possibilidade do rompimento parcial dos vínculos societários por vontade do sócio retirante, sem a ocorrência de um motivo elencado em lei ou no ato constitutivo. O Código Civil de 2002 disciplinou especificamente cada uma das modalidades de rompimento dos vínculos societários, não admitindo mais a ruptura da "vala comum", que até então se autorizava sob a modalidade de "dissolução parcial".

Também não há mais que se falar em quebra da *affectio societatis*, para fundamentar o pleito de "dissolução parcial", já que esse conceito, "carregado de subjetividade e de grande fluidez"[348], é "fruto de manifesta confusão" dos operadores do direito, que o usavam indiscriminadamente para caracterizar, na verdade, a simples vontade do sócio retirante se desligar da sociedade.

Considerando-se que os motivos que fundamentam tal pretensão vêm hoje elencados em lei (art. 1.077 do Código Civil, na hipótese da sociedade limitada, objeto

---

[347] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 290.

[348] Como observou Mauro Rodrigues PENTEADO, loc. cit., p. 155.

desse estudo; art. 137 da Lei das S/A, no caso das sociedades anônimas; e art. 1.029 para as sociedades simples), não há que se falar em mera quebra da *affectio societatis*. Ela ocorrerá, e assim poderá ser alegado, se os atos praticados pelos sócios majoritários caracterizarem uma das hipóteses legais ou contratuais, quebrando-se, por conseqüência, o elo de confiança que se mantinha entre os sócios e a sociedade.

4.7.2 O Princípio Constitucional da Liberdade de Associação (art. 5º, inc. XX da Constituição Federal de 1988)

Outro fundamento utilizado por parte da doutrina e da jurisprudência para justificar a possibilidade da "dissolução parcial" ou o recesso imotivado, é o preceito constitucional de que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" (art. 5º, inc. XX da Constituição Federal). Com base nesse princípio, seria admissível a "dissolução parcial" da sociedade ou o recesso imotivado.

Em primeiro lugar, há que se observar que efetivamente a expressão "dissolução parcial" é equivocada mesmo que se admitisse a hipótese ora enfrentada.

Não obstante, o princípio constitucional é inaplicável às hipóteses de recesso societário, nas sociedades comerciais. Embora antigamente defendesse a aplicação desse princípio para justificar o recesso imotivado, tenho que admitir que realmente ele não se dirige às sociedades comerciais, mas sim às associações.

Como alerta José Cretella Júnior:

> não se deve confundir associação com sociedade. O direito de formar sociedade é um corolário do direito de associação, mas nem toda a associação é sociedade: esta, ao contrário daquela, tem fim lucrativo[349].

---

[349] CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1. p. 106.

No entanto, para Manoel de Queiroz Pereira Calça:

> O sócio de sociedade celebrada por prazo indeterminado tem o direito de retirar-se da sociedade a qualquer tempo, **motivada ou imotivadamente**; essa assertiva é o corolário do princípio constitucional que assegura o direito de se associar ou desassociar.[350]

Note-se que esse autor pressupõe a existência de duas modalidades de retirada[351]: **(i)** uma pela quebra da *affectio societatis* ou imotivada, com base na Constituição Federal[352]; e **(ii)** outra com base no artigo 1.077 do Código Civil. Contudo, a matéria é disciplinada exclusivamente no Código Civil, no seu artigo 1.077.

A quebra da *affectio societatis* é hoje mais uma utopia que uma realidade, pois ela acabou sendo generalizada para caracterizar-se por qualquer desentendimento (ou qualquer versão que crie um desentendimento) entre os sócios, o que jamais poderia se configurar em um motivo justo para o exercício do direito de retirada. Note-se que apesar de Fran Martins[353] ter admitido a possibilidade do sócio requerer a sua retirada (na chamada "dissolução parcial") com base na liberdade contratual, ele a vincula à comprovação de motivo justo, porque para ele não "deverá ser permitida a dissolução se o motivo apresentado for fútil ou não representar razão séria para a extinção da pessoa jurídica", já que a "sociedade deve estar acima dos interesses

---

[350] CALÇA, loc. cit., p.180.

[351] Ibid., p.184.

[352] Note-se que Priscila M. P. Corrêa FONSECA loc. cit., p. 76-77 também contempla os princípios constitucionais como norteadores da liberdade de associação, nas sociedades comeciais, muito embora mais adianta, no mesmo trabalho, admita que o Código Civil não tenha contemplado a hipótese de "dissolução parcial", salvo em raríssimas exceções, já apontadas neste trabalho.

[353] MARTINS, loc. cit., p. 295. Afirma ele: "A *possibilidade de um dos sócios requerer a dissolução da sociedade, quando o contrato é por tempo indeterminado, se baseia no fato de não ser ninguém obrigado a contratar contra sua vontade. Não estando estabelecido o prazo de duração da sociedade, os sócios só ficam sujeitos a permanecer na sociedade enquanto lhes convier. Poderão, desse modo, a qualquer instante pedir a dissolução da soceidade, sem que sejam forçados a continuar na mesma. Para que, contudo, o sócio requeira a dissolução da sociedade celebrada por tempo* indeterminado, *necessário será que possua motivo justo. Não deverá ser permitida a dissolução se o motivo apresentado for fútil ou não representar razão séria para a extinção da pessoa jurídica. Ainda assim, os demais sócios, concordando com a retirada, poderão deliberar continuar com a sociedade, permanecendo, desse modo, a pessoa jurídica. No contrato será feito apenas um aditivo, com a nova estruturação da sociedade, inclusive distribuição das quotas do capital, tendo essa dissolução o nome de dissolução parcial, visto como a sociedade se dissolve somente em relação ao sócio que se retira*".

particulares dos sócios, pois a sociedade tem papel relevante na coletividade, já que vive a assumir obrigações para com terceiros"[354].

Com a disciplina do Código Civil de 2002, a quebra da confiança mútua entre os sócios que justificaria a retirada ocorrerá, como dito na seção imediatamente acima, se os atos praticados pelos sócios majoritários caracterizarem uma das hipóteses legais ou contratuais.

Sendo assim, há que se admitir que o princípio constitucional de livre associação é inaplicável por pelo menos duas razões: **(i)** a primeira pelo fato de que associação e sociedade são distintas e não se confundem; e **(ii)** pela interpretação que a doutrina atribui para o mencionado dispositivo constitucional.

Com efeito, deve-se entender que o direito fundamental de liberdade de associação foi introduzido pela primeira vez no Brasil por intermédio da Constituição de 1891, tendo sido repetido pelas demais. No entanto, esse direito fundamental não deve nem pode ser confundido com eventual direito de recesso (mesmo que o direito de retirada, por hipótese, se equiparasse ao direito fundamental, como faz Lorenzo Salvatore[355]). A associação, de acordo com Celso Ribeiro Bastos, vem a ser "*a reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns*"[356].

---

[354] MARTINS, loc. cit., p. 296-297. Esclarece ele: "*Já dizia Clóvis Beviláqua que simples disinteligência entre os sócios não é motivo suficiente para a dissolução forçada; mas, a jurisprudência, sobre o mesmo assunto, acrescentava que quando as desinteligências entre os sócios são de tal vulto que impedem a continuação da sociedade, constituem causa de dissolução, 'ficando ao critério do juiz verificar se essas desinteligências são ligeiras ou constituem incompatibilidade absoluta'. E, assim, o juiz que deve examinar as razões apresentadas para a dissolução, tendo sempre em vista que a sociedade deve estar acima dos interesses particulares dos sócios, pois a sociedade tem papel relevante na coletividade, já que vive a assumir obrigações para com terceiros que, de forma alguma, devem ser prejudicados na sua boa-fé.*"

[355] SALVATORE, Lorenzo. Il "nuovo diritto di recesso nelle società di capitali. In: CONTRATTO e impresa. Milano: Cedam, 2003. p. 629. Afirma ele: "*Il diritto di recesso è concepito nel nostro ordinamento come um diritto fondamentale a tutela della minoranza*".

[356] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 213.

Para Fran Martins, a sociedade comercial é, em contrapartida, "a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, que se comprometem a reunir capitais e trabalho para a realização de operações **com fim lucrativo**."[357]

Alfredo de Assis Gonçalves Neto[358] conceitua sociedade como sendo:

> um negócio jurídico destinado a constituir um sujeito de direito, distinto daquele ou daqueles que o produziram, com patrimônio e vontade próprios, para atuar na ordem jurídica como novo ente, como um organismo, **criado para a realização de uma finalidade econômica específica** - ou, mais precisamente, para a prática de atos da vida civil, necessários a preencher os fins econômicos que justificaram sua celebração.

A finalidade econômica perseguida na sociedade comercial caracteriza, exatamente, a distinção desta com outras figuras criadas também pela vontade humana, como a associação[359].

A semelhança entre uma e outra está na manifestação de vontade humana, no ato de criação da sociedade ou associação, mas ambas se distinguem principalmente pelo fato da primeira privilegiar o lucro, enquanto que a segunda não. Ademais, enquanto na sociedade os interesses dos sócios são voltados à prática de um fim comum, na associação os associados visam a defesa de interesses comuns.

A liberdade de não se manter associado, na associação, não implica desinvestimento e instabilidade para ela, porquanto na sociedade o desligamento de sócio gera a necessária apuração de haveres, com o seu conseqüente pagamento a *posteriori.*

Em outras palavras:

> A associação não confere ao associado, por motivo de sua saída, qualquer parcela do patrimônio associativo. Já a retirada, no âmbito societário, tem significado diverso do simples desligamento, eis que implica saída com recebimento de haveres ou, mais precisamente, com liquidação da sua quota[360].

---

[357] MARTINS, loc. cit., p. 186.

[358] GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 8.

[359] Ibid., p. 9.

[360] Ibidi., p. 291.

Na renúncia à qualidade de sócio, no entanto, seria admissível a despedida imotivada, já que não implicaria no desembolso da sociedade. Contudo, a *priori* seria desnecessária a aplicação do princípio da livre associação, já que se trata de direito patrimonial disponível do sócio[361].

Como se não bastasse o acima exposto, observa-se que a aplicação do princípio da livre associação nas sociedades comerciais implicaria na inobservância do princípio da preservação da empresa, que embora seja uma construção doutrinária e jurisprudencial, é fruto da orientação constitucional, emanada pelos artigos 170 e seguintes da Carta Magna, detendo, assim, igual importância daquele. É bem verdade que o primeiro (a livre associação) refere-se a um direito fundamental enquanto que a preservação da empresa é princípio inerente à ordem econômica e financeira, mas que engloba o pleno emprego, as igualdades regionais e sociais etc.

O reflexo de eventual aplicação do princípio da livre associação nas sociedades comerciais, permitindo-se com isso o recesso imotivado, seria a negação do princípio da preservação da empresa, tão importante quanto o outro. Note-se que não se pode falar, no âmbito princípiológico, em revogação de um princípio pelo outro[362]. Ademais, enquanto que o princípio da preservação da empresa visa a tutela de uma coletividade (sociedade, sócios, empregados, governo federal, estadual e municipal, terceiros credores e que contrataram com a empresa etc.) o da livre associação tem por finalidade a proteção de uma única pessoa, que é o sócio retirante.

