MARIA DA GLÓRIA FERRAZ DE ALMEIDA PRADO

A admissibilidade e a conveniência da exclusão do controlador em S.A.

Tese de doutorado

Orientador:

Professora Dra. Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

MARIA DA GLÓRIA FERRAZ DE ALMEIDA PRADO

A admissibilidade e a conveniência da exclusão do controlador em S.A.

Doutorado:

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob a orientação da Professora Doutora Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

Aos meus primeiros e desde então professores, Zezito e Graça,
irmãos de sangue e de Sanfran, pelas lições diárias de Direito e de vida.

RESUMO

ALMEIDA PRADO, Maria da Glória Ferraz de. *Admissibilidade e conveniência da exclusão de controlador em S.A.* 2015. 292p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 22jan2015.

O estudo refere-se à verificação da admissibilidade e da conveniência da exclusão facultativa de acionista controlador em sociedade anônima. O tema não é propriamente novo no Brasil. Intenciona-se, no entanto, construir a hipótese a partir de fundamento legal diferente. A Lei 6.404/76 (“LSA”) apenas destina a exclusão para casos de acionista remisso (artigo 107, II), permanecendo silente com relação ao inadimplemento de deveres de colaboração e lealdade (em conjunto, “deveres de cooperação”). Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a admitir a hipótese de exclusão em tais casos por aplicação do artigo 1.030 do Código Civil, destinado a regular a matéria no âmbito das sociedades simples. Para tanto, aproximam a companhia fechada das sociedades de pessoas a fim de justificar, dada a alegada omissão da lei especial a esse respeito, o tratamento por analogia. A partir do estudo sistemático da LSA, que compreende, entre outros, o entendimento do princípio da circulação de ações e da extensão dos deveres de boa-fé entre os sócios, pretende-se admitir a hipótese com base na própria lógica acionária, em razão da eventual relevância do relacionamento societário para a consecução do fim social. Em tais companhias, o adimplemento dos deveres de cooperação torna-se tão imprescindível quanto o adimplemento do dever de conferimento para o alcance do escopo comum. Em decorrência desse raciocínio, a exclusão torna-se admissível na ocorrência de inadimplemento de qualquer dever social que inviabilize, real ou potencialmente, o preenchimento do fim social. A identificação de eventual *affectio societatis* entre os acionistas, portanto, passa a ser irrelevante. Admitir a hipótese no que se refere a acionista controlador se revela ainda importante instrumento de limitação do exercício ilegítimo do poder de controle e não se confunde com a sanção de perdas e danos prevista na LSA por abuso de poder de controle. Por fim, será analisada a conveniência da exclusão do controlador, em razão de sua relevância pessoal para a consecução da atividade, a participação societária por ele detida e da possibilidade de dissolver-se parcialmente a sociedade, com a saída do acionista minoritário descontente.

Palavras chave: Lei 6.404/76, exclusão, sociedade anônima, acionista controlador.

ABSTRACT

ALMEIDA PRADO, Maria da Glória Ferraz de. *The admissibility and convenience of excluding the controlling shareholder in corporations*. 2015. 292p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, January, 22th 2015.

The study refers to the admissibility and convenience of excluding the controlling shareholder in corporations. The theory is not exactly new in Brazil. What we intend to do, however, is to support the hypothesis in different legal grounds. The legal system, of which is set forth in the Brazilian Corporation Law (Law 6.404/76), limits the exclusion of a shareholder in the events of non-performance of the duty to pay-up the share capital (article 107, II). The legal framework remains silent regarding the non-performance of the duties of collaboration and loyalty (together, “duties of cooperation”). In such context, both the Brazilian doctrine and jurisprudence tend to allow the shareholder exclusion under the default of the duties of cooperation on the grounds of the Brazilian Civil Law Code. In order to provide that, it is mandatory to align the closely held corporation to a typical institution of *intuitu personae*, which requires the evidence of an existent personal relationship among the shareholders (*affectio societatis*). We defend the application of the hypothesis with grounds on the Brazilian Corporation Law itself. The study proposes a systematic and logical analysis of the legal corporation framework, which comprehends the understanding of its main principles (such as the free circulation of the shares and the relevance of the good faith relationship among shareholders to the company activity). Concerning this analysis, it would be possible to admit the shareholder exclusion – even if they hold the controlling position – when the maintenance of the corporate structure of how it was first built is of key importance to the joint goal. In such a company, not only the duty to pay-up the share capital appears to be vital, but the duties of cooperation as well. The exclusion may be deemed if, in any case, the shareholder violates any duty in such a manner that is able to jeopardize the corporate activity. Therefore, the subjective investigation of the personal relationship among the shareholders becomes irrelevant. It would be even more important to admit the hypothesis regarding the controlling shareholder, as a mechanism to limit its illegal exercise. This sanction does not integrate the sanction foreseen in the law regarding abuse of power of control. Afterwards, we intend to verify the convenience of excluding the controlling shareholder, due to his

personal relevance to the activity, the amount of company shares he holds and the alternative of implement the *strictu sensu* partial dissolution.

Key words: Law 6.404/76, exclusion, corporation, controlling shareholder.

RÉSUMÉ

ALMEIDA PRADO, Maria da Glória Ferraz de. *L'admissibilité et la convenance de l'exclusion d'associé du contrôle dans la société anonyme*. 2015. 292p. Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 22jan2015.

Cette étude propose une analyse de l'admissibilité et de la convenance de l'exclusion de l'associé majoritaire dans une société anonyme. Une telle étude n'est pas nouvelle au Brésil. Ce que nous proposons, par contre, c'est un fondement différent. La loi brésilienne sur les sociétés anonymes n'admet l'exclusion que pour les associés qui ne payent pas le montant de leurs apports. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence brésiliennes ont établi qu'un associé peut aussi être exclu en cas de fautes concernant d'autres devoirs sociaux (comme le devoir de collaboration et le devoir de loyauté). Cette interprétation du Code Civil Brésilien découle d'une analogie entre la société anonyme et les sociétés *intuitu personae*. Dans ce cadre, l'existence d'*affectio societatis* parmi les associés est essentielle. Malgré cela, on défend l'admissibilité de l'exclusion sur le fondement de la loi sur les sociétés anonymes elle-même. À partir d'une analyse systématique de cette loi, qui comprend l'étude de la circulation des actions et l'extension de la bonne foi parmi les associés, on peut admettre l'exclusion quand le maintien de la collaboration et de la loyauté parmi les associés devient important pour réussir à la finalité sociale. L'exclusion peut être mise en oeuvre si l'associé commet des fautes touchant à tous les devoirs sociaux qui risquent l'activité sociale. C'est-à-dire que l'investigation subjective sur l'éventuelle relation personnelle entre les associés n'est plus relevante. L'exclusion de l'associé majoritaire se montre un peu plus importante dans le cadre de la limitation de l'exercice illégal du contrôle. Cette sanction ne se confond pas avec la sanction de réparation des préjudices. Après, nous analyserons l'opportunité de l'exclusion de l'associé du contrôle, au regard de l'importance pour l'activité sociale de sa participation dans le capital social ainsi que de la possibilité de dissolution partielle, avec la partie de l'associé minoritaire.

Mot clés: Loi 6.404/76, exclusion, société anonyme, associé majoritaire.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1. HIPÓTESE DE ESTUDO	15
1.2. METODOLOGIA	21
2. FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO DE SÓCIO	27
2.1. FUNDAMENTO JURÍDICO	27
2.1.1. EXCLUSÃO DE SÓCIO COMO CONSEQUÊNCIA DO INADIMPLEMENTO DE DEVER SOCIAL	33
2.1.2. OS DEVERES SOCIAIS INERENTES AO CONTRATO DE SOCIEDADE: CONFERIMENTO, COLABORAÇÃO E LEALDADE	39
2.1.3. HIPÓTESES LEGAIS	48
2.1.3.1. HIPÓTESES LEGAIS DE EXCLUSÃO FACULTATIVA NO CC/02	56
2.1.3.1.1. SÓCIO REMISSO: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INTEGRALIZAÇÃO (CONFERIMENTO)	57
2.1.3.1.2. DESCUMPRIMENTO DE OUTROS DEVERES SOCIAIS:	57
2.1.3.2. HIPÓTESES LEGAIS DE EXCLUSÃO FACULTATIVA NA LSA	61
2.1.3.2.1. SÓCIO REMISSO: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INTEGRALIZAÇÃO (CONFERIMENTO)	62
2.1.3.2.2. RESGATE DE AÇÕES	63
2.2. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO	67
2.2.1. PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE NEGOCIAL	72
2.2.2. TUTELA DOS DEMAIS CONSÓCIOS	75
2.2.3. HIPÓTESE JURISPRUDENCIAL	81
3. A EXCLUSÃO DE ACIONISTA EM S.A.	86
3.1. CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA: O CONTRATO <i>BONAE FIDEI</i> E OS DEVERES SOCIAIS DE COLABORAÇÃO E LEALDADE COMO RECURSO À TUTELA DA FIDELIDADE E CONFIANÇA ENTRE OS ACIONISTAS	103
3.2. INADIMPLEMENTO DE DEVER SOCIAL E QUEBRA DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA (<i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>): EXCLUSÃO DE ACIONISTA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA BOA-FÉ CONTRATUAL NO RELACIONAMENTO SOCIETÁRIO	127
3.3. OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA EXCLUSÃO DE ACIONISTA	159
3.3.1. O JUÍZO DE GRAVIDADE DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO SOCIAL	159
3.3.2. A RESTRIÇÃO CONTRATUAL À LIVRE CIRCULAÇÃO DE AÇÕES	170
3.4. A EXCLUSÃO DE ACIONISTA SEM EXPRESSA PREVISÃO NA LSA, O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE SOCIETÁRIA E A AUTONOMIA CONTRATUAL	177
3.5. CRÍTICA À HIPÓTESE JURISPRUDENCIAL DE EXCLUSÃO DE ACIONISTA	193

4. A EXCLUSÃO DO ACIONISTA CONTROLADOR EM S.A.	201
4.1. A ADMISSIBILIDADE DA HIPÓTESE	201
4.1.1. OS DEVERES INERENTES AO <i>STATUS SOCI</i> DO ACIONISTA CONTROLADOR	203
4.1.2. ABUSO DE PODER DE CONTROLE <i>VS.</i> INADIMPLENTO DE DEVER SOCIAL PELO ACIONISTA CONTROLADOR: TUTELA JURÍDICA E NATUREZA DA SANÇÃO.....	214
4.1.3. QUESTÕES PROBLEMÁTICAS: FIM SOCIAL E GESTÃO EMPRESARIAL.....	230
4.1.4. ASPECTOS FORMAIS DA EXCLUSÃO DO CONTROLADOR EM S.A.: PROCEDIMENTO, LEGITIMIDADE E EFEITOS.....	246
4.1.5. A ADMISSIBILIDADE DA HIPÓTESE COMO INCENTIVO À COOPERAÇÃO DO CONTROLADOR E INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO SOCIETÁRIA.....	255
4.2. A CONVENIÊNCIA DA HIPÓTESE.....	262
4.2.1. PERSPECTIVA <i>INTERNA CORPORIS</i> : O FIM SOCIAL	263
4.2.2. PERSPECTIVA <i>EXTERNA CORPORIS</i> : O CARÁTER INSTITUCIONAL DAS COMPANHIAS	268
5. CONCLUSÕES	272
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	276

1. INTRODUÇÃO

“O Direito deve servir à vida e deve pôr à sua disposição as soluções que satisfaçam as necessidades que vão surgindo. Perante situações em que a aplicação rígida dos textos legais não conduz às melhores soluções ou implica até soluções manifestamente inadequadas, a doutrina e a jurisprudência não podem ficar de braços cruzados à espera da intervenção do legislador: cabe-lhes procurar a solução justa, dentro do lema apontado por Gény: “*la loi n’est pas le droit*”¹”.

A lição de Avelãs Nunes acima transcrita é o pano de fundo desse trabalho. A fim de alcançar sua finalidade, propõe-se, aqui, a análise do Direito Societário e da lógica acionária com base na letra expressa da lei, mas para além dela.

A “solução justa” a que a doutrina e a jurisprudência devem procurar, conforme a orientação de Avelãs Nunes, nada mais trata do que o “valor-fim que serve de fundamento último e próprio do Direito”². Não um valor subjetivo, como uma *virtude*³. Miguel Reale esclarece que a ideia de justiça a que a interpretação da lei deve buscar é a Justiça em seu sentido objetivo, de ordem social, de equilíbrio objetivo de forças sociais⁴, proporção e igualdade⁵. Em outras palavras: a solução justa é aquela que alcança o fundamento específico do Direito: a “coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos”⁶.

A partir daí, e após uma linha de evolução no século XX, conforme se extrai da lição de Fábio Konder Comparato, a ciência jurídica chegou à “compreensão global do sistema normativo como instrumento de controle social, fundado em interesses concretos e visando à realização de fins eticamente valiosos”⁷ – a própria Justiça, como ordem, equilíbrio de forças, proporção e equidade. É esse, em linhas gerais, o **objetivo** central dessa tese: estudar o sistema normativo com a intenção de, a partir dele e de sua interpretação *sistemática*, atingir o fundamento do Direito e construir, para o problema

¹ AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 267.

² REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 311.

³ “[P]odemos reconhecer que o valor-fim próprio do Direito é a Justiça, não como virtude, mas em sentido do objetivo como justo, como ordem que a virtude justiça visa realizar” (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 306).

⁴ Cf. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 311.

⁵ “A ideia de Justiça, que, no seu sentido mais geral, exprime sempre proporção e igualdade, é própria do homem como ser racional que vive em sociedade” (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 307).

⁶ Cf. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 311.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 66.

proposto, uma solução justa (em seu sentido objetivo) e eticamente valiosa, em satisfação de interesses concretos e legítimos.

Para tanto, e ainda buscando seguir a orientação do Professor Comparato, procurou-se dar tônica à inteligência da função dos institutos jurídicos; pois é o critério da funcionalidade que permite detectar o “desvio objetivo, ou disfunção, caracterizador da injuridicidade⁸”. De fato, ensina o Professor Comparato, cabe àquele que pensa e aplica o Direito não apenas definir categorias, “integrá-las num sistema e aprimorar-lhes a expressão formal”, mas também “não perder de vista o aspecto funcional ou técnico que apresenta toda e qualquer instituição jurídica na vida social; do jurista também se exige a capacidade de escolher e de aprimorar as instituições existentes, ou de criar outras novas, em função de objetivos que lhe são propostos pelas necessidades da vida quotidiana⁹”.

No mesmo sentido é a orientação de Waldírio Bulgarelli, que já constatou que “[n]um país como o Brasil, em que há muito mais a fazer do que já foi feito, o papel do jurista não deve, nem pode se limitar à mera interpretação mecânica das normas postas, mas deve ser a de, partindo da avaliação (o que implica uma postura crítico-valorativa) das mutações continuadas da realidade social (no caso do comercialista, da realidade econômica e como esta repercute na órbita social propriamente dita), ir criando, com o legislador e o juiz, o novo Direito¹⁰”.

Assim, a partir do estudo da razão de ser de elementos caracterizadores do contrato de sociedade (como por exemplo, da livre circulação de ações e da possibilidade de restrição contratual constante do artigo 36 da Lei 6.404/76 (“LSA”); dos deveres de cooperação inerentes ao *status socii* constantes dos artigos 981 do Código Civil (“CC/02”) e 116, parágrafo único, da LSA; da sanção obrigacional de perdas e danos do artigo 117 da LSA; da sanção societária de exclusão do artigo 107, inciso II, da LSA e da sanção

⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 67.

⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *O indispensável Direito Econômico*. In **Ensaios e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 453-472, pp. 470-471. A esse respeito, o Professor acrescenta um lamento, que cabe a nós procurar evitar que se implemente: “[i]nfelizmente, a realidade que assistimos hoje em dia em nosso meio é bem diversa. A solução dos grandes problemas de técnica jurídica é obra de práticos – empresários, funcionários, políticos – sem que haja a menor colaboração do mundo jurídico oficial e, o que é mais grave, sem que este esteja realmente em condições de colaborar de maneira eficaz” (Op. Cit., p. 471, nota 23).

¹⁰ BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 34-35.

societária de suspensão de direitos do artigo 120 da LSA), procurou-se fugir da “ortodoxia litúrgica¹¹” mas, de outra ponta, delimitar as hipóteses específicas em que a medida excepcional da exclusão de acionista controlador seria admissível, a fim de (i) evitar a banalização de seu emprego (ou, nas palavras de Comparato, sua disfunção e antijuridicidade); mas, ainda assim, (ii) permiti-la como “solução Justa” a depender do caso concreto, excepcional¹².

É bem verdade que, à primeira vista, o tema proposto poderia sugerir uma inversão da lógica da LSA, estruturada sobre o pilar do poder de controle definido, estável e permanente, responsável pela condução eficiente da empresa¹³. A admissibilidade da exclusão do acionista controlador não pretende inverter essa lógica. Pelo contrário: parte dela, e busca, quando atendidas condições objetivas específicas, fortalecer a posição dos acionistas minoritários, com o fim último de primar pela preservação da empresa¹⁴. Daí a **contribuição** que esse estudo pretende, ainda que breve: agregar elemento de equilíbrio ao relacionamento societário numa realidade de ausência de barganha entre controlador e não controladores, em riscos à empresa.

¹¹ “O respeito rigoroso à letra da lei, em todas as suas minúcias formais, pode bem encobrir uma elusão de seu objetivo social. É a ortodoxia litúrgica, mascarando o sacrilégio. As teorias do abuso do direito, do desvio de poder o do negócio indireto fundam-se, por sua vez, inequivocamente, numa análise funcional do comportamento jurídico, ao procurarem descobrir e valorar, nas situações de conflito de interesses, quais as finalidades visadas pelo agente, nos atos unilaterais, ou colimados pelas partes nos contratos, para cotejá-los em seguida com a função social do instituto posto em atuação e os valores fundamentais da ordem jurídica” (COMPARATO, Fábio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 66 – sem grifos no original).