Sopesando esses princípios bem se percebe que não seria justificável a aplicação do princípio da livre associação em detrimento do da preservação da empresa. A conclusão a que se chega não poderia ser outra que não a

---

[361] Conforme orienta Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, **Lições de...**, p. 292.

[362] Cf. FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996.

inadmissibilidade, também por este motivo, do princípio da livre associação nas sociedades com caráter preponderante capitalista[363].

4.8 O RECESSO NA SOCIEDADE COM DOIS SÓCIOS

A questão ora apresentada não traz em si grande dificuldade em relação ao recesso já analisado, como salienta Alfredo de Assis Gonçalves Neto[364]. No entanto, dois aspectos merecem destaque: **(i)** o primeiro em relação à falta de pluralidade de sócios; **(ii)** e o segundo em relação ao recesso na sociedade de dois sócios em que não há sócio minoritário ou majoritário (cada qual com 50% do capital social).

Inicialmente, impõe-se esclarecer que em qualquer uma das formas de rompimento dos vínculos sociais (retirada, exclusão e falecimento) poderá ocorrer a chamada unipessoalidade superveniente, que é a maior peculiaridade na ruptura dos vínculos na sociedade de dois sócios. Em outras palavras, o rompimento parcial dos vínculos sociais na sociedade de dois sócios terá como conseqüência o prosseguimento da sociedade com um só sócio.

Considerando que o art. 1.077 do Código Civil nada prevê em relação ao recesso na sociedade de dois sócios, há que se observar o que dispõe o artigo 1.033, IV, aplicável tanto às limitadas regidas supletivamente pela Lei das S/A[365], por força dos artigos 1.044 e 1.033 do Código Civil, quanto às limitadas regidas pelas regras das sociedades simples.

---

[363] Ressaltando-se que nas sociedades simples (personalistas por excelência) o art. 1.029 do Código Civil permite o recesso imotivado, sendo desnecessária a aplicação, ou mera alegação, do princípio da livre associação nesse tipo societário, já que a legislação expressamente prevê o seu objetivo final (retirada independentemente de motivo).

[364] GONÇALVES NETO, **Lições de** ..., p. 292.

[365] Isso porque, embora não haja regra expressa sobre o assunto no artigo 1.077, há regra inserta no capítulo inerente à sociedade limitada (art. 1.087), que dispõe a aplicação dos preceitos dos artigos 1.044 e 1.033 do Código Civil, para a hipótese de dissolução da sociedade, caracterizando-se, assim, em regra própria da sociedade limitada.

Com efeito, contrariando uma tendência jurisprudencial e doutrinária, o legislador optou por admitir a sociedade unipessoal superveniente pelo prazo de 180 (cento e oitenta), quando a sociedade deverá ser dissolvida se não for reconstituída a pluralidade de sócios (art. 1.033, IV do Código Civil).

Embora o legislador tenha contemplado expressamente a preservação da empresa por certo lapso temporal (o que antes não acontecia), acabou não acolhendo a doutrina que defendia a possibilidade de admissão da sociedade unipessoal, de responsabilidade limitada.

Pela natureza contratual adotada pelo legislador brasileiro (antes mesmo da promulgação do "novo" Código Civil), tradicionalmente a doutrina nacional se posicionava no sentido de não admitir a sociedade unipessoal, quer originária (constituída por um só sócio), quer superveniente[366]. Embora essa impossibilidade não estivesse prevista expressamente em lei, a orientação contratualista era de não permitir a existência da sociedade unipessoal.

Alegavam os partidários deste entendimento que as sociedades de pessoas, "*enquanto contratos que são*", pressupõem a pluralidade de sócios unidos pela *affectio societatis*. Portanto, a unipessoalidade iria de encontro ao próprio conceito de sociedade.

Assim, no direito brasileiro a redução à unicidade societária importaria na responsabilização ilimitada do único sócio pelas dívidas que a sociedade viesse a contrair[367] e na dissolução da sociedade.

Entretanto, o repúdio à idéia de sociedade unipessoal por tempo indeterminado gerou, no meio comercial, uma anomalia crescente. Devido à

---

[366] Exceção feita para a singular hipótese da subsidiária integral, a qual poderá ser constituída por um só sócio (outra sociedade), na forma do artigo 251 da Lei 6.404/76.

[367] ISFER, loc. cit., p. 138.

necessidade de pluralidade de sócios, passaram a ser criadas as chamadas "sociedades simuladas", ou "sociedades de favor", nas quais se verifica que, embora todos os requisitos formais estejam preenchidos, no plano dos fatos subsiste um único sócio, através da intervenção de "testas-de-ferro".

Como se sabe, a simulação de sociedade pode ocorrer em dois momentos: já na sua constituição, ou, ainda, no decorrer da vida social.

Sem embargo, Lamartine traz à tona comentário oportuno, asseverando que em inúmeros casos não há sequer a presença do "testa-de-ferro", mas o sócio minoritário possui uma participação tão reduzida no capital social que o interesse do sócio majoritário se faz valer pelo interesse da própria sociedade.[368]

Ciente desta realidade desastrosa, a doutrina tem se indagado se a admissão da empresa individual de responsabilidade limitada não seria uma solução para se evitar tal simulação.

Esta tendência de responsabilização limitada e separação patrimonial, até como forma de incentivo econômico para os pequenos empresários, foi acolhida no Capítulo IX do Projeto Jorge Lobo (Anteprojeto de Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitadas), no qual foi intitulada de Empresa Individual de responsabilidade limitada.

Na exposição de motivos do Anteprojeto de Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada ficou claro que:

> Porque 'nasceu imperfeita', sob a égide de uma concepção excessivamente individualista e liberal, e, sobretudo, por força da extraordinária evolução experimentada pela economia nacional e internacional nos últimos oitenta anos, impõe-se, como urgente e necessária, uma profunda reformulação no tratamento legal do instituto, inspirada na doutrina pátria e

---

[368] OLIVEIRA, J. Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 567. "E há também os casos em que qualquer idéia de simulação seria ininvocável: o sócio minoritário não é testa-de-ferro, agindo ao contrário por interesse próprio, com dinheiro próprio. Tem, porém, participação tão reduzida no capital social que se torna difícil, quase sempre, distinguir entre o interesse da sociedade e o do sócio majoritário".

> alienígena, no profícuo labor da jurisprudência nacional e nas inovações das mais modernas legislações estrangeiras, inclusive para criar, no Direito positivo brasileiro, atendendo a exigências de ordem prática, a empresa individual de responsabilidade limitada.[369]

Por outro lado, em crítico comentário acerca do assunto, Calixto Salomão Filho[370] pondera que o empresário individual não busca apenas a limitação da responsabilidade, mas também todas as outras vantagens da forma societária.

Aduz, ainda, que o receio de que a sociedade unipessoal seja mero instrumento de interesse voltado a lesar credores deve ser superado, já que outras "fórmulas" igualmente simples poderiam gerar o mesmo problema.

Ademais, a unipessoalidade, por si só, não é sinônimo de descumprimento dos deveres de publicidade e de persecução dos fins sociais.

Em atenção ao princípio de preservação da empresa, os Tribunais pátrios já admitiam a unipessoalidade superveniente por certo lapso temporal, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002. A retirada do sócio, assim, era admitida, garantindo-se, ainda, a preservação da empresa. Neste sentido:

> SOCIEDADE COMERCIAL - Responsabilidade limitada - Dois sócios - Dissolução pedida por um - Continuação da empresa - Apuração de haveres - Inexistência de decisão "extra petita".
>
> Numa ação de dissolução de sociedade composta de dois elementos, a decisão que nega a dissolução e assegura a retirada do autor, com cabal apuração de haveres, não é extra petita, mas provimento parcial do pedido e ajustado ao interesse social de preservação das empresas.[371]

---

[369] Cf. BRASIL. Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça através da Portaria nº 145, de 30.03.1999, cujas atribuições foram ampliadas pela Portaria nº 492, de 15.09.1999.

[370] SALOMÃO FILHO, **O novo**..., p. 58-75.

[371] RT 565/174.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, a jurisprudência e a doutrina já se direcionavam à aplicação da Lei da S.A., garantindo a preservação da empresa com um só sócio até a próxima assembléia ou reunião dos sócios quotistas ou, se omisso o ato constitutivo, durante o prazo de um ano.

Neste sentido, José Waldecy Lucena aponta que a continuidade da empresa:

> há de prevalecer contra a extinção da sociedade e que levaria ao aniquilamento de um centro organizador dos fatores de produção, ou seja, a empresa, cuja manutenção transcende do interesse individual dos sócios para o interesse social da comunidade em que atua.[372]

Dentro desta perspectiva, vê-se que o direito societário cede espaço à ponderação entre o interesse privado e o interesse da coletividade, adaptando-se às exigências da nova realidade social.

Sendo assim, se outrora a unipessoalidade era considerada como causa passível de extinção societária se não houvesse a reconstituição da pluralidade em determinado prazo, atualmente ela tende a ser enfocada pela doutrina como mera conseqüência da ruptura do vínculo social, ou seja, como fato admissível e não transitório, importando, assim, na continuidade da responsabilização limitada do sócio remanescente e, acima de tudo, na preservação da empresa, à luz dos princípios derivados da Carta Magna de 1988. Essa já é uma realidade na Alemanha, país berço do institucionalismo, e também na Itália.

Entretanto, como visto, contrariamente a toda essa construção doutrinária e jurisprudencial, o Código Civil de 2002 exigiu a reconstituição da pluralidade de sócios no prazo máximo de 180 dias, sob pena de dissolução da sociedade (art. 1.033, IV).

Em relação ao recesso na sociedade de dois sócios com a mesma participação no capital social (50% para cada), há que se observar que, pela interpretação literal da lei, não se pode falar em dissidência, já que nenhuma

---

[372] LUCENA, loc. cit., p. 705-706.

deliberação poderá ser tomada por um só sócio, em razão da sua participação no capital social - 50%. A modificação do ato constitutivo, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra (art. 1.077 do Código Civil), dependem de *quorum* superior a 50% do capital social, razão pela qual não haverá aprovação das matérias e, por conseqüência, dissidência.

Se o conflito interno entre os dois únicos sócios põe em risco a continuidade da empresa, poderá o juiz solucionar o impasse por intermédio da exclusão (quando requerida por uma ou ambas as partes) ou mediante a intervenção na administração da sociedade, observando, para tanto, as modalidades de intervenção exploradas por Luiz Fernando Pereira[373]. É evidente que a essas sociedades especial atenção deverá ser dada pelo Poder Judiciário, notadamente por elas se enquadrarem, em regra, no tipo personalista, o que poderá admitir, excepcionalmente, a admissão do recesso não fundamentado no artigo 1.077.

Em se tratando de sociedade de dois sócios com participações distintas (exemplo: 80% para um e 20% para outro), o procedimento e o direito de recesso do minoritário não tem qualquer distinção em relação a qualquer outra sociedade limitada com mais de dois sócios, atentando-se, somente, para a reconstituição da pluralidade de sócios, conforme já observado.

---

[373] PEREIRA, Luiz Fernando. **Medidade urgentes no direito societário**. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 5).