¹² Vale dizer, preenchidas as condições de admissibilidade (conforme capítulo 3 desse trabalho).

¹³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 330.

¹⁴ Para tanto, amparamo-nos no Professor Comparato, que já em 1977 aventou a possibilidade de discutir a exclusão do sócio controlador com o fito de preservar a empresa. Confira-se: “[a]vanço mais ainda, para discussão, uma outra tese que me parece polêmica, mas que já tive ocasião de sustentar num litígio judicial. É a exclusão de um majoritário. Isso pode parecer, de fato, absurdo, mas continuo a afirmar que não é. No momento em que o fundamento para a exclusão do sócio não é mais a autonomia da vontade, não é mais uma deliberação sem controle, sem justa causa, no momento em que esse fundamento é encontrado por último, em última análise, na preservação da empresa, que está sendo afetada pela conduta irresponsável de um sócio, não me parece que devemos manter ainda a maioria como árbitro da situação. Entendo que, para sermos coerentes, há casos – os senhores conhecem inúmeros – em que a técnica da sanção ao abuso de controle não é suficiente. Por exemplo, na Lei das Sociedades por Ações, o abuso do poder de controle é sancionado com perdas e danos. Não me parece que, em alguns casos extremos, essa sanção seja suficiente para corrigir o descompasso entre a vida social e as exigências empresariais. Por conseguinte, entendo que seria pelo menos desejável que discutíssemos a questão da possibilidade da exclusão do majoritário” (COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, pp. 47-48 – sem grifos no original).

Conforme bem observado por Paulo Salvador Frontini, para a análise da dialética do poder no âmbito da sociedade anônima talvez haja que se ir além da “férrea lógica formal”, a fim de empreender uma solução jurídica às disputas controlador vs. não controladores que guarde compatibilidade com a real dinâmica societária¹⁵. E embora Fábio Ulhoa Coelho defenda que os direitos inalienáveis dos acionistas configuram o instrumento mais importante para a estabilização das relações de poder internas à companhia¹⁶, com a devida vênia e sem minimizar a importância de tais direitos como contrapeso ao poder de controle, tal real dinâmica societária nos revela que a estrutura da sociedade anônima no Brasil institui uma subordinação de fato (sociológica, ainda que não jurídica) do interesse da sociedade ao interesse do acionista controlador, nos termos da lição de José Alexandre Tavares Guerreiro¹⁷.

Não por outra razão é que José Reinado de Lima Lopes orientou, tão logo editada a LSA, que se analise a extensão da responsabilidade do controlador e a eventual ilegitimidade do exercício de seu poder-dever de maneira casuística, tratando-se o poder de controle de “fenômeno social plurifacetado¹⁸”.

Nesse cenário, o equilíbrio entre controlador e não controladores não é de fácil alcance¹⁹. E é por essa razão que entendemos que o estudo dos imperativos da boa-fé objetiva²⁰ no âmbito do contrato de sociedade se justifica como “*conditio sine qua non* da realização da justiça [novamente aqui, em seu sentido objetivo] ao longo da aplicação dos

¹⁵ “[P]ensamos, sinceramente, que a dialética do poder, no âmbito da sociedade anônima, não se equaciona a partir de raciocínios lineares. Estes, ainda que guardem em seu âmago uma férrea lógica formal, certamente são incompatíveis com todas flexões que a dinâmica societária revela” (FRONTINI, Paulo Salvador. *Sociedade Anônima – Direito de retirada – recesso de dissidente – Lei Lobão: um precedente judicial*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 86, abril-junho/1982, pp. 71-77, p. 77).

¹⁶ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. V. 2. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

¹⁷ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56, p. 56.

¹⁸ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O acionista controlador na Lei de Sociedades por Ações*. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 16. Número 61, janeiro-março/1979, pp. 265-274, p. 265. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181102/000364352.pdf?sequence=3>. Acesso em 15jan2014 – sem grifos no original).

¹⁹ Cf. GUYON, Yves. *Droit des affaires – Droit commercial general et sociétés*. Tomo 1. 11^a ed. Paris: Economica, 2001, p. 476.

²⁰ “[A] boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências” (REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. In **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. V. 21, julho-setembro/2003, pp. 11-13, p. 12).

dispositivos emanados das fontes do Direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial²¹”.

Em julgamento, a Diretoria Colegiada da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) já asseverou que “[o] direito moderno clama por novos ares de ética e respeito para com aqueles com quem nos relacionamos e a boa-fé objetiva é a brisa que atende a essa necessidade²²”. Adotando-se essa recomendação para atingir o objetivo de construir a solução justa e eticamente valiosa ao problema proposto, conforme referido linhas atrás, é que o presente trabalho procura analisar a funcionalidade dos elementos do contrato de sociedade e o próprio relacionamento societário sob a perspectiva da boa-fé, interpretada como um “limite estrutural ao poder de controle²³”.

A respeito da evolução legislativa referente à possibilidade de exclusão de sócio no âmbito do então vigente Código Comercial, que contou com a doutrina e jurisprudência para ampliar sobremaneira a interpretação de seu artigo 339 a fim de que fundamentasse positivamente a exclusão de sócio para além das hipóteses legalmente previstas (artigos 289 e 317, *fine*), desde que fundada em cláusula contratual e deliberação majoritária²⁴, o Professor Comparato assim se manifestou:

“a doutrina, seguida pela jurisprudência, sempre abriu o caminho às novas soluções, ajudando, suprimindo e emendando o sistema tradicional, muito embora até há pouco, como salientei de início, sem apresentar uma solução racionalmente satisfatória, para tanto, guiou-a, sem dúvida, um vigoroso sentimento de justiça e uma clara compreensão das necessidades socioeconômicas concretas, construindo-se, destarte, um direito mais equitativo do que sistemático²⁵”.

Eis aí o **desafio** que motivou o presente estudo: o de construir a exclusão de acionista (incluindo-se aí o acionista controlador) como medida de equilíbrio ao relacionamento societário (Justa), mas também fundamentar a hipótese de maneira

²¹ Cf. REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. In **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. V. 21, julho-setembro/2003, pp. 11-13, p. 12.

²² CVM, Processo Nº RJ 2004/1660, Diretora Relatora Norma Jonsenn Parente, julgado em 18.5.2004.

²³ Conforme explicação de Calixto Salomão Filho ao comentar o capítulo final da obra do Professor Comparato, “O poder de controle na sociedade anônima”, que afirmou que o princípio geral do art. 116, § único, da LSA, se bem interpretado, é “poderoso instrumento de limitação do poder de controle” (Cf. COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 479).

²⁴ Evolução tal consagrada com a promulgação do CC/02, conforme será visto no capítulo 2.

²⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 135.

racionalmente satisfatória e sistemática; ou seja, adequada e conformada, formal e materialmente, ao sistema da LSA, embora não nela previsto expressamente.

Nesse sentido, não se defende a admissibilidade da exclusão de sócio em S.A. de maneira descriteriosa ou vulgarizada, nem mesmo como regra geral. Concorde-se que a exclusão de acionista não trata de solução óbvia ou automática dentro do sistema da LSA, que já prevê sanções próprias ao comportamento societário inadimplente ou abusivo (*cf.* artigos 115, §§ 3º e 4º, 117 e 120), bem como uma relação protetiva ao capital social (*cf.* artigos 173 e 174). A principal preocupação do estudo foi a de entender em que estreita medida o referido remédio de exceção poderia ser admitido no universo da lógica da LSA e quais os critérios objetivos que permitiriam seu emprego. Isso porque, entendemos, nessa dada *estreita medida*, em que se verifica comportamento societário contraditório ao contratado, cuja gravidade coloca em xeque a sobrevivência da empresa, somado a determinado arranjo contratual que torna os demais consócios adimplentes reféns do inadimplemento, a referida solução se mostra compatível com a LSA (ainda que não nela expressamente prevista) e passível de aplicação como instrumento de “coexistência e harmonia do bem de cada um com o bem de todos”²⁶.

Essa é a lente que se sugere calibre o leitor para analisar as linhas a seguir.

1.1. HIPÓTESE DE ESTUDO

O estudo a que nos propusemos refere-se à verificação da admissibilidade e da conveniência da exclusão facultativa de acionista controlador em sociedade anônima.

O termo exclusão a que referimos está adstrito à exclusão facultativa de sócio; ou seja, àquela hipótese em que se torna possível *expulsar* determinado sócio em virtude do inadimplemento de algum dever social inerente ao seu *status socii*.

O tema não é propriamente novo. A possibilidade de exclusão da maioria pela minoria teve seu *leading case*, entre nós, datado de 1985²⁷. De lá para cá, o tema da

²⁶ Vide nota 6.

²⁷ *Cf.* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Viera von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 109-130,

exclusão de sócio controlador foi significativamente abordado pela doutrina do país, seja de maneira incisiva e específica²⁸, seja apenas tangencialmente²⁹.

No que se refere à exclusão de controlador em S.A., hipótese da tese, dois trabalhos, em especial mais de perto enfocaram o assunto³⁰: uma tese de doutorado defendida perante esta Faculdade por Renato Ventura Ribeiro e uma dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade Milton Campos por Henrique Cunha Barbosa. Os dois têm visões bastante peculiares sobre a fundamentação legal da hipótese, embora ambos cheguem à conclusão de que é possível a exclusão do controlador de sociedade anônima para o fim de preservação da empresa.

Renato Ventura Ribeiro, em sua tese principal, parte do pressuposto de que a ideia de sociedade anônima como sociedade de capitais estaria “superada pela realidade”. A partir daí, o autor demonstra como “o vínculo *intuitu personae* nas sociedades anônimas, a importância pessoal e o caráter jurídico das companhias personalistas justificam a possibilidade e necessidade de exclusão de acionistas”. A fundamentação legal para tanto – incluindo-se aí a exclusão do acionista controlador – seriam os artigos 1.030 e 1.085 do

p. 124, nota 52): TJSP, Apelação cível 88.171-2, 16ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Bueno Magano, j. em 17.4.1985.

²⁸ VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 198-201; BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

²⁹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008, p. 4. Disponível em <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>>. Acesso em 27abr2012; COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 141; COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, pp. 47-48; LOBO, Jorge. *Proteção à minoria acionária*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 105, janeiro-março/1997, pp. 25-36, p. 36; WALD, Arnold. *Comentários ao novo Código Civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 238; MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. V I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 245; PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 94; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 185-215; PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89.

³⁰ Destacamos a posição de Renato Ventura Ribeiro e Henrique Cunha Barbosa (cf. nota 28) pelo fato de que, nelas, o tema da exclusão do controlador em sociedade anônima e sua fundamentação foram mais profundamente abordados.

CC/02, aplicáveis às companhias, segundo o autor, por força do art. 1089 do mesmo diploma³¹.

Para Henrique Cunha Barbosa, por outro lado, a “raiz motivadora da exclusão do controlador” seria o abuso de direito³², e a fundamentação legal da hipótese decorreria unicamente da aplicação do art. 1.030 do CC/02 às sociedades anônimas, por força do art. 1.089, também do CC/02. A referida aplicação viabilizaria a exclusão do controlador judicialmente em sociedades anônimas fechadas pelo fato de que, segundo o autor, a relação entre controlador e sociedade teria sempre um caráter *intuitu personae*, cuja natureza estaria, portanto, bastante próxima das sociedades de pessoas reguladas pelo diploma civil³³.

A despeito das diferentes nuances de cada uma dessas posições, ambas as teses parecem partir de um mesmo pressuposto: a exclusão do acionista controlador seria possível em sociedades anônimas fechadas em virtude da natureza *intuitu personae* da companhia ou da própria relação entre companhia e controlador, o que permitiria o emprego do CC/02 para disciplinar a hipótese. Em ambas as teses há, portanto, uma delimitação da possibilidade de exclusão de controlador à hipótese de sociedades anônimas de natureza familiar/pessoal, uma vez que apenas nas companhias desta natureza, segundo os autores, estaria presente o *intuitu personae* necessário para aproximá-las das sociedades de pessoas e, a partir daí, ensejar a exclusão com fundamento no CC/02.

A respeito da hipótese de exclusão de acionista minoritário, considerável doutrina nacional tem se posicionado no sentido de apenas expressamente admiti-la em sociedades anônimas fechadas e sob esse mesmo fundamento: o de quebra de *affectio*

³¹ VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 325-326.

³² BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 121.

³³ Na particular posição do autor, “no que concerne ao acionista controlador, toda companhia é revestida de um certo grau de pessoalidade” (BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 39). Ele entende que o poder de controle “dá origem a uma nova modalidade obrigacional, verdadeira prestação acessória inerente ao controle social” (Op. Cit., p. 61), de maneira que “o poder-função outorgado ao acionista soberano nada mais representa do que uma prestação acessória legal deste para com a companhia e demais acionistas, pela qual, em razão da soberania assumida, investe-se de um *status socii* diferenciado, obrigando-se individualmente, enquanto no controle, à realização de atos específicos além do simples aporte financeiro” (BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 39-41; 61-65; 84-85).

societatis, que, em sociedades de cunho personalista, inviabilizaria o preenchimento do fim social³⁴.

Embora, de fato, o tema da exclusão de controlador em S.A. não seja efetivamente novo, o que aqui se pretende é fundamentar a hipótese de maneira diferente.

Destaca-se, de partida, que trataremos as sociedades como contratos plurilaterais – ou de comunhão de escopo³⁵, na medida em que não há contraste entre os interesses das partes contratantes como nos contratos bilaterais; há, por outro lado, a harmonização de todos os direitos e obrigações reciprocamente contratados³⁶.

O contrato de sociedade, não se discute, pode apresentar características diversas, variando de acordo com o grau de importância destinado à figura de cada sócio – daí a classificação clássica em sociedade de capital e sociedade de pessoas. No entanto, a par de tais características variáveis, o que nos parece de fato inerente a todo contrato de sociedade é a comunhão de interesses entre os sócios e, numa relação direta de causa/consequência com essa comunhão de escopo, os deveres de cooperação (colaboração e lealdade) desses sócios – entre si e para com a sociedade.

Nesse contexto, para fundamentar o emprego da exclusão de controlador em sociedade anônima, recorreremos à efetiva constatação de inadimplemento de um dever social do controlador. Dessa forma, embora a exclusão trate de instituto típico das sociedades de pessoas, não seria necessária uma aproximação entre sociedades anônimas e a sociedade simples/limitada a fim de aplicar-lhes indistintamente o mesmo fundamento legal. Considerando que os deveres sociais, porque inerentes ao próprio *status socii*,

³⁴ PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89; GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 129-157; CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 273; PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 335-337; RAUEN LOPES, Idevan César. *Empresa e exclusão de sócio*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 136-138; LOBO, Jorge. *Proteção à minoria acionária*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 105, janeiro-março/1997, pp. 25-36; LOBO, Jorge. *Fraudes à Lei das S/A*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 113, pp. 108-117.

³⁵ Cf. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 256.

³⁶ Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 32.

existem também em sociedades de capitais, decorreria da própria LSA o fundamento para tanto, material e processualmente.

Assim é que, diferentemente de Renato Ventura Ribeiro e de Henrique Cunha Barbosa, entendemos que a natureza da sociedade anônima, *intuitu personae* ou *intuitu pecuniae*, acaba por tornar-se de alguma forma irrelevante para o que ora se propõe³⁷: a princípio, a exclusão de acionista poderá ser fundamentada se, em qualquer dos casos, o acionista que se pretenda excluir tiver violado o dever de colaboração ou o dever de lealdade no âmbito da sociedade, por sua conduta omissiva ou comissiva, de maneira tal a comprometer a atividade empresarial desenvolvida.

Por esse prisma, o requisito para a exclusão de determinado consócio (ou seja, o inadimplemento de um dever social) é rigorosamente o mesmo para as sociedades simples/limitadas e para as companhias. E é justamente nesse sentido que a possibilidade de exclusão de acionista para além da sociedade fechada de cunho familiar parece viável em teoria, considerando que os deveres sociais são inerentes ao próprio *status socii*, seja o acionista membro de uma companhia aberta ou de uma companhia fechada.

O que irá variar, portanto, não será a fundamentação dogmático-jurídica de aplicação do instituto (sempre um inadimplemento de dever social); mas tão somente a extensão dos deveres sociais exigidos em cada tipo e subespécie societária – e, consequentemente, a *gravidade* suficiente do inadimplemento para fundamentar a exclusão em cada um deles. A depender da sociedade, os deveres sociais serão mais ou menos acentuados – variação importante para determinar em que medida o descumprimento desses deveres pelo controlador poderia, efetivamente, fundamentar sua exclusão.

Esse é o primeiro dos dois pilares centrais da tese, referente ao fundamento jurídico da hipótese de exclusão facultativa de controlador em S.A. – a exclusão facultativa pelo inadimplemento, por parte do acionista excluindo, de um dever inerente ao seu *status socii*.

³⁷ Compartilha dessa ideia Marcelo Vieira von Adamek, *In Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 311.

Verificada a ocorrência de um inadimplemento que possa ser considerado *grave o suficiente* para fundamentar a exclusão de acordo com o tipo societário analisado, caberá a averiguação da viabilidade dessa exclusão, considerando a existência ou não de restrição à livre circulação dos respectivos títulos de participação, a fim de verificar se, a despeito do descumprimento do dever social pelo controlador, é de fato admissível a aplicação da exclusão. Essa segunda ordem de análise do tema está centrada no segundo pilar da tese, que se relaciona ao fundamento axiológico do instituto – a finalidade da norma de exclusão de sócio.

Considerando que as companhias são regidas por lei especial (razão porque, como regra, a inexistência de outras hipóteses de exclusão facultativa faz mesmo todo sentido dentro da estrutura da lei; que, em contrapartida, estipula como regra a livre circulação de ações), a possibilidade de aplicar a exclusão deve ser muito cuidadosa, restrita até, em virtude do princípio da tipicidade, sob pena de insegurança jurídica decorrente da aplicação de regime legal diferente da disciplina jurídica típica.