5 O DIREITO DE RETIRADA VISTO SOB UM PRISMA SISTEMÁTICO: CONCLUSÕES GERAIS

5.1 UM PANORAMA GERAL SOBRE O DIREITO DE RECESSO NO BRASIL E NA ITÁLIA: ALGUNS APONTAMENTOS NECESSÁRIOS E PRÉVIOS ÀS CONCLUSÕES GERAIS

Para que se compreenda e se interprete da forma mais concreta e correta possível o direito de recesso no Brasil, é imprescindível que se observe a evolução do direito italiano, já que a inspiração do legislador brasileiro indubitavelmente se baseou na revogada legislação italiana, de 1942. As diretrizes e os preceitos traçados na legislação comparada, como já observado, servirão para orientar o rumo que a legislação brasileira deverá seguir. Por evidente, algumas situações incompatíveis com o direito brasileiro deverão ser afastadas e outras, não só compatíveis como lógicas, auxiliarão na compreensão do instituto do direito de retirada.

Aliás, como ressalta Tullio Ascarelli:

> Estudando o direito estrangeiro e descobrindo-lhe as premissas eventualmente diferentes das do seu direito nacional, ocorrer-lhe-á, às vezes, encontrar, ao cabo do estudo de um direito estrangeiro, uma explicação melhor para alguns problemas do direito do seu país. É, aliás, o que, em âmbito mais vasto, acontece com os que, viajando longe da sua pátria, são levados a perceber, através da observação dos países estrangeiros, as características do próprio país, colhendo, em toda a sua plenitude, dados de seu país, que, talvez pelo fato de lhe parecerem naturais, haviam anteriormente quase despercebido.[374]

No caso do direito de retirada, a análise do direito italiano não só auxiliará na obtenção de uma melhor explicação para o problema do eventual recesso imotivado, como contribuirá para que se faça uma devida distinção entre a retirada na sociedade

---

[374] ASCARELLI, loc. cit., p. 42.

simples (art. 1.029 do Código Civil brasileiro) e na sociedade limitada (art. 1.077 do Código Civil brasileiro).

Com efeito, o recesso imotivado no Código Civil italiano de 1942 era permitido somente na chamada *società semplice* (art. 2.285), enquanto na *società a responsabilità limitata* (s.r.l.) o direito de retirada era restrito às hipóteses legais (art. 2.494 e 2.437), tal como ocorre hoje no Brasil. Com a reforma do direito societário, por intermédio do D. Lgs. 6/2003 admitiu-se **expressamente** o recesso imotivado na *società a responsabilità limitata*, conforme dispõe o parágrafo segundo seu artigo 2.473[375]. Essa norma confirma que, antes, não se estendia a aplicação do artigo 2.285 às limitadas italianas, tal como se pretende fazer com o artigo 1.029 do Cód. Civil brasileiro[376]. Assim, ao albergar a hipótese do recesso imotivado na limitada, a reforma societária na Itália consagrou a separação das disciplinas, pois se isso não fosse verdade, não haveria qualquer razão para se contemplar agora o direito de retirada imotivado para a s.r.l.

Tanto isso é verdade, que a introdução do recesso imotivado na *società a responsabilità limitata* teve como fundamento as diretrizes e os princípios gerais traçados no artigo 3°, parágrafos primeiro e segundo, da Lei 366, editada na Itália em 03/10/2001. Com efeito, note-se que com a intenção de dar maior relevância ao sócio, permitiu-se que se atribuísse a ele o direito de recesso, não condicionado a motivo. Essa modificação certamente conduz à conclusão de que, antes da reforma do direito societário italiano, não se admitia o recesso imotivado, nem a extensão da aplicação do artigo 2.285 do Cód. Civil italiano de 1942, às *società a responsabilità limitata*.

---

[375] Cabe relembrar o que já foi dito na subseção 4.6 deste trabalho: o recesso imotivado no direito italiano é hoje admitido na sociedade contratada por prazo indeterminado.

[376] Como é o caso de Fábio Ulhoa Coelho, para quem é possível o direito de recesso imotivado nas sociedades limitadas contratadas por prazo indeterminado, por força do artigo 1.029 do Código Civil, conforme exposto na subseção 4.4 deste trabalho.

Aliás, em artigo escrito em maio de 2004 Alessandra Daccò[377] deixa claro que as hipóteses de recesso na s.r.l. foram reduzidas no Código Civil de 1942 e, contra essa tendência, a reforma de 2003 acabou por ampliar as alternativas para o exercício do direito de retirada, aparentemente sob o escopo (um dos) de que isso reforçaria a estabilidade e imutabilidade das deliberações majoritárias, já que o freio dos minoritários passou a ser a sua retirada e, não, o veto à decisão da maioria, impedindo a prática de determinado ato. Ao minoritário, assim, foi concedido um amplo direito de retirada e não um direito de "voz", que chegue a viabilizar, em tese e como regra, a nulidade, ineficácia ou anulação de determinada deliberação[378].

No Brasil o preceito não é, nem pode ser diferente. Por evidente, não pretendeu o legislador criar uma regra para as sociedades limitadas, permitindo, em contrapartida, a aplicação da regra da sociedade simples, sobrepondo-se à norma específica. Isso seria incompreensível. Seja pela semelhança entre o Código Civil italiano de 1942 e o brasileiro de 2002, seja pelo fato, declarado[379] e incontestável, do legislador brasileiro ter se orientado nos Códigos italiano de 1942 e suíço para promover a unificação do direito privado.

Ainda, pela interpretação a ser dada aos artigos do Código Civil, deve-se admitir a autonomia dos tipos societários, notadamente quando já há disciplina específica sobre o tema na forma societária em comento.

---

[377] DACCÒ, **Il diritto**..., passim.

[378] ALMEIDA, L. P. Moitinho de. **Anulação e suspensão de deliberações sociais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Disserta acerca da evidente possibilidade de anulação de determinadas deliberações sociais.

[379] Cf. REALE, Miguel. **Exposição de motivos ao Código Civil, firmada em 16 de janeiro de 1975**. Disponível em: <www.interlegis.gov.br/processo_legislativo> Acesso em: 26 maio 2004.

Assim, a interpretação do artigo 1.053 do Código Civil brasileiro, somada à disciplina dos artigos 1.077 e 1.029 não admitem outra hermenêutica que não a impossibilidade do recesso imotivado na sociedade limitada contratada por prazo determinado ou indeterminado, regida, na omissão do capítulo a ela inerente ou supletivamente, pelas regras das sociedades simples ou das sociedades anônimas, conforme observado nas subseções 4.3 e 4.4 deste trabalho.

Desta forma, o direito de recesso na sociedade limitada brasileira está adstrito à regra do art. 1.077 do Código Civil brasileiro.

De acordo com este dispositivo, o sócio que discordar de qualquer alteração do "contrato social" poderá se retirar da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião que deliberou a modificação. Na parte final do dispositivo, atribui-se ampla autonomia estatutária para a previsão de apuração e pagamento dos haveres sociais, já que a aplicação do art. 1.031 do Cód. Civil fica condicionada à omissão do ato constitutivo.

Essas constatações são tidas diante de uma análise literal do art. 1.077 do Código Civil de 2002. Contudo, tais concepções **(i)** não favorecem à preservação da empresa e **(ii)** em tese não permitem aos sócios a livre disposição acerca do direito de retirada; vale dizer, não outorgam aos sócios a desejada autonomia estatutária, necessária às sociedades limitadas tendo em vista a sua volatilidade, já que ora se aproximam da sociedade de pessoas, ora da de capital. Assim:

(a) a redação dada pelo artigo 1.077 permite afirmar que em face de toda e qualquer modificação do contrato social o sócio dissidente poderá se retirar da sociedade. Note-se que, diferentemente do art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas e do parágrafo primeiro do artigo 2.473 do Código Civil italiano, o artigo 1.077 não estabelece hipóteses específicas e pontuais para o exercício do direito de recesso. Ao contrário, generaliza-o, permitindo que tal direito seja exercido em face de qualquer alteração contratual.

Isso acaba mitigando o princípio da preservação da empresa, que encontra como barreira intransponível o recesso, muitas vezes altamente prejudicial para o prosseguimento das atividades comerciais.

É claro que esse direito de recesso deve ser visto como freio da maioria autoritária e direito da minoria que por vezes não tem a força do veto, restando em suas mãos somente o direito de recesso.

(b) o direito garantido pelo art. 1.077 não pode ser limitado ou restringido por se tratar de um direito essencial[380], mas sua ampliação deve ser permitida, já que além de estar sendo preservado o direito de retirada da minoria, será pela vontade dos sócios (notadamente da maioria) que se estabelecerá regra em tese maléfica para a sociedade a ser constituída.

Cumpre ressaltar que embora a ampliação das hipóteses de recesso implique, em regra, a inobservância do princípio da preservação da empresa, há que se observar que além dessa alternativa não ser vedada pela lei (art. 1.077, mais precisamente), tem-se que admitir a liberdade contratual dos sócios, quando da constituição da sociedade ou no decurso da sua vida, desde que respeitado o *quorum* necessário para tanto.

Afinal, será sempre pela vontade de todos, de parte, ou até de um sócio[381] que a sociedade terá sucesso e a empresa prosseguirá cumprindo a sua função social. Não será somente pela vontade da lei que se garantirá a preservação da empresa; a lei é mero subsídio, substrato secundário necessário, mas não elemento unívoco para a consagração da preservação da empresa.

---

[380] Conforme subseções 4.4, 4.5 e 4.6 deste trabalho.

[381] Como observado na seção 2, subseção 2.1 deste trabalho, Calixto Salomão Filho admite até o prosseguimento da empresa sem sócio.

Luiz Antônio Soares Hentz[382], no entanto, entende que "a prerrogativa do recesso está na vontade do legislador, daí a matéria ser de ordem pública e irrenunciável por parte do acionista e inderrogável pelo estatuto ou pela assembléia geral."

Embora a irrenunciabilidade e a inderrogabilidade sejam inerentes à matéria, não me parece que a prerrogativa do recesso esteja unicamente na vontade do legislador. Será dos sócios a prerrogativa de estipular outras hipóteses para o exercício do recesso e de estipular a forma em que ele se operará.

Essa experiência é retirada do direito italiano, no qual privilegiou-se a autonomia estatutária, o que retirou dos juristas daquele país muitos elogios. Como ressalta Alessandro Nigro[383], a nova "s.r.l." é apresentada com a nítida "filosofia" inspiradora da reforma societária na Itália, já que exacerba a valorização da autonomia negocial e, por conseqüência, flexibiliza os modelos.

Constatou-se, ainda, que a possibilidade de ampliação das hipóteses previstas em lei se trata de um direito das partes, ao contrário do que ocorre na restrição dessas alternativas, já que os minoritários poderiam ser compelidos pelos majoritários a concordar com a limitação de seu direito essencial.

---

[382] HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**: teoria do direito comercial de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.1.2002. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 117.

[383] NIGRO, loc. cit., p. 6.

As afirmações acima decorrem, em parte, da análise da função e objetivo do direito de retirada. Nesse sentido, Renato Rordorf[384] bem esclareceu que o direito de recesso tem duas funções, ou uma função vista sob dois enfoques: 1ª - econômica; e 2ª - jurídica.