E mais ainda do que apenas insegurança jurídica: em um contexto de ampla liberdade contratual, em que as partes, no ato de constituir uma sociedade, têm a livre prerrogativa de escolher o tipo contratual de sociedade que melhor lhes pareça (e, via de consequência, o regime legal atribuído a esse determinado tipo societário) e ainda disciplinar em detalhe o “ordenamento societário” via cláusulas dos estatutos sociais (conteúdo do contrato associativo), seria possível – ou melhor, legítimo – que as partes buscassem, por meio de interpretação jurisprudencial, a aplicação de um outro regime jurídico, diferente do tipo societário livre e originalmente escolhido?

Nesse contexto, a exclusão de acionista (incluindo-se aí a hipótese de exclusão do controlador em S.A.), parece-nos, apenas poderá ser admitida quando o inadimplemento do acionista excluindo for tal que comprometa a sobrevivência da companhia, sendo ainda necessário tratar-se, o caso, de companhia em que haja restrição à livre circulação de ações. Em tal circunstância, a exclusão do acionista inadimplente seria admissível como maneira de tutelar excepcionalmente os demais consócios, dada a situação de vulnerabilidade a que estariam expostos em razão do inadimplemento.

Como segundo viés importante do estudo do fundamento axiológico da exclusão facultativa, analisaremos a fundamentação legal da exclusão de acionista atribuída pela doutrina e pela jurisprudência: o art. 1.030 do CC/02. Da mesma forma em que se busca fundamentar a exclusão, no mérito, no descumprimento de deveres inerentes à própria LSA, a ideia é verificar a possibilidade de fundamentar o próprio procedimento da exclusão também no regime das sociedades anônimas.

Eis aí a hipótese desse estudo e a contribuição original que se pretende.

1.2. METODOLOGIA

O objeto de estudo do Direito Societário, de uma forma geral, pode ser apontado como o fenômeno associativo que ocorre quando dois ou mais sujeitos passam, em colaboração recíproca, a perseguir uma mesma e determinada finalidade³⁸. O fenômeno associativo de Direito Privado a que se faz referência abrange as sociedades e as associações. Embora a finalidade buscada por cada uma dessas espécies do gênero associação não seja de mesma natureza³⁹, fato é que a forma de constituição de cada uma delas é similar⁴⁰, de maneira a ser possível chamá-las indistintamente de associação. Em

³⁸ Nesse sentido, “as sociedades comerciais, inclusive por ações, são manifestações do fenômeno associativo. O conceito de associação em sentido lato compreende todas as modalidades de conjuntos organizados de pessoas que cooperam em razão de um interesse comum” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 30). Exceção feita às sociedades unipessoais, que no Brasil não podem ser constituídos por pessoa física (artigos 251, *caput* e § 2º e 252, *caput* da LSA). A esse respeito, vale lembrar a que noção de associação *lato sensu* como contrato associativo, segundo a qual a natureza associativa seria decorrente da organização criada (designação de atribuições, competências, etc.) para a consecução de uma finalidade, e não da pluralidade de partes (Cf. FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milão: Giuffrè, 1971, pp. 319-320), melhor explica a sociedade unipessoal (Cf. Anotações de aula – Prof. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Curso de Teoria Geral do Direito Societário II. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, segundo semestre de 2010).

³⁹ A diferença de natureza entre uma e outra espécie de associação *lato sensu* deve-se à disparidade entre os fins perseguidos em cada uma delas. Conforme explicação de Francesco Galgano, o fim comum de uma associação é determinado de “modo negativo”, na medida em que é um escopo não econômico; sendo identificado nas sociedades com um critério positivo, vale dizer, pela identificação do (i) exercício em comum de uma atividade econômica; e (ii) escopo de divisão dos resultados (Cf. GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15º ed. Bologna: Zanichelli, 2005, p. 19). A sociedade é, então, sempre um fenômeno associativo que se caracteriza não por uma estrutura particular, mas pela especialidade de seu objeto e de seu escopo: a sociedade é uma associação que se caracteriza pelo fato de ser criada para o exercício em comum de uma atividade econômica (Cf. FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografica, 1971, p. 10). Sociedade empresária e não empresária se diferenciam pelo objeto, mas em ambas o fim é o lucro.

⁴⁰ Fala-se, basicamente, da constituição como contrato plurilateral, e não na *estrutura organizativa* das associações e sociedades (Cf. FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografica, 1971, pp. 8-10). Isto posto, “analogamente ao que o ocorre em outros contratos plurilaterais, como a associação e o consórcio, o elemento fundamental [das sociedades] não é o sinalagma, mas o escopo ou o objetivo comum,

outras palavras, a despeito da natureza diversa do objeto (o tipo de atividade a ser desenvolvida) e objetivo (finalidade⁴¹) perseguidos em uma sociedade e uma associação *strictu sensu*, ambos os fenômenos associativos compartilham da mesma *estrutura de cooperação*⁴².

A fim de estudar os diferentes aspectos do fenômeno associativo, Herbert Wiedemann propõe uma análise bastante interessante: sua análise sob três “lentes de direito societário” diferentes, que visam a identificar as características e elementos do fenômeno conforme três “pontos de vista” – o societário, o do patrimônio social e da empresa (como atividade e como instituição, que diz respeito não apenas aos interesses dos sócios, mas também de trabalhadores, comunidade etc.)⁴³.

Esse enfoque tripartite de Wiedemann tem qualidades que vão além de caracterizar uma análise apenas interessante. As três lentes possuem a capacidade de olhar para o fenômeno associativo *sociedade* de forma completa.

Adotaremos, nesse trabalho, a sistematização de estudo proposta por Wiedemann a fim de tratar da hipótese pretendida da forma mais completa e profunda quanto possível e de demonstrar a necessidade de admitir-se a sanção de exclusão do acionista controlador a despeito da previsão legal de sanção obrigacional por abuso de poder de controle. Os Ordenamentos de Wiedemann ajudarão a identificar o âmbito de incidência de cada uma das sanções, de maneira a evidenciar que não se confundem e que tutelam bens jurídicos distintos. Ademais, as dimensões propostas pelo autor alemão ajudarão também no juízo de conveniência de adoção da hipótese, de que trataremos ao final do capítulo 4.

inexistente nos demais tipos contratuais” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 137 – sem grifos no original). No mesmo sentido SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 33.

⁴¹ As atividades societárias são sempre econômicas e têm por finalidade a distribuição de resultados entre os sócios (art. 981 do CC/02); enquanto as atividades associativas podem ser de índole não-econômica, mas, em qualquer hipótese, jamais terão objetivo lucrativo (art. 53, CC/02: fins não econômicos).

⁴² Esta estrutura é caracterizada pela existência de dois ou mais sujeitos em um dado campo de atividade, que se unem em cooperação recíproca a fim de perseguir um mesmo interesse. O que vai tipificar cada uma das espécies do gênero associação serão as especificações e natureza do objeto, escopo e organização eleitos (Cf. FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografica, 1971, pp. 1-3; p. 7).

⁴³ WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (trad.). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 66.

Para tanto, descreveremos brevemente as “lentes de direito societário” utilizadas por Wiedemann para analisar o fenômeno associativo de sociedade.

O ordenamento societário, para Wiedemann, diz respeito à regulação da comunidade de pessoas que buscaram associar-se em torno de um mesmo fim. Nesse contexto, são levantados três conteúdos básicos para as normas dessa natureza: normas que regulam (i) a determinação da finalidade social; (ii) a organização da sociedade; e, (iii) o *status socii*.

No que se refere à finalidade social, o autor alemão declara ser a “estrela polar” do estatuto e da vida das sociedades, a orientar todos os órgãos e membros. A cláusula da finalidade baliza a esfera coletiva da sociedade e em que medida essa coletividade encontra-se reciprocamente ligada – para a consecução do objeto e do objetivo social (respectivamente, o objeto da atividade delimitado nos atos constitutivos da sociedade e o objetivo de obtenção de lucro e distribuição entre os sócios). No mais, Wiedemann estabelece que a cláusula de finalidade fixa os *princípios coletivos* e o *raio de ação da organização*. Em outras palavras, delimita o escopo da sociedade e o plano estratégico necessário para viabilizar a própria empresa, enquanto atividade social.

Wiedemann prossegue para a análise das normas societárias de organização. Aqui, o conteúdo normativo refere-se à organização interna da sociedade e a sua representação externa perante terceiros. Regras dessa natureza – de origem legal ou estatutária – teriam por finalidade a fixação de poderes e competências para a tomada de decisões no âmbito interno da organização e para a execução do plano delimitado pela cláusula de finalidade. Além do caráter interno das normas de organização, haveria também as normas cujo conteúdo dizem respeito à representatividade da organização perante credores, fornecedores e comunidade em geral.

Por fim, dentro do ordenamento societário, haveria ainda normas relacionadas ao *status socii*, ou seja, à disciplina dos direitos e deveres dos sócios reciprocamente e perante a sociedade.

O *status* de sócio representa, nesse universo, a situação jurídica de um sujeito, uma *posição*⁴⁴ perante a coletividade organizada a que pertence – a sociedade. Essa situação jurídica lhe confere direitos e deveres, tais como direitos de participação, direitos patrimoniais de participação dos lucros, direitos de informação e fiscalização e o direito de se retirar da organização societária. Dentre os deveres, Wiedemann aponta o dever de contribuir, o dever de colaborar para a gestão social e o dever de lealdade.

Com relação à necessidade de tratamento cogente dessa situação jurídica ou de atribuição à autonomia privada das partes, vale dizer, sobre a necessidade ou não de imposição legal de determinados direitos ou deveres ao sócio, Wiedemann posiciona-se no sentido de que a opção pelo regime regulamentar cogente ou pelo livre arbítrio das partes componentes da organização deverá depender, cumulativamente, (i) da legítima expectativa de que as convenções privadas alcançarão “uma justa composição dos interesses”; e, (ii) do fato de direitos de terceiros poderem ser ou não afetados.

Com relação à análise do fenômeno associativo sob o ponto de vista do ordenamento do patrimônio social – a segunda “lente de direito societário” –, destaca-se a existência de um patrimônio de afetação, sobre o que incidem regras jurídicas determinadas. Considerando que toda sociedade apresenta um patrimônio próprio (com responsabilidade solidária, subsidiária ou limitada *vis à vis* os sócios), as regras dessa natureza, de forma geral, teriam por conteúdo a (i) competência para o exercício de direitos e sua execução; (ii) hipóteses de transferência do patrimônio entre sociedade e os sócios; e (iii) responsabilidade nas relações internas e externas.

Wiedemann ressalta que a estruturação da esfera patrimonial é posta no centro da vida da sociedade. Tamanha importância atribuída ao patrimônio social decorre do fato de que ele está diretamente envolvido no tratamento de direitos reais de terceiros, os credores da sociedade. Por esse motivo, segundo Wiedemann, as normas relativas à

⁴⁴ Nas palavras de Ascarelli, a posição de sócio decorre da existência de deveres (em relação à integralização das ações), de direitos de caráter patrimonial (dividendo, direito à quota de liquidação) e não patrimonial (direito de informação, de participar na assembleia) e poderes (como o de votar na assembleia). Prossegue o autor afirmando que os direitos e poderes extrapatrimoniais contribuem para tutelar os direitos patrimoniais do sócio. Cada um desses direitos está sujeito a uma disciplina própria. No entanto, todos esses direitos, poderes, obrigações, têm um pressuposto comum: a “posição” de sócio (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 491-192 e nota 1019). Em sentido similar, ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, pp. 47-48.

disciplina desse elemento social, o patrimônio, são preponderantemente cogentes, como uma espécie de exceção à regra de autonomia privada que parece mais próxima, de forma geral, à disciplina desse ramo do Direito Privado – o Direito das Sociedades.

O último aspecto de análise proposta por Wiedemann é o ponto de vista do ordenamento da empresa. O enfoque de análise, nesse ordenamento, é a estrutura interna da sociedade empresária: a própria *empresa*. Wiedemann chama a atenção para o fato de que, nesse viés de análise do fenômeno associativo de uma sociedade empresária, os sócios são uma espécie de co-legisladores, na medida em que complementam a atividade do legislador e dispõem, no estatuto social, de que maneira a empresa deve ser organizada. Dentro do ordenamento de empresa nos parece oportuno analisar o *princípio da preservação da atividade*.

Tal princípio compreende “a proteção da empresa, a garantia da sua continuidade e a defesa dela contra tudo o que possa destruir o seu valor de organização⁴⁵”; em outras palavras, a preservação da empresa a despeito de eventuais entraves à realização da atividade e à consecução de seu fim. A ideia por detrás da preservação da atividade baseia-se no fato de que a *empresa*, para além de uma *sociedade de Direito Privado*, é um centro de interesses econômicos que ultrapassa a figura e o interesse dos sócios na medida em que cria uma organização de que dependem empregados, fornecedores, clientes e a comunidade⁴⁶.

A esse respeito, tal como o direito societário e o direito de empresa não se confundem⁴⁷, a noção de sociedade empresarial e de empresa tampouco coincidem. O

⁴⁵ AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 49.

⁴⁶ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 144.

⁴⁷ A toda evidência verifica-se uma proximidade entre o direito societário e o direito de empresa, considerando que ambos deferem atenção ao estudo dos poderes, competências e da própria organização interna da sociedade. A esse respeito, Wiedemann reconhece que a ligação entre um e outro, direito societário e de empresa, é controvertida. Parece-nos, no entanto, bastante pertinente uma das interpretações possíveis dadas pelo próprio Wiedemann a esse respeito; a de que o direito de empresa é parte “integrante do direito societário que regula o ordenamento interno da empresa (organização da administração, grupo de empresas e prestação de contas)” (WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (trad.). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 72). Essa interpretação de Wiedemann da relação entre direito societário e direito de empresa parece especialmente eficaz para demonstrar a noção de empresa enquanto disciplina jurídica da atividade negocial de geração e distribuição de bens e serviços.

contrato de sociedade se apresenta como o vínculo contratual que une duas ou mais pessoas que exercem coletivamente uma mesma *empresa* (o exercício conjunto – e acrescenta-se, organizado e de maneira profissional – de uma atividade econômica)⁴⁸. A sociedade possui natureza jurídica de contrato, enquanto a empresa reflete o exercício de uma atividade empresarial organizada⁴⁹.

Para o fim a que se pretende nesse trabalho, adotaremos o ponto de vista da empresa exposto por Wiedemann como uma análise focada na atividade econômica organizada, que merece cuidado e proteção jurídica em razão dos direitos e interesses envolvidos em sua preservação, que inclusive transcendem aos da própria sociedade⁵⁰.

Antes de posicionarmos as “lentes de direito societário” sob o fenômeno da exclusão de controlador, faz-se necessária a verificação do tratamento jurídico brasileiro dispensado à exclusão social nos dias de hoje pelo CC/02 e LSA, tornando-se igualmente imperativo o estudo da natureza do próprio instituto da exclusão facultativa de sócio e seu fundamento dogmático e fundamento axiológico. É o que se passa a fazer.

⁴⁸ Cf. GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15ª ed. Bologna: Zanichelli, 2005, p. 3.

⁴⁹ Cf. REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959, p. 266. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>). Acesso em 10jul2014.

⁵⁰ É bem verdade que a pretensão de analisar determinado fenômeno sob diferentes prismas não é novidade no Direito. O conceito de empresa, do ponto de vista jurídico, já havia sido abordado por Asquini (cf. ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. In COMPARATO, Fabio Konder (trad.). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 104, outubro-dezembro/1996, pp. 109-126). Segundo seu raciocínio, a empresa seria um *fenômeno poliédrico*, o que permitiria estudá-lo sob o ponto de vista de diferentes *perfis*. Para a teoria italiana, seriam quatro os perfis de empresa: o perfil subjetivo; o perfil objetivo; o funcional; e, o corporativo. Para o presente trabalho, são especialmente importantes os perfis subjetivo e funcional. Ao *perfil subjetivo* caberia analisar o fenômeno da empresa sob o ponto de vista do sujeito de direito, o empresário ou a sociedade que exerce uma atividade econômica profissional e organizada. Asquini alerta para o fato de que qualquer um que exerça profissionalmente uma atividade econômica organizada com a finalidade de produção para troca de bens ou serviços é empresário, ainda que assim o faça em escala diminuta – o volume de atividade é irrelevante para a caracterização “empresária” daquele sujeito que a exerce. Pelo *perfil funcional*, a empresa seria analisada sob o ponto de vista da atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços. Sobre essa perspectiva, a empresa se mostra como uma força em movimento, a própria atividade econômica direcionada para uma finalidade produtiva específica. A noção de empresa como atividade produtiva organizada é especialmente relevante porque, sem ela, não seria possível alcançar a caracterização de empresário; sendo ainda impossível de qualificá-lo como agrícola ou comercial, o que igualmente dependeria da natureza da atividade exercida.

2. FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO DE SÓCIO

2.1. FUNDAMENTO JURÍDICO

No Direito Brasileiro é possível identificar duas ordens de causas de exclusão de sócio, que podem ser agrupadas como (i) causas de exclusão facultativa, nos termos dos artigos 1.004; 1.030, *caput*; 1.058 e 1.085 do CC/02 e artigo 107, II da LSA (ou seja, hipótese de sócio/acionista remisso, falta grave ou incapacidade superveniente); e (ii) causas de exclusão de pleno direito, nos termos dos arts. 1.026 e 1.030, parágrafo único, do CC/02 (liquidação da quota em função de dívida particular de sócio e sócio falido).

A exclusão de sócio é, pois, modalidade de dissolução parcial de sociedade e pode ser definida como “o afastamento compulsório do sócio descumpridor de suas obrigações sociais⁵¹”. Identificamos essa definição, desde já, como o ponto de partida do presente estudo, limitando-nos às hipóteses de ***exclusão facultativa de sócio***, identificadas como a possibilidade de se *expulsar*⁵² determinado sócio em virtude do inadimplemento de dever social inerente ao seu *status socii*.