A primeira função - econômica - consiste em assegurar uma facilitação do desinvestimento a quem tenha empenhado o próprio capital na empresa, atenuando os vínculos futuros do investidor na sociedade e viabilizando a rápida alocação dos recursos em outras empresas. A segunda - jurídica - qualifica o recesso como direito da minoria, garantindo um espaço de dissenso que permite ao sócio liberar-se da tirania da maioria e, assim, frear os abusos.

No entanto, para preencher essas funções, o direito de recesso na Itália não está adstrito à modificação do ato constitutivo da sociedade[385], já que se admitiu o recesso imotivado, caracterizando-se, portanto, como um direito primário do sócio[386].

---

[384] RORDORF, loc. cit., p. 924. Afirma o autor: "*L'istituto del recesso, nelle società di capitali, assolve a due concomitanti funzioni. Meglio ancora, forse, si può dire che la sua essenziale funzione è suscettibile di essere vista da due diverse angolature: l'una più prettamente economica, l'altra com caratteri prevalentemente (ma non esclusivamente) giuridici. La funzione economica del recesso consiste nell'assicurare un'agevole possibilità di disinvestimento a chi abbia i precedenza impegnato un proprio capitale nell'impresa sociale. Per ciò stesso il diritto di recesso, nella misura in cui attenua i vincoli futuri dell'investitore, agevola la sua propensione all'investimento in società. Accresce inoltre, in termini generali, la mobilità del capitale e perciò ne facilita la più rapida e razionale allocazione. In termini più prettamente giuridici, il recesso è strumento di tutela della minoranza (fin della minoranza più infima: il singolo socio), garantendo uno spazio di dissenso che consente al socio di liberarse dalla tirannia della maggioranza e, così, di frenarne gli abusi. In questa prospettiva, si presenta come il típico diritto di* exit, *complementare ai (o sostitutivo dei) diritto di* voice *del socio.*"

[385] Ibib., p. 927.

[386] Id. Também cf. Renato Rordorf (Id.). Aqui não se entra na questão do direito individual ou particular do sócio, mas tão-somente no fato da reforma do Direito Societário na Itália ter definitivamente outorgado ao sócio individual um direito essencial (conforme dispõe o inciso V do art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas no Brasil) ou simplesmente primário, isto é, independentemente de previsão contratual para tanto.

Percebe-se que o direito de recesso na Itália foi reconhecido como um direito do sócio em face da sociedade, razão pela qual as suas funções econômica e jurídica se voltam para o sócio. Em outras palavras, as suas funções se prestam para tutelar o sócio, que é o detentor do direito de recesso e não a sociedade.

Partindo-se dessa premissa, somado ao fato de que as funções acima analisadas se prestam para a tutela do sócio na sociedade de capital, deve-se concluir que a finalidade econômica do recesso não pode ser estendida para as sociedades de cunho meramente pessoal, já que não se pode falar em rápida alocação dos recursos investidos na sociedade nem, tampouco, de atenuar os vínculos do investidor / sócio. Tal concepção é mais bem compreendida não só nas sociedades de capital, mas nas sociedades anônimas de capital aberto, nas quais o sócio, na maioria das vezes, funciona como mero investidor e, portanto, deve-se privilegiar o rápido desinvestimento.

Entretanto, como já visto nas subseções 4.5 e 4.6, para essas sociedades o direito de recesso é mais restrito, já que o sócio/investidor poderá vender livremente suas ações no mercado, com a pulverização das ações da companhia aberta.

Diante dessa constatação, deve-se pontuar a finalidade do instituto do recesso no direito brasileiro, notadamente aquela pretendida pelo legislador, ao disciplinar a matéria nos artigos 1.077 (sociedade limitada) e 1.029 (sociedade simples).

Com efeito, na exposição de motivos do Prof. Miguel Reale[387], nada é dito especificamente acerca do instituto do recesso, como ocorreu na Itália, onde foram definidas previamente as diretrizes a serem seguidas para o direito de recesso[388].

---

[387] Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil. (REALE, Miguel. **Exposição de motivos ao Código Civil, firmada em 16 de janeiro de 1975**. Disponível em: <www.interlegis.gov.br/processo_legislativo> Acesso em: 26 maio 2004).

[388] Lei 366, de 03 de outubro de 2001 - art. 3, segundo parágrafo, alínea "f".

Entretanto, algumas observações de caráter genérico devem ser analisadas na exposição de motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil. No capítulo inerente às Diretrizes Fundamentais a serem perseguidas, o Prof. Miguel Reale ressaltou que para a elaboração do novo Código, dever-se-ia considerar como parte integrante a normatização das "atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações", o que acabou por justificar a unificação do Direito Privado em um só Código.

Em relação à unificação do Direito Civil e Comercial, o Prof. Miguel Reale afirmou que "Como foi dito com relação ao Código Civil italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas." Entendo também que se trata de unificação meramente legislativa, mantendo-se a autonomia do Direito Comercial, mesmo com a centralização legislativa do Direito Privado em um só código, como, aliás, ressaltou Fábio Ulhoa Coelho[389].

Embora o Prof. Miguel Reale negue ter seguido o modelo italiano, deve-se afirmar, como ele próprio confirmou, que "o Anteprojeto coincide, em parte, como os modelos suíço e italiano no que tange à unificação das obrigações". Porém, como foi visto no decorrer deste trabalho, a recente reforma do Direito Societário italiano pautou-se em diretrizes concretas para seguir uma linha de raciocínio lógico e consistente.

Se, eventualmente, cometeu-se um equívoco quando da "*unificação das obrigações*" no Código Civil de 1942, o Direito Societário italiano foi repensado e reformado, para atender as necessidades das empresas do século XXI. Note-se que não se pretende considerar como correta e muito menos perfeita a legislação societária

---

[389] COELHO, Fábio Ulhoa. **A lei e o ensino do direito**. Disponível em: <http://www.wilges.com.br/contri19.htm> Acesso em: 19 de junho de 2002.

italiana, até porque algumas imprecisões existem[390] e não devem subsidiar o sistema brasileiro.

O que não se pode admitir é que a nossa nova legislação societária já comece inapropriada para a atual ordem jurídica e econômica.

Muito embora na alínea "i", do capítulo Diretrizes Fundamentais, da exposição de motivos[391] do Prof. Miguel Reale, tenha sido contemplado que seria dado guarida somente a institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, e na alínea "m" tenha sido afirmado que seriam acolhidos modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência, admitiu-se, por exemplo, a dissolução total da sociedade por deliberação da maioria absoluta[392] (art. 1.033, III), quando a doutrina e a jurisprudência já haviam consagrado o princípio da preservação da empresa, bastando que um sócio pretendesse e tivesse condições de prosseguir com a atividade comercial, para que a sociedade não fosse dissolvida.

Isso quer dizer que, mais uma vez, a legislação terá que ser atenuada, para se manter hígido o princípio da preservação da empresa[393].

---

[390] Como a possibilidade do recesso imotivado, nas sociedades limitadas contratadas por prazo indeterminado.

[391] Extraída na sua íntegra do site <http://www.interlegis.gov.br/processo_ legislativo>, no dia 26 de maio de 2004.

[392] É bem verdade que a sociedade limitada somente poderá ser dissolvida por deliberação de três quartos do capital social (art. 1.076, I, cumulado com 1.071, VI).

[393] Nesse caso, torna-se relevante a citação de Tullio ASCARELLI, loc. cit., p. 37-38. "Quando a lei está em vigor há muitos anos, é freqüente o caso de a jurisprudência tê-la interpretado, integrando-a, modificando-a, até torná-la irreconhecível." Mais adiante "É freqüente, então, não só a conquista de novas soluções ou a elaboração de novos institutos, mas, também, a elaboração de novos princípios gerais. A doutrina e a jurisprudência, nesses casos, preparam a nova legislação." É o que deveria ter acontecido com o Código Civil de 2002, já que a doutrina e a jurisprudência consagraram o princípio da preservação da empresa. Quando não, admitir-se-ia a modificação de um paradigma, se justificados os seus preceitos. Nesse caso o que aconteceria é que: "Quando, ao contrário, a lei é recente e fruto de uma ordem de idéias distinta da do direito vigente no momento de sua decretação, pode verificar-se um fenômeno oposto, isto é, a tendência para interpretar a nova lei com os velhos princípios. Pode acontecer, então, que em lugar de ser a doutrina a preparar o caminho para uma nova legislação, seja a legislação a preparar o caminho para uma nova doutrina."

Esses preceitos, ratificados pelo então Ministro da Justiça Armando Falcão, em sua exposição de motivos endereçada ao então Presidente da República[394], Ernesto Geisel, acabaram norteando os trabalhos de elaboração do novo Código Civil sem, contudo, ater-se à necessidade de criação de instrumentos que ao mesmo tempo outorgassem aos sócios uma ampla autonomia estatutária e, também, se tutelasse a preservação do órgão e da sua atividade comercial.

É bem verdade que a elaboração de um código que disciplina toda a vida privada não é tarefa simples e, embora em linhas gerais tenha sido atingido o objeto perseguido, falhas e críticas como as que se fazem neste trabalho certamente surgirão, até para que os institutos consagrados pelo nosso novo ordenamento sejam lapidados até se aproximarem ao máximo possível dos anseios sociais.

O fato, porém, é que a norma contemplada no Código Civil de 2002 definitivamente não se baseou na necessidade de preservação da empresa, a qual, para o Prof. Miguel Reale é, "consoante acepção dominante na doutrina, 'a unidade econômica de produção', ou 'a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.'"[395]

Além disso, não outorgou aos sócios a autonomia necessária para que estabelecessem suas próprias regras contratuais, já que o novo Código Civil deu indubitável caráter contratual à sociedade limitada, como se observa em diversos dispositivos que fazem menção ao "contrato" social ou "contrato" de sociedade.

Em contrapartida, a legislação societária introduzida no Código Civil de 2002 também não se orientou na tutela das pessoas dos sócios, protegendo-os como fez, por exemplo, a reforma societária italiana, já analisada na subseção 4.6.

---

[394] Essa exposição de motivos foi firmada em 06 de junho de 1975 e extraída na sua íntegra do site <http://www.interlegis.gov.br/processo_ legislativo>, no dia 26 de maio de 2004.

[395] Conforme mencionou em sua exposição de motivos ao Código Civil de 2002, no item 24, capítulo relativo ao "Livro II - Da atividade negocial", texto extraído na sua íntegra do site <http://www.interlegis.gov.br/processo_ legislativo>, no dia 26 de maio de 2004.

Assim, dois aspectos devem ser ressaltados em relação à norma do artigo 1.077: **(i)** a não consagração de uma ampla liberdade contratual; e **(ii)** a generalização das hipóteses de recesso irrenunciáveis (qualquer alteração contratual).

Diante dessa constatação, há uma evidente lacuna no corpo do conhecimento, a ser preenchida, senão pelo próprio legislador, pela doutrina e pela jurisprudência. Pretende-se, assim, preencher a lacuna acima apontada, criada pela dicotomia legislativa que deixou de tutelar a atividade comercial (a empresa) e os sócios, sem orientar os jurisdicionados na tutela de seus direitos.