O que é importante destacar inicialmente é o fato de que, a despeito de as hipóteses de exclusão, de forma geral, e de exclusão facultativa de forma particular, poderem apresentar diferentes fundamentos legais, é possível encontrar um denominador comum entre essas modalidades de exclusão, identificado como o próprio ***fundamento dogmático-jurídico*** do instituto, ou seja, a racionalidade que explica e instrumentaliza sua aplicação prática.

Arturo Dalmartello, em sua clássica monografia sobre o tema, sistematizou de forma bastante clara a questão ao enfrentar a dificuldade de identificação desse denominador comum nas modalidades de exclusão de sócio (facultativa e de pleno direito), ou seja, o fundamento dogmático-jurídico do instituto. O autor buscou delimitar a finalidade com a qual o instituto da exclusão de sócio comunga, bem como os princípios

⁵¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

⁵² Cf. Renato Ventura Ribeiro, a expulsão refere-se ao “afastamento do sócio em razão da vontade da sociedade ou dos demais sócios, em procedimento extrajudicial ou judicial. A expulsão é, portanto, uma espécie do gênero exclusão” (VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 101).

nos quais se inspira⁵³, identificando três teses principais para definir a questão: (i) a teoria da disciplina taxativa legal; (ii) a teoria da manifestação do poder corporativo disciplinar; e, (iii) a teoria do inadimplemento contratual.

A sistematização dos possíveis fundamentos da exclusão de sócio desenvolvida por Dalmartello possui o mérito de combinar clareza e profundidade, motivo porque serviu de base para diversos estudiosos da matéria que se seguiram a ele⁵⁴ – e razão porque, no mesmo sentido, servimo-nos de sua monografia para estudar esse tópico da tese.

Pela **teoria da disciplina taxativa legal**, o fundamento jurídico da exclusão de sócio seria de dupla ordem: de um lado, teria uma finalidade pública; e, de outro, apresentaria um caráter penal, punitivo e excepcional. A referida doutrina defendia que a exclusão de sócio nada mais seria do que uma sanção imposta pelo próprio legislador, de acordo com as hipóteses taxativamente previstas na norma.

Com relação especificamente à questão da finalidade pública, segundo a doutrina em referência, a exclusão de sócio não se limitaria a uma simples sanção de perda patrimonial. A exclusão, resultado da violação do dever de sócio, seria uma verdadeira pena “moralmente e socialmente infamante” e que deveria ser, portanto, imposta ao sócio excluído por uma norma necessariamente taxativa⁵⁵ – daí a ideia de finalidade pública do instituto. Ainda segundo a teoria, o legislador seria soberano, de forma que apenas seriam admitidas hipóteses de exclusão taxativamente previstas na lei. Além disso, apenas por meio da “soberania do legislador”, a mencionada finalidade pública poderia ser perseguida e alcançada.

⁵³ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 38.

⁵⁴ E.g., AVELÂS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001;

REQUIÃO, Rubens, *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>.

Acesso em 10jul2014; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, pp. 80-91.

⁵⁵ Cf. DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 48.

Dalmartello rejeita a procedência dessa teoria como fundamento dogmático-jurídico da exclusão de sócio. Para tanto, ele argumenta inicialmente que o interesse realmente decisivo e preponderante tutelado pelo instituto da exclusão de sócio teria natureza essencialmente privada e patrimonial. A seu juízo, seria o interesse dos sócios de afastar da sociedade aquele consócio prejudicial à empresa o que de fato definiria o instituto da exclusão⁵⁶. Nesse sentido, a exclusão de sócio tutelaria o interesse público de forma apenas mediata, enquanto que buscaria, imediatamente, a proteção dos interesses dos consócios do excluído.

No mais, Dalmartello afirma que a sanção de exclusão de sócio não poderia ser adequadamente classificada como uma penalidade. Em seu raciocínio, não seria possível subsumir a norma que dispõe sobre a exclusão à natureza “restritiva da liberdade de exercício de direitos” (ou seja, de caráter punitivo), uma vez que a norma de exclusão não representaria a imputação de uma restrição autoritária ao livre exercício de um direito, mas tão somente apontaria a consequência jurídica de um comportamento inadequado de um sócio⁵⁷.

⁵⁶ “le esigenze di rilievo pubblicistico sono necessariamente mediate e subordinate a quelle di ordine privatistico, in quanto presuppongono l’esistenza di un interesse dei soci a disfarsi del consocio dannoso e a continuare l’impresa nonostante la scossa subita dal rapporto di società: ove, infatti, questa decisiva spinta mancasse, sarebbe perfettamente inutile che ragioni di utilità pubblica, necessità di economia generale o altri principi superiori reclamassero la conservazione e la continuazione dell’impresa sociale. (...). Se è vero che l’esclusione è un rimedio benefico dal punto di vista della utilità generale, in quanto assicura la massima stabilità delle imprese sociali, fonti di produzione e di lavoro, è anche vero che tale sua funzione è meramente secondaria ed accessoria, e che la sua finalità primaria ed essenziale è quella di venire incontro agli interessi particolari e patrimoniali dei soci, onde allontanare dal capo di tutti il danno imputabile a taluno di essi” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 42-43).

⁵⁷ “Or nulla di tutto ciò si avvera nel caso di esclusione. Qui, evidentemente, la legge determina l’estinzione definitiva di un diritto (il diritto a rimanere in società), o di un complesso di diritti (i diritti inerenti allo status socii), per il venir meno delle condizioni intrinseche di stabilità e di conservazione di quel diritto, o di quel complesso di diritti. Le cause di esclusione sono, in altri termini, i limiti naturali e congeniti del diritto di rimanere in società, perché in ciascuna di esse si può scorgere il mancare di un elemento costitutivo del diritto stesso: diventa socio chi prometta e sia in grado di prestare alla società una attiva collaborazione e un effettivo conferimento di entità patrimoniali; cessa di esser socio, per esclusione dalla società, chi non le dia, o non le possa dare, la sua attiva e cosciente collaborazione o il promesso contributo patrimoniale. La legge sull’esclusione non introduce, perciò, una restrizione autoritaria al libero esercizio di un diritto, in contemplazione a condizioni impeditive o a finalità estrinseche, ma afferma, attraverso la enumerazione delle naturali ed organiche cause estintive di qual diritto, un principio che è logicamente e giuridicamente suscettibile di essere prodotto *ad consequentias*. Non è, perciò, possibile sussumere la legge sull’esclusione tra quelle che “restringono il libero esercizio dei diritti”, e non è, quindi, esatta la teoria in esame quando rivendica, per questa erronea qualifica, il fondamento e la disciplina dell’istituto alla sola *auctoritas constituentium*” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 50-51).

Para Dalmartello, nesse contexto, seria inapropriado o fundamento da exclusão de sócio conferido pela teoria da disciplina taxativa legal, que utilizaria uma “qualificação equivocada” da sanção prevista pela norma para fundamentar o instituto.

Com efeito, a teoria parece mesmo inadequada para fundamentar a exclusão de sócio. São inúmeras as hipóteses de exclusão no sistema legal brasileiro, sendo possível separá-las em dois grupos: as hipóteses de exclusão facultativa e as hipóteses de exclusão obrigatória. A par da discussão a respeito da natureza jurídica da sanção de exclusão (como pena restritiva de direitos ou como decorrência de um inadimplemento), o que se vê, de partida, é a inadequação da teoria para fundamentar as hipóteses de exclusão facultativa, uma vez que não há, nesses casos, condutas taxativamente dispostas pelo legislador como passíveis da sanção de exclusão. Veja-se, por exemplo, as disposições dos artigos 1.030 e 1.085 do CC/02 e as expressões “falta grave no cumprimento de obrigações” e “atos de inegável gravidade” – evidentemente incompatíveis com a “taxatividade legal” exigida pela teoria em referência.

Além disso, Daniel D’Ávila Vio acrescenta que, tratasse de um instituto destinado à tutela do interesse público, não seria possível admitir seu emprego de forma extrajudicial, ou seja, por meio de assembleia ou reunião de sócios, mas apenas por meio de decisão judicial⁵⁸. A adoção da teoria da disciplina legal taxativa parece, mais uma vez, incompatível com a legislação brasileira, que expressamente permite esse procedimento de exclusão (art. 1.085 do CC/02).

A seguir, temos a **teoria do poder corporativo disciplinar**, também denominada por Dalmartello de *teoria do poder soberano de exclusão*⁵⁹, segundo a qual a exclusão seria uma manifestação da supremacia e soberania que todo ente associativo (sociedade ou associação) exerce sobre seus sócios/associados. Nessa medida a exclusão de sócio estaria prevista no estatuto de constituição do ente associativo, investido do poder de organizar a atividade da sociedade/associação e de excluir um sócio/associado que

⁵⁸ Cf. ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, p. 82. O autor prossegue, destacando o fato de que “mesmo sujeita a posterior controle judicial, a deliberação de exclusão extrajudicial possui uma eficácia constitutiva negativa própria. Caso não exista oposição judicial, a simples deliberação dos consócios priva, por si só, o excluendo da qualidade de sócio. Se, ao contrário, a matéria for submetida à apreciação da autoridade judicial, a eventual decisão de mérito do juiz não poderá fazer mais do que confirmar a validade de tal deliberação ou meramente reconhecer sua invalidade. Ou seja, uma sentença sobre a questão teria apenas eficácia declaratória e não constitutiva negativa” (Op. Cit., p. 82).