5.2 UMA POSSIBILIDADE (OBRIGAÇÃO) LEGISLATIVA

Diante das constatações acima, pode-se afirmar que a regra do artigo 1.077 do Código Civil de 2002 não é satisfatória nem para a tutela dos sócios, nem para a preservação da empresa. Nessa perspectiva, cumpre ao Legislador reavaliar a opção utilizada. Assim, nesta seção pretende-se demonstrar a possibilidade - porque não obrigação - do Legislador adequar a norma à realidade econômica e social do Brasil.

Como foi observado na seção 3, subseção 3.5 (3.5.1), o **Poder Legislativo** poderá e deverá flexibilizar o direito de retirada, restringindo-o ou ampliando-o, mas sempre em prol da preservação do órgão que se originou com a constituição da sociedade. Será por intermédio da insersão das chamadas cláusulas gerais nos textos de lei que o Poder Legislativo flexibilizará o recesso e dará subsídios para que o Poder Judiciário atue no campo da autonomia privada conforme o caso concreto exija. Competirá ao juiz, nesses casos, complementar a norma jurídica, como observa Judith Martins Costa[396].

---

[396] COSTA, Judith Martins. **O novo Código Civil, discutido por juristas brasileiros**. Coord. de Ferreira, Aparecido Hernani. Campinas: Bookseller, 2003. p. 235. Tratando das cláusulas gerais, afirma literalmente a autora: "Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema".

Como agente regulador da atividade econômica, é função do Estado (Poder Legislativo) compatibilizar os interesses sociais envolvidos, criando um mínimo necessário de hipóteses para o exercício do direito de recesso e flexibilizando a norma, através da concessão de certa liberdade contratual.

Por evidente (e como já exaustivamente ressaltado), a autonomia contratual aqui referida não pode ultrapassar o direito essencial garantido pela norma. Vale dizer, ao regular a atividade econômica, o Estado - Poder Legislativo - deverá impor um mínimo necessário de hipóteses irrenunciáveis e inderrogáveis[397] para o exercício do direito de recesso, tal como ocorre na sociedade anônima. Contudo, não se poderá generalizar a retirada a toda e qualquer alteração contratual, como ocorre hoje com a dicção do artigo 1.077. Note-se que o sócio pode hoje gerar um desinvestimento indesejável e inapropriado para a empresa se, por exemplo, for criada uma filial para revenda dos produtos produzidos pela empresa, já que a criação de filial depende de alteração contratual. O aumento do capital social com o reaproveitamento de lucros acumulados e destinados para tanto por deliberação anterior e unânime dos sócios poderá gerar, igualmente, o direito de recesso do sócio, mesmo que esse subscreva e integralize (com o lucro acumulado) a proporção das cotas que tinha direito.

Sob outro enfoque, pode-se indagar se efetivamente os sócios têm a autonomia aqui defendida, para ampliar as hipóteses de recesso. Se for outorgada essa autonomia expressamente pela lei, essa discussão será sepultada, o que também auxiliaria para a caracterização da sociedade personalista e capitalista.

É importante perceber que o direito de recesso, na forma em que está hoje previsto, admite a retirada de sócio mesmo que o ato praticado pela maioria não cause qualquer prejuízo e mesmo que, em tese, não possa gerar dano ou risco futuro para o sócio dissidente, até porque o direito de retirada está desvinculado da caracterização de

---

[397] Como afirmou Luiz Antônio Soares Hentz, conforme citação feita na subseção 5.1.

prejuízo. Ressalte-se, ainda, que praticamente tudo na sociedade limitada acontece por intermédio de uma alteração contratual, razão pela qual sempre se abrirá a oportunidade para os sócios se retirarem da sociedade.

Em contrapartida a isso, perceba-se que eventuais modificações no rumo dos negócios feitos pela empresa não geram o direito de retirada. Tome-se como exemplo a alteração de políticas econômicas e de expansão que acabem, no plano concreto, modificando o objeto social da empresa, sem que para isso seja necessária a alteração do contrato social. Não é absurda a hipótese, já que uma empresa de participações e de administração de bens pode deliberar internamente a venda de todo o seu patrimônio (o que independe de alteração contratual), para adquirir participação em outras empresas. Esse é, indubitavelmente, um negócio que pode gerar risco para a sociedade e, por conseqüência, para os seus sócios que nela investiram. Em tese, o dissidente não terá o direito de retirar-se da sociedade, já que não houve modificação no contrato social, nem fusão ou incorporação.

Por essas razões, parece evidente a necessidade legislativa de serem estabelecidas hipóteses *mínimas* pontuais para o exercício do recesso, considerando-se sempre que, nesses casos, "o direito de recesso nasce com a deliberação de alteração do contrato social"[398], ou com a mera deliberação, quando não for necessária a modificação do contrato social, como no exemplo exposto no parágrafo acima.

Assim, limitando-se as hipóteses legais para o exercício do direito de recesso, auxiliar-se-á na preservação da empresa, evitando-se a facilitação do desinvestimento societário. Em contrapartida, outorgando-se aos sócios ampla autonomia contratual para estabelecerem as regras que entenderem pertinentes, possibilitar-se-á que eles constituam a "sua" sociedade limitada mais semelhante ao modelo que mais ela se aproxima - de pessoas ou de capital, considerando seu caráter

---

[398] GONÇALVES NETO, **Lições de**..., p. 284.

híbrido, consagrado no Brasil e na Itália, conforme exposto na subseção 4.2 deste trabalho.

Aliás, a autonomia contratual é uma regra da reforma societária de 2002 no Brasil[399], faltando à parte inicial do artigo 1.077 do Código Civil a previsão dessa liberdade. Por essa razão, o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) apresentou ao Deputado Luiz Piauhylino[400] projeto de alteração do Código Civil, contemplando a redação sugerida ao artigo 1.077, conforme segue:

> **art. 1.077.** Salvo disposição em contrário no contrato, quando houver modificação do contrato em virtude de fusão ou cisão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à deliberação, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

A justificativa para essa alteração é a "Introdução da possibilidade do sócio retirar-se da sociedade também em caso de cisão, bem como a possibilidade do contrato não autorizar a retirada de seus sócios, caso isso seja de interesse das partes."[401]

A sugestão legislativa contempla indubitavelmente a autonomia contratual, porém, parece necessária a previsão de outras hipóteses específicas que dêem aos sócios o direito de retirar-se da sociedade, como a modificação concreta ou fática do objeto social (concreta por intermédio de alteração contratual e fática no sentido de que seja gerada pelo cumprimento de determinada operação decidida pela maioria dos sócios, que implique uma substancial modificação do objeto social previsto no contrato social), a modificação do tipo societário (já que pode implicar na modificação

---

[399] Como pode ser observado de vários dispositivos, como os artigos 1.053, 1.057, 1.061, 1.066, 1.069, 1.071, 1.072, 1.079 e inclusive na parte final do artigo 1.077.

[400] Em reunião realizada no dia 27 de maio de 2004, às 18:00 horas.

[401] Trabalho elaborado em 2004, não publicado e de circulação restrita às sociedades de advogados associadas ao CESA.

da responsabilidade dos sócios), a transferência da sede da empresa para o exterior, a eliminação ou modificação de uma das hipóteses de recesso previstas no contrato social, o aumento injustificado (remetendo-se ao juiz a análise dessa justificativa) do capital social ou que não respeite as regras estabelecidas nos artigos 1.081 a 1.084 e a redução injustificada do dividendo obrigatório, quando estabelecido previamente no contrato social em por deliberação dos sócios.

Tais hipóteses têm como fonte de inspiração a Lei das Sociedades Anônimas e o parágrafo primeiro do artigo 2.473 do D. Lgs. 6/2003 da reforma societária italiana.

Embora sejam ampliadas as hipóteses estabelecidas pelo CESA, tal fato decorre da necessária proteção dos sócios minoritários frente aos majoritários, já que estes podem exercer certa hierarquia sobre os minoritários desde a constituição da sociedade, não estabelecendo alguns casos importantes para o exercício do direito de retirada.

É verdade que a redação sugerida pelo CESA melhor prevê a preservação da empresa, já que não admite casos pontuais de recesso, a não ser a fusão, cisão e incorporação. Contudo, é necessário se fazer o devido contrapeso entre os direitos envolvidos (da sociedade e dos sócios minoritários), contemplando-os na medida do possível, porém, priorizando-se o interesse de maior relevância que é o da sociedade. Importante notar, ainda, que uma das significativas inovações introduzidas pelo Código Civil foi a maior proteção aos minoritários, o que não pode deixar de ser observado em eventual nova redação do artigo 1.077.

Outra questão que se destaca das hipóteses de recesso elencadas (com base na Lei das S/A e no parágrafo primeiro do artigo 2.473 do D. Lgs. 6/2003 da reforma societária italiana) nesta seção é a subjetividade de algumas delas, remetendo-se para o Judiciário a interpretação de cada caso concreto. Trata-se de uma cláusula geral, que serviria de mero subsídio para uma eventual necessidade interpretativa jurisdicional,

podendo-se admitir ou não o direito de recesso, dependendo da situação concreta.

Isso evitaria a inobservância da proteção dos minoritários e, ao mesmo tempo, excessos por esses cometidos[402], ao retirarem-se sem uma motivação real, dificultando o prosseguimento das atividades empresariais. Deve-se observar, no entanto, que:

> O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isso evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo.[403]

5.3 UMA NECESSIDADE INTERPRETATIVA (JUDICIAL)

Cabe destacar que a alternativa acima analisada se baseia em eventual modificação do disposto no artigo 1.077. Embora isso seja uma necessidade, impõe-se uma interpretação sistemática[404] do dispositivo atualmente em vigor, de forma que melhor se adapte à realidade social, econômica e jurídica do país.

Analisou-se na subseção 4.4 a interpretação literal - e independente do sistema como um todo - a ser dada para o artigo 1.077 que, como visto, não auxilia na

---

[402] A chamada minoria perversa.

[403] COSTA, loc. cit., p. 237.

[404] E não isoladamente. Há que se admitir, ainda, que além da interpretação sistemática, está inserida nos meios de interpretação textual do positivismo jurídico a interpretação histórica, "*que consiste na utilização de documentos históricos diferentes do texto legislativo, para reconstruir a vontade do legislador; com relação ao direito dos Estados parlamentares, tal meio comporta essencialmente o estudo dos trabalhos* preparatórios*, pelos quais se pode conhecer as várias intenções para as quais uma lei foi aprovada e qual delas prevalece sobre as outras.*" (cf. BOBBIO, **O positivismo**..., p. 215). Note-se que no transcorrer deste trabalho (principalmente na subseção 5.1) foi utilizada a exposição de motivos do Prof. Miguel Reale, para justificar a razão da interpretação volta à preservação ora defendida. Como ficou consignada nessa exposição de motivos que o Código Civil consagraria construções jurisprudenciais, como a preservação da empresa, pautou-se nessa vontade do legislador para fundamentar algumas conclusões. Assim, deve-se admitir que também se utilizou (embora em menor proporção) dessa forma interpretativa, para a elaboração deste trabalho.

preservação da empresa (notadamente diante da variação de tipo societário permitida na sociedade limitada - de capital ou de pessoas) e na necessária liberalidade contratual.

Assim, constatou-se que o dispositivo não pode ser interpretado à sua literalidade e isoladamente, mas sim em face do sistema criado pelo Código Civil de 2002. A compreensão de sistema torna-se relevante para que se aplique a interpretação sistemática, a fim de melhor entender o instituto do recesso no "novo" Código Civil.

A interpretação sistemática, "que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente"[405], torna-se elemento importante para se apurar a solução que mais se aproxima da realidade jurídico/material e da uniformidade necessária e desejada, para que se possa esclarecer o conteúdo da norma, considerando-a em relação a todas as outras. Aliás, deve-se partir do pressuposto de que não se poderá admitir a existência de várias interpretações possíveis para o sistema jurídico, mas sim que de uma interpretação uniforme, seja possível a adequação das particularidades de cada caso, o que permite afirmar que a interpretação judicial torna-se flexível à realidade dos autos, respeitando-se o sistema como um todo.

Para tanto, há que se apurar o elemento que fundamenta a *ratio legis*, pois "quando num caso não regulado se encontra a mesma *ratio* que funda a disciplina de um outro caso, também ao primeiro pode ser estendida essa mesma disciplina."[406] No direito de retirada há que se destacar a intenção do legislador de preservar a empresa, tornando-se ela um dos (ou o principal) elementos dessa *ratio legis*.

Como sistema, deve-se compreender o agrupamento de normas ordenadas e relacionadas entre si, formando um bloco unitário. Além do necessário agrupamento,

---

[405] BOBBIO, **O positivismo**..., p. 214.

[406] Ibid., p. 218.

os elementos característicos básicos do sistema são, portanto, a ordenação e a unidade, ou como definiu Norberto Bobbio, "uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem."[407]

A necessidade de se interpretar o direito de recesso previsto no artigo 1.077 à luz da realidade social, material e sistemática ressalta-se na medida em que Canaris estabelece que a ordenação evita a restrição precipitada e a unidade evita a dispersão indesejada. Para Claus-Wilhelm Canaris:

> No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela - quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada - exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor [sic] modifica uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.[408]

Note-se, por exemplo, que a interpretação criticada neste trabalho em relação à aplicação do artigo 1.029 do Código Civil a toda e qualquer sociedade limitada contratada por tempo indeterminado, única e exclusivamente com o objetivo de justificar o recesso imotivado, tem como objetivo, exatamente, demonstrar que essa falta de unidade dispersa a noção do sistema, o qual previu a aplicação das regras afetas às sociedades simples somente na hipótese de omissão do capítulo inerente às limitadas, o que não ocorre no caso do direito de retirada[409].

---

[407] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 71.

[408] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.12-13.

[409] Já que previsto no artigo 1.077.

Se, como afirma Juarez Freitas[410], o sistema é

> uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito,

deve-se compreender quais são esses princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Partindo do princípio de que o sistema admitiu que a limitada é uma sociedade contratual, não há como negar a liberdade contratual dos sócios. Considerando-se, também, que um princípio perseguido pelo Estado Democrático de Direito foi a proteção dos minoritários, igualmente não se pode admitir a restrição dos direitos a eles conferidos. Isso admite afirmar que a interpretação literal e isolada do artigo 1.077 (não se permitindo a ampliação das hipóteses nele previstas) conflita com o sistema.

Por ser uma sociedade contratual, há que se admitir, ainda, a aplicação das regras contratuais, como observado na subseção 2.2 deste trabalho. Assim, competirá ao juiz a análise de eventuais atos de improbidade ou má-fé (art. 422 do Código Civil) na execução do contrato, quando da análise dos conflitos no âmbito da sociedade limitada. Tome-se como exemplo a venda premeditada de todo o patrimônio social, a fim de fraudar ou prejudicar o sócio minoritário.

Releva-se, ainda, a necessidade de compreender o sistema de forma hierárquica, de modo a se observar os princípios constitucionais que se sobrepõem à regra afeta ao Código Civil. O princípio da preservação da empresa ou da atividade econômica, com a sua raiz constitucional, impõe a interpretação voltada à preservação do ente jurídico, propulsor da atividade empresarial. Impede-se, assim, o livre e imotivado exercício do direito de recesso, capaz de inviabilizar a atividade econômica em face do desinvestimento, notadamente na sociedade de capital.

---

[410] FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46.

O recurso à interpretação sistemática, portanto, faz com que obscuridades ou contradições normativas sejam solucionadas pelo recurso do denominado "'espírito do sistema', mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal."[411]

Não se pretende admitir um sistema fechado e legalmente completo, até porque não permitiria a flexibilização para o caso concreto e a complementação de acordo com os valores relevantes à situação e ao momento. Contudo, também não é salutar um sistema totalmente indefinido e aberto, que permitiria indeterminações e conseqüências inaceitáveis. É o contrapeso que permitirá certa restrição sistemática e, ao mesmo tempo, a adaptação necessária, conforme ressalta Canotilho:

> Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um <<sistema de segurança>>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).
>
> O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do <<possível>> fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.[412]

O sistema constitucional, no entanto, não deve ser tido como um sistema aberto em quaisquer dos níveis de sua significação. Ele é aberto apenas semântica (significado da norma) e pragmaticamente (o uso da norma), porém, sintaticamente

---

[411] BOBBIO, **Teoria do**..., p. 76.

[412] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 1.126.

(relação da norma com outra norma - aspecto formal), visualiza-se a Constituição como um sistema fechado, segundo o qual eventuais contradições ou omissões normativas verificadas no âmbito infraconstitucional serão solucionadas conforme os princípios constitucionais, vistos como diretriz hermenêutica do sistema e situados no ápice da pirâmide normativa. Daí admitir-se a interpretação voltada à preservação da empresa como horizonte orientador da hermenêutica do recesso no Código Civil, não se admitindo, assim, a aplicação do art. 1.029, que geraria uma contradição com o artigo 1.077, afeto às sociedades limitadas.

Diante disso, partindo do princípio de que o artigo 1.077 não permite o recesso imotivado nas sociedades limitadas[413], deve-se pontuar quando o sócio poderá retirar-se da sociedade e como deverá se dar a interpretação do juiz, exercendo a função do Estado como agente regulador da atividade econômica.

Com efeito, considerando-se que o juiz funcionará como representante do Estado para garantir a atividade econômica da empresa e, por conseqüência, que ela exerça a sua função social e gere riquezas para toda uma coletividade, impõe-se que se admita certa flexibilidade interpretativa por parte do Poder Judiciário, dentro dos princípios que norteiam o sistema jurídico. Adotando por conveniência a orientação de Norberto Bobbio[414], trata-se da *analogia juris* (recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico) que se baseia:

> num procedimento duplo de abstração e de subsunção de uma species num genus. O processo de abstração consiste em extrair os princípios gerais do ordenamento jurídico: de um conjunto de regras que disciplinam uma certa matéria, **o jurista abstrai indutivamente uma norma geral não formulada pelo legislador, mas da qual as normas singulares expressamente estabelecidas são apenas aplicações paticulares: tal norma geral é precisamente aquilo que chamamos de um princípio do ordenamento jurídico. Uma vez formulada esta norma geral, o jurista a aplica àqueles casos que,**

---

[413] Sejam elas pessoais ou de capital, por prazo determinado ou indeterminado, como observado na seção 4 deste trabalho.

[414] BOBBIO, **O positivismo**..., p. 220.

> **não sendo disciplinados nas normas singulares expressamente, são no entanto abrangidos no âmbito dos casos previstos pela mesma norma geral.** Nessa segunda fase, o jurista executa precisamente um trabalho de subsunção de uma species (os casos não regulados pelas normas singulares) num genus (a categoria dos casos aos quais se refere a norma geral).

A norma geral é, exatamente, a preservação da empresa, da qual retiram-se as normas singulares, de aplicações particulares, como o direito de recesso e a exclusão. A volatilidade interpretativa, assim, estará inserida no âmbito da norma geral (preservação da empresa) e quando determinada situação **não for disciplinada nas normas singulares** como, por exemplo, a distinção interpretativa da preservação da empresa nas sociedades de capital e de pessoas.

Diante de tudo que foi exposto durante este trabalho, parece não surgir dúvidas de que o Judiciário não poderá admitir qualquer restrição ao direito de recesso previsto no artigo 1.077, por se tratar de uma norma de ordem pública[415] que consagra

---

[415] "Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontada dos obrigados. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa." (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 131). Por sua vez, MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 216: "*Toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora indiretamente, ao interesse público*". Mais adiante, na página 217: "Consideram-se de ordem pública as disposições sobre a organização da família: por exemplo, as que dizem respeito ao exercício do pátrio poder, aos direitos e deveres dos cônjuges, assim como as que proíbem a poligamia, ou o casamento entre parentes até certo grau. Incluem-se na mesma categoria as normas que estabelecem condições e formalidades *essenciais* para certos atos, ou para se organizarem e funcionarem sociedades, civis ou comerciais". Após o enquadramento do que seriam as normas de ordem pública, trata ele da sua inderrogabilidade, afirmando na página 219 que "convenções particulares não alteram, nem virtualmente revogam disposições de Direito Público. Estenderam o preceito: consideram abrangidas por ele as normas de Direito Público, e também as de Direito Privado, quando de *ordem pública*." Na página 220 esclarece que: "As determinações dos particulares somente não tornam inoperantes, *na espécie*, as do legislador, quando estas, além de se inscreverem entre as de ordem pública, também são *imperativas* ou *proibitivas*."

um direito essencial, irrenunciável e imutável do sócio, não podendo ele abrir mão desse direito no ato constitutivo ou em documento independente nem, tampouco, lhe ser tolhido tal direito pelos majoritários, tácita ou expressamente.

Embora o artigo 1.077 nada estabeleça acerca da possibilidade ou não da restrição dos direitos ali contemplados, não se poderá admitir qualquer limitação. Assim, enquanto viger o artigo 1.077, na sua atual redação, toda e qualquer alteração do contrato social abrirá a possibilidade para que o sócio dissidente exerça o seu direito de retirada, no prazo de trinta dias subseqüentes à reunião, observando-se as peculiaridades da matéria[416], conforme exposto na subseção 4.4 deste trabalho.

Em contrapartida, a ampliação das hipóteses previstas no artigo 1.077 deve ser admitida, pois não se estará restringindo qualquer direito das partes, além do que a deliberação e a previsão contratual dependerão da aprovação e do consentimento unânime dos sócios, os quais acabarão delineando os contornos societários a serem utilizados na sociedade limitada constituída. Agregue-se a isso o fato de que o dispositivo em comento não veda a referida ampliação, o que não pode ser afirmado em relação à limitação das hipóteses nele previstas, já que isso importaria em negativa de vigência desse dispositivo federal.

Outrossim, não há que se negar que o sistema do Código Civil de 2002 outorgou aos sócios minoritários maior proteção, como ocorre, por exemplo, com o artigo 1.072, por intermédio do qual se garante a participação dos sócios minoritários em toda e qualquer deliberação social, não se podendo mais admitir a deliberação majoritária, sem prévia reunião com a presença ou ciência comprovada dos minoritários. Compreensível e compatível com o sistema, portanto, que se vede a

---

[416] Tais como prazo, termo *a quo*, modalidade e forma de apuração dos haveres.

restrição[417] dos direitos dos minoritários (que na prática seria imposta pelos majoritários já na constituição da sociedade) e que se admita a ampliação das hipóteses de recesso, para que os minoritários sejam protegidos e para que se acate a natureza contratual estabelecida pelo sistema.

Embora não conste no Código Civil norma expressa em relação à necessidade de preservação da empresa, retira-se do sistema do referido *codex* (e notadamente do sistema constitucional) a consagração do rompimento parcial dos vínculos societários (como as hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio, a resolução da sociedade em relação a sócios minoritários - exclusão - e a própria retirada), o que acabou por recepcionar o princípio jurisprudencial da preservação da empresa, já que evitou em tais hipóteses a dissolução total da sociedade. Por ter sido considerada pelo legislador uma sociedade contratual, a sociedade limitada admite a negociação de cláusulas, desde que inseridas no âmbito da autonomia permitida na lei.

A inexistência de vedação legal à ampliação das hipóteses de recesso, somada à indiscutível tutela dos minoritários, permitem afirmar que há, nesse particular, liberdade para os sócios negociarem a ampliação do recesso. Repita-se que o mesmo não pode ser dito em relação à limitação desse direito, já que iria de encontro com a proteção dos minoritários e contra a norma do artigo 109, V, da Lei das S.A., que embora se refira a outro tipo societário, subsidia uma interpretação sistemática do sistema societário brasileiro, sem se falar, ainda, na sua eventual regência supletiva.

Questão relevante de ampliação das hipóteses previstas em lei é a estipulação de cláusula geral no ato constitutivo, prevendo a possibilidade do sócio retirar-se "por justa causa". Aqui cabe a menção de que por justa causa não se pode entender a

---

[417] Até porque o sistema jurídico brasileiro garante a essencialidade do direito de recesso, tratando-o como irrenunciável e inderrogável, conforme artigo 109, V da Lei das Sociedades Anônimas.

alegação de mera quebra da *affectio societatis*. Tal como ocorre na exclusão de sócio, a justa causa deve ser concreta e factível. O juiz deverá analisar, ainda, a natureza da sociedade (de pessoas e de capital), bem como o impacto que o desinvestimento e o pagamento dos haveres do dissidente gerarão para o prosseguimento das atividades empresariais, conforme observado durante este trabalho. A justa causa pode não depender de alteração contratual, de acordo com o que estiver previsto no ato constitutivo.

Independentemente disso, há que se admitir a possibilidade de reconsideração da deliberação que tenha gerado o recesso, cessando-se a dissidência, tal como ocorre na sociedade anônima (parágrafo 3º do art. 137) e na *società a responsabilità limitata* (parágrafo 5º do art. 2.473 e art. 2.473-*bis*, ambos da reforma societária italiana de 2003 - D. Lgs. 6/2003). Considerando a omissão do capítulo inerente à sociedade limitada no Código Civil de 2002, a regência supletiva da Lei das S/A autorizaria tal possibilidade. Contudo, ao Judiciário concede-se esse espaço interpretativo, dentro da finalidade norteadora do sistema que é a preservação da empresa.

Há que se ressaltar que na sociedade limitada capitalista o direito de recesso será mais restrito, ou a interpretação judicial do caso concreto deverá partir do princípio de que nessas sociedades deve-se limitar ao máximo a possibilidade do sócio retirar-se, tal como ocorre com a sociedade anônima de capital aberto[418]. Tal limitação - diga-se mais uma vez - encontra a barreira da irrenunciabilidade e da inderrogabilidade das hipóteses do direito de recesso previstas em lei.

Já nas sociedades limitadas personalistas, a interpretação judicial deverá ser

---

[418] Como observado na subseção 4.5, o direito de recesso na sociedade anônima de capital aberto é muito mais restrito que na de capital fechado, diante do seu maior caráter capitalista. Esse exemplo serve de experiência para a hipótese ora analisada, em relação à limitada capitalista e personalista.

mais flexível[419] no sentido de admitir o recesso, já que o desinvestimento, em regra, não trará relevante prejuízo para o ente jurídico, considerando-se que a figura do sócio é que efetivamente tinha forte significado para a empresa e a sua permanência meramente física (sem que exista o empenho e a comunhão de interesses) não trará, em regra, benefícios para o órgão e para a atividade econômica desenvolvida.

Mais uma vez parte-se de uma interpretação sistemática para essa afirmação, já que na sociedade simples, tipicamente de pessoas, facilita-se o recesso e na sociedade anônima, típica sociedade de capital, o direito de retirada é mais restrito. Como a limitada é uma sociedade híbrida, além de uma regra própria o sistema societário brasileiro impõe certa volatilidade interpretativa, de acordo com o tipo societário adotado (de capital ou de pessoas). Do sistema do Código Civil abstrai-se a *ratio legis* da sociedade de pessoas, que pressupõe o livre exercício do direito de recesso, enquanto que do sistema societário abstrai-se a *ratio legis* da sociedade de capital, que é, exatamente, a restrição ao direito de recesso. Esses elementos que integram de forma clara a razão da lei em cada situação, deverão ser observados quando da decisão do caso concreto.

Ademais, como lecionou Carlos Maximiliano[420], deve-se ter em mente que:

> Em regra as leis comerciais têm caráter dispositivo ou enunciativo, e não imperativo ou absoluto; por isso prevalecem somente no silêncio das partes, e podem pelos contraentes ser, de fato, revogadas, deixadas em olvido, salvo poucas exceções, isto é, de normas que ordenam, ou vedam. Só se não alteram na prática, ao arbítrio dos interessados, nem interpretam extensivamente, as leis de ordem pública em sendo imperativas, ou proibitivas.

---

[419] Cf. MAXIMILIANO, loc. cit., p. 317, ao tratar da interpretação das leis civis e comerciais: "Os *meios* são os mesmos; o critério para se servir deles é que varia: num caso, no da mercancia, há mais largueza, desafogo, amplitude; no outro, mais rigor, preocupação maior com a lei escrita e com as formas preestabelecidas; posto que em ambas as hipóteses modernamente se reconheça a liberdade do juiz em interpretar os textos positivos e a concomitante subordinação de todos aos ditames da moral, boa fé e lealdade".

[420] MAXIMILIANO, loc. cit., p. 319.

Assim, tem-se a impossibilidade de redução das hipóteses elencadas no artigo 1.077 do Código Civil, por se tratar de norma imperativa ao assegurar o direito de recesso, admitindo-se, em contrapartida, a possibilidade de sua ampliação, por não ser taxativa; exaustiva, mas sim enunciativa em relação às alternativas elencadas.

Considerando que nada esteja previsto a respeito no ato constitutivo ou nas alterações contratuais, não poderá o juiz admitir a retirada imotivada, nem a chamada "dissolução parcial" da sociedade por vontade unilateral que, como observado na subseção 4.7, não se admite após o Código Civil de 2002 ter entrado em vigor. Nesse caso, o recesso poderá ser exercido nas estritas hipóteses legais, conforme exposto na subseção 4.4, quando da análise literal do artigo 1.077, já que as leis comerciais prevalecem sobre as partes quando da sua omissão, conforme observou Carlos Maximiliano[421]. É que a volatilidade da interpretação desse dispositivo dependerá principalmente do que for estabelecido em contrato (e da natureza da sociedade como já esclarecido), harmonizando-se a norma nele expressa com o sistema jurídico.

A justificativa para isso está na opção do legislador, que não permitiu o recesso imotivado na sociedade limitada (como fez na sociedade simples por intermédio do artigo 1.029), nem contemplou hipótese de "dissolução parcial" (como espécie) por vontade do sócio que pretende se retirar da sociedade[422]. Ademais, ao elencar as alternativas para a "resolução" da sociedade em relação a um sócio, o legislador deixou claras as modalidades da "dissolução parcial" (como gênero), contempladas para se evitar a dissolução total (como chegou a se admitir em face do revogado artigo 335, 5, do Código Comercial) e, portanto, se preservar a empresa.

Assim, essa interpretação sistemática admite afirmar que de um lado o

---

[421] Como exposto no parágrafo imediatamente acima.

[422] Impõe-se ressaltar as exceções elencadas no decorrer deste trabalho, notadamente em relação à aplicação e harmonização dos artigos 1.087, 1.044 e 1.033, III do Código Civil.

legislador tutelou o princípio da preservação da empresa e, de outro, garantiu o direito essencial dos sócios minoritários na hipótese da retirada e dos sócios majoritários na exclusão.

5.4 CONCLUSÃO FINAL

Partindo-se do pressuposto de que neste trabalho pretendeu-se analisar o direito de recesso como espécie do gênero "dissolução parcial", com o objetivo principal de se harmonizar a tutela dos sócios minoritários e a necessária preservação da empresa e, portanto, da sua atividade econômica, foi necessária a abordagem de alguns temas que remetem o leitor à compreensão exata da matéria.

Como se já não bastasse a relevância natural e própria do tema, a sua importância se sobressai diante da entrada em vigor do Código Civil de 2002 que, como dito, não só unificou parte do direito privado e do chamado direito de empresa[423], como também disciplinou o direito de retirada nas sociedades limitadas.

Assim, para a compreensão do tema e para se atingir as conclusões obtidas nesta quinta e última seção, iniciou-se com a análise da natureza do ato constitutivo da sociedade limitada, examinando-se as teorias contratualistas e institucionalistas. Constatou-se que a aplicação de uma teoria que admita conceitos contratualistas e institucionalistas parece ser mais eficiente para se atingir a almejada preservação da empresa, sem deixar de se tutelar os sócios minoritários. Com a constatação de que efetivamente há a criação de um ente autônomo e independente da pessoa dos sócios, pode-se visualizar melhor a forma em que a proteção da empresa deverá ocorrer. Também depreende-se da análise feita neste trabalho, que a natureza do ato constitutivo da sociedade auxilia para se estabelecer as regras a serem aplicadas nas relações entre os sócios e entre esses e a sociedade.

Por evidente, quando se fala em proteção ou preservação da empresa, não se pode esquecer da sua realização concreta, até para que não se limite a abordagem do

---

[423] Ressaltando mais uma vez que as Sociedades Anônimas permanecem sendo disciplinadas por lei própria.

tema a questões teóricas. Por esse motivo avaliou-se a função social da empresa, como premissa para se estabelecer as empresas que efetivamente devem gozar de uma proteção ou preservação, para após partir-se para o exame da função social do Estado, como agente regulador da ordem econômica e, portanto, responsável pela preservação da atividade econômicas dos entes nacionais. Quando se fala em função social do Estado, deve-se observar as atividades exercidas pelos Poderes Legislativo e Judiciário, já que para o presente trabalho importa avaliar a legislação pertinente e a forma de interpretação adotada pelo Judiciário, para se garantir, na prática, a possibilidade de preservação da empresa.

O estudo do Direito italiano tornou-se relevante já nessa parte inicial do trabalho, pois de lá pode ser citado o D. Lgs. nº 5, de 17/01/2003, que entrou em vigor em 01/01/2004, e que disciplinou o procedimento a ser obedecido nos processos societários. Note-se que a atividade estatal visou dar maior eficácia à tutela de direito material afeta ao direito societário, auxiliando na preservação das empresas italianas.

Aliás, quando se fala em preservação das empresas, há que se observar que o rompimento dos vínculos societários é uma das formas de bancarrota empresarial, razão pela qual o presente estudo se presta, também, para alertar e evitar essa modalidade de quebra, partindo de uma interpretação sistemática do Código Civil de 2002.

Como foi observado durante este trabalho, será nas sociedades limitadas de cunho capitalista que se econtrará o maior risco de se inviabilizar o prosseguimento da atividade econômica perseguida, se for admitido o livre exercício do direito de recesso (pois o desinvestimento a ser feito com o pagamento dos haveres do sócio que se retira pode causar abalo financeiro para a empresa), o que não ocorre com a mesma intensidade nas sociedades limitadas personalíssimas, razão pela qual a atividade jurisdicional será determinante, também, para se preservar a empresa e os direitos dos minoritários.

Percebeu-se que a interpretação sistemática se presta para tal fim, já que do sistema do Código Civil, do sistema societário nacional e do sistema constitucional, retiram-se as diversas direções dadas ao direito de recesso, seja na sociedade simples, na anônima e especialmente na limitada, sempre orientadas pela *ratio legis* (preservação da empresa) que da Constituição Federal se retira.

O Direito italiano, por intermédio da experiência lá vivida com a evolução do direito de recesso que iniciou no Código do Comércio de 1882, passou pela unificação de parte do direito privado em 1942 (tal como ocorreu no Brasil em 2002) e vivencia hoje o D. Lgs. nº 6 de 2003 (que entrou em vigor em 01/01/2004), também fornece subsídios para melhor se avaliar a intepretação a ser dada ao direito de recesso, motivado ou imotivado. Auxilia, ainda, na análise e extensão da autonomia estatutária a ser permitida aqui no Brasil, enfocando-se as sociedades limitadas personalíssimas e capitalistas.

Como foi observado, tal como na Itália, o direito de recesso no Brasil tem uma norma própria para as sociedades limitadas e as regras afetas às sociedades simples e anônimas servem de mero subsídio para a interpretação a ser dada pelo Poder Judiciário, quando se tratar de sociedade de cunho pessoal (próximas das sociedades simples) ou de cunho capitalista (que se aproximam das sociedades anônimas).

Com base em todos esses elementos, chegou-se à conclusão de que o Poder Legislativo pode e deve ajustar os interesses dos sócios à preservação da empresa, mediante a edição de regra que permita maior autonomia estatutária, mantendo a proteção dos minoritários, sem admitir amplo exercício do direito de retirada. Ao Poder Judiciário compete interpretar o sistema societário e do Código Civil, à luz dos princípios constitucionais e da *ratio legis* que se extrai desses sistemas, sempre em vista da preservação da empresa. Com isso, permitir-se-á uma maior estabilidade jurídica das empresas, sem o uso indiscriminado da chamada "dissolução parcial" da sociedade por

vontade unilateral do sócio, a qual, aliás, não mais encontra previsão legal[424], como foi observado neste trabalho.

Portanto, acredita-se que se atingiu o objetivo perseguido nesta dissertação, preenchendo-se uma lacuna interpretativa com enfoque à preservação da empresa e à proteção dos sócios minoritários.

---

[424] Ressaltando-se, no entanto, as hipóteses em que se pretenda a dissolução total da sociedade, sem que haja consentimento de todos os sócios, conforme observado em 3.5.2 deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 8. ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução total e parcial das sociedades civis e comerciais**. Curitiba: JM Editora, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 211-229, jul./set. 1999.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. **Anulação e suspensão de deliberações sociais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ANGELICI, Carlo. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 338-343, 1996.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A revolução do empresariado**. Disponível em: <http:// www.ipdci.org.br/revista/arquivo/026.htm> Acesso em: 13 jan. 2003.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENAZZO, Paolo. L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 8, p. 1.062-1074, ago. 2003.

BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.) et al. **Reforma da lei das sociedades anônimas**: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp. Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Cartlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça através da Portaria nº 145, de 30.03.1999, cujas atribuições foram ampliadas pela Portaria nº 492, de 15.09.1999.

BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de 'lege ferenda'. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 22, v. 49, n. 103, p. 41-55, jan./mar. 1983.

CALÇA. Manoel de Queiroz Pereira. **Sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CAMBA, Daniele. **Jornal Valor Econômico**, ano 4, n. 40, 22 jun. 2004. Caderno Legislação, p. D3.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedade anônima**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRK, Nelson. **A nova lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A lei e o ensino do direito**. Disponível em: <http://www.wilges. com.br/contri19.htm> Acesso em: 19 de junho de 2002.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. em aula inaugural proferida em 1991, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e publicada sob o título Função social do jurista no Brasil Contemporâneo, **Revista da Faculdade de Direito da USP**, n. 86, p. 138, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

CORSI, Francesco. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 351-353, 1996.

CORULLON, Mônica; PREDEBON, José. **Quem precisa do terceiro setor**? Disponível em: <www.portaldovoluntario.org.br/sala/artigos/15.asp.> Acesso em: 13 jan. 2003.

COSTA, Judith Martins. **O novo Código Civil, discutido por juristas brasileiros**. Coord. de Ferreira, Aparecido Hernani. Campinas: Bookseller, 2003.

COSTI, Renzo. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 347-351, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

DACCÒ, Alessandra. **'Diritti particolari' e recesso dalla S.R.L**. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

DACCÒ, Alessandra. **Il diritto di recesso**: limiti dell'istituto e limiti all'autonomia privata nella società a responsabilità limitata. Artigo ainda não publicado e escrito pela autora em maio de 2004.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1981-82.

DUBOIS, Alexandre. **A reforma da empresa**. (Trad.) Carlos Eduardo M. Matheus. São Paulo: Duas Cidades, 1964.

ESTRELLA, Hernani. **Apuração de haveres de sócio**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1960.

FALCÃO, Armando. **Exposição de motivos firmada em 06 de junho de 1975**. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo> Acesso em: 26 de maio de 2004.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Moreira. **Relatório da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo> Acesso em: 27 maio 2004.

FIALE, Aldo. **Compendio di diritto delle società**. 7. ed. Aggiornata alla riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6). Napoli: Simone, 2003.

FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale l'imprenditore**: impresa, contratti d'impresa, titoli di credito, fallimento. Bologna: Zanicheli, [1986?].

GAMBINO, Agostino. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 343-347, 1996.

GIERKE, Otto Von. **Natural law the theory of society 1500 to 1800**. Trad. inglês Ernest Baker. Cambridge: Cambridge University Press, 1950. v. 1, cap. 18.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**: teoria do direito comercial de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.1.2002. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

HORTA, Raul Machado. **A ordem econômica na nova Constituição**: problemas e contradições - constituição brasileira - 1988 - interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

ISFER, Edson. **Sociedade unipessoal e empresas individuais de responsabilidade limitada**. Curitiba: Juruá, 1996.

JAEGER, Pier Giusto. [Artigo sem título]. **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, anno 23, parte seconda, p. 334-338, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 54-60, out./dez. 1992.

LEAL, Murilo Zanneti. **A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Paulo Rogério dos Santos. **A responsabilidade social em uma nova perspectiva de ação empresarial**. p. 9. Disponível em: <http://www. faculdadesaoluis.br/pages/publica /download7/3-%20a_responsabilidade.doc.> Acesso em: 15 jan. 2004.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória - individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MASTURZI, Sabrina. **La riforma delle società**: commentario del d.gls. 17 gennaio 2003, n. 6. Org. Michele Sandulli e Vittorio Santoro. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MERRYMAN, John H. Lo "stile italiano": l'interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p. 373-414, 1968.

MOREIRA, Talita; MANDI, Carolina. Juiz volta a intervir na Parmalat brasileira. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, ano 4, n. 984, p. A5, 6 de abril de 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NIGRO, Alessandro. "La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali", In: SANTORO, Vittotio (Org.). **La nuova disciplina della società a responsabilità limitata**. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. **Conflito de interesses nas assembléias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

NUNES, A. J. Avelãs. **O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais**. Lisboa: Almedina, 2002.

OLIVEIRA, J. Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. A Lei 9.457/97 e a tutela dos acionistas minoritários. In: BULGARELLI, Waldírio (Coord.). **Reforma da lei das sociedades por ações**. São Paulo: Pioneira, 1998.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Luiz Fernando. **Medidade urgentes no direito societário**. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 5).

PERRINO, Michele. La 'rilevanza del socio' nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione. In: SANTORO, Vittorio (Org.). **La nuova disciplina della società a responsabilità limitata**. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 105-148.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos ao Código Civil, firmada em 16 de janeiro de 1975**. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo> Acesso em: 26 maio 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista & empresa privada**: estrutura e função. Curitiba: Juruá, 2000.

RICHTER JR., Mario Stella. La società a responsabilità limitata. In: DIRITTO delle società di capitali. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

ROCHA, João Luiz Coelho da. As sociedades por quotas como sociedades de capitais. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 40, n. 12, p. 48-53, abr./jun. 2001.

RORDORF, Renato. Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 7, p. 923-930, jul. 2003.

ROSAPEPE, Roberto. "Modificazioni statutarie e recesso". Diritto delle società di capitali. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 285-312.

RUSSELL, Bertrand. **Education and the social order**. 7th impr. London: Allen & Unwin, , 1967.

SALAFIA, Vincenzo. Statuti e riforma societaria: organizzazione, rapporti fra i soci, attività sociale, patti parasociali. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 3, p. 409-415, mar. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 40, n. 121, p. 18-29, jan./mar. 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALVATORE, Lorenzo. Il "nuovo diritto di recesso nelle società di capitali. Contratto e impresa. Milano: Cedam, 2003, p. 629-645.

SANTARCANGELO, Gionanni. **L'atto costitutivo di S.R.L.** Milano: Giuffrè Editore, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

SIRTOLI, Mario. **I soci di società**. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

SPANO, Eduardo. Prime riflessioni sulla nuova S.R.L. **Le Società, Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale**, Milano, ano 22, n. 9, p. 1.184-1.191, set. 2003.

SPERB, Fernando Augusto. **Natureza e eficácia da sentença nas ações de dissolução de sociedade**. Curitiba, 2003. Monografia (Conclusão da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil Curso de Pós-graduação/Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SZTAJN, RACHEL. **O direito de recesso nas sociedades comerciais. Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 27, n. 71/53, p. 50-54, jul./set. 1988.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**: comentários ao decreto lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2.

ZANARONE, Giuseppe. "Quale modello legale per la nuova s.r.l.?". In: BENAZZO, Paolo de; PATRIARCA, Sergio; PRESTI, Gaetano. **Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private**. Milano: Giuffrè, 2003. p. 71-76. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale.

ZANARONE, Giuseppe. Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata. **Rivista delle Società**, Milano, ano 48, n. 1, p. 58-111, jan./fev. 2003.