⁵⁹ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 67.

faltasse com seus deveres inerentes à própria posição de sócio/associado. A lei, nesse contexto, apenas reconheceria a legalidade e legitimidade desse poder disciplinar do ente associativo⁶⁰.

Ainda na esteira dessa teoria, a ideia de exclusão comungaria com a noção de pena (medida disciplinar sancionatória imposta pelo ente associativo), de alguma forma próxima à teoria da disciplina legal taxativa nesse sentido.

Dalmartello inicia as críticas a essa doutrina desafiando a própria premissa sobre a qual se assenta o fundamento dogmático do instituto. O autor afirma que a sociedade/associação é, na verdade, uma forma organizativa e contratual, um *instrumento de execução coordenada e unitária do contrato social*⁶¹, o que não se confundiria com a ideia de soberania do ente associativo perante os sócios/associados ou de sujeição desses em relação àquele. Fosse de outra maneira, prossegue o autor, nenhuma deliberação social de exclusão poderia, jamais, ser revista pela autoridade judicial, uma vez que haveria a pressuposição de ser uma deliberação *soberana*.

O autor prossegue demonstrando que, prevalecesse o fundamento dogmático defendido pela teoria do poder corporativo disciplinar, a referida soberania do ente associativo traduziria, em última instância, verdadeiro autoritarismo e discricionariedade por parte da maioria (que, no fim do dia, compõe a vontade social). Ele afirma que o ente associativo não é propriamente soberano, uma vez que suas decisões devem sempre estar pautadas e adstritas aos limites impostos pela lei e pelo próprio contrato de sociedade⁶².

⁶⁰ “[N]on è possibile – si argomenta – che la persona giuridica sociale sia costretta a svolgere la sua attività attraverso ostacoli che le provengono da un associato, ossia da chi le deve provenire vitale ed organica collaborazione; bisogna assolutamente mettere l’associazione nella possibilità di rimuovere tali ostacoli, conferendole una posizione di predominio sui singoli soci, i quali andrebbero, perciò, posti in una situazione di correlativa soggezione. Investita de tale potestà, la società potrebbe colla efficace minaccia dell’esclusione e colla sua effettiva pronuncia, instaurare una disciplina tra i soci e tenerli vincolati all’osservanza dei loro doveri al rispetto delle esigenze collettive. Esattamente e coerentemente a tali premesse, si riconduce l’esclusione all’idea di potere disciplinare, del quale non costituirebbe, peraltro, la sola manifestazione. **La legge**, colla norma sulla esclusione, sanzionerebbe, appunto, tale reciproca posizione dell’associazione e degli associati e darebbe il suo riconoscimento alla legalità e alla giuridicità delle concrete esplicazioni del potere disciplinare dell’associazione” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 60 – sem grifos no original).

⁶¹ “(...). La società, persona giuridica, assolve, appunto, nel sistema del contratto a questa triplice funzione coordinatrice. Con formula concisa e precisa si può, perciò, dire che la società è lo strumento di esecuzione coordinata ed unitaria del contratto sociale” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 63).

⁶² “la società potrebbe, infatti, deliberare l’esclusione solo per una delle ragioni previste dalla legge o dal contratto, e, quindi, non sarebbe mai pienamente sovrana, ma sarebbe, al contrario, sempre determinata da quelle due fonti, da cui la disciplina dell’istituto dipenderebbe, e nelle quali esso avrebbe, perciò, in ultima

Por fim, Dalmartello ainda critica a teoria ao demonstrar sua inaplicabilidade às sociedades sem personalidade jurídica – e que, por essa razão, não poderiam ser titulares de direitos próprios e de poderes sobre seus sócios⁶³. A crítica, sem dúvida, é válida; mas parece perder um pouco a importância para o Direito Brasileiro, que afasta a personalidade jurídica apenas às sociedades em comum e às sociedade em conta de participação.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca acrescenta que a teoria não se sustentaria pelo fato de que nem sempre a exclusão de sócio se apresenta como medida sancionatória, considerando as hipóteses em que a exclusão de sócio é operada mesmo que inexistente a culpa ou o dolo por parte do sócio excluído⁶⁴. Desse modo, o fundamento dogmático proposto pela teoria do poder disciplinar não se sustentaria, em particular, no Direito Brasileiro, que prevê expressamente situações de exclusão de sócio de pleno direito, como por exemplo na hipótese de sócio falido, disposta no art. 1.030, parágrafo único do CC/02, ou de execução de credor sobre a quota do sócio devedor, disposta no art. 1.026 do CC/02 – que independem de culpa ou dolo por parte do sócio excluído.

Diante da rejeição das teorias acima, Dalmartello chega à conclusão de que a exclusão de sócio estaria fundamentada na vontade dos sócios e no próprio contrato de sociedade. Essas são as bases que serviram à construção da terceira teoria a respeito do fundamento dogmático da exclusão de sócio, a **teoria contratualista**.

Segundo Dalmartello, a disciplina estritamente legal da primeira teoria ficaria superada pela solução contratualista, que reconhece ao sócio a faculdade de disciplinar a exclusão de acordo com a finalidade particular de cada contexto específico da sociedade tratada. Por outro lado, a teoria do poder soberano de exclusão, que permitiria uma aplicação arbitrária da exclusão de sócio, parece igualmente superada pela teoria contratualista porque, por meio desta, prossegue o autor, se reconhece ao sócio a faculdade de circunscrever a aplicabilidade do instituto a determinados eventos, de forma a instituir

analisi, il suo fondamento giuridico” (DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 67).

⁶³ “Ma ancor più evidente è la insostenibilità della teoria, dal punto di vista particolare al nostro diritto. La teoria della sovranità sociale presuppone affermata in modo categorico la personalità giuridica della società, inquanto la sovranità è lo specifico attributo dell'ente corporativo personificato nei riguardi dei suoi componenti: la personalità vi è, perciò, presupposta nel suo concetto più esteso ed assoluto, e, cioè, non solo come unificazione esteriore, ma come soggettività interna, di fronte a tutti i soci” (DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 68).

⁶⁴ Cf. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

limites ao “poder de exclusão” do ente associativo, cujo mérito poderá ainda ser sempre tutelado pelo judiciário. Para o autor, a solução contratualista seria então uma via intermediária entre a rigidez da teoria da disciplina legal e a “elasticidade” (ou discricionariedade) da teoria do poder corporativo disciplinar, ao evitar o que cada uma das teorias apresentaria em demasia. Não por outra razão Dalmartello diz que a teoria contratualista seria a *maneira justa* de tratar a questão da exclusão de sócio⁶⁵⁻⁶⁶.

Considerando que essa é, de fato, a teoria que melhor explica o fundamento dogmático da exclusão de sócio⁶⁷, ela será analisada em maiores detalhes no item a seguir.

2.1.1. EXCLUSÃO DE SÓCIO COMO CONSEQUÊNCIA DO INADIMPLEMENTO DE DEVER SOCIAL

Dalmartello esclarece que todas as causas de exclusão poderiam ser agrupadas em duas hipóteses gerais: (i) causas de resolução pelo inadimplemento das obrigações sociais (conferimento e cooperação); e, (ii) causas de resolução por impossibilidade superveniente (falência, interdição e inabilitação do sócio). Nesse contexto, o autor afirma que a base do instituto da exclusão não decorreria de uma única regra, mas de dois

⁶⁵ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 69-70.

⁶⁶ Em outra passagem, Dalmartello resume: “nella ricerca del fondamento giuridico della esclusione abbiamo scartato innanzitutto la teoria della disciplina tassativa legale, perché troppo rigida per poter spiegare un istituto asservito a prevalenti interessi privati; abbiamo scartato, poi, la teoria del potere corporativo disciplinare d'esclusione perché incompatibile colla natura contrattualistica e paritaria della relazione sociale; ci siamo fermati, infine, sulla concezione contrattualistica dell'istituto, secondo la quale il fondamento dell'esclusione risulterebbe alla *volontà contrattuale dei soci*” (p. 122 – grifos no original).

⁶⁷ Cf. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25. A autora menciona ainda os demais autores adeptos da teoria contratualista como fundamento da exclusão de sócio, dentre os quais destaca-se Fabio K. Comparato (*In Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149) e Rubens Requião (*In REQUIÃO, Rubens, A preservação da sociedade comercial pela exclusão social. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>*). Acesso em 10jul2014. A esse respeito vale citar Avelãs Nunes, cuja posição, embora próxima da teoria contratualista, dela diverge ao conceber que “as sociedades comerciais apresentam um carácter duradouro, não ocasional, já que o exercício do comércio ou indústria exigem uma organização estável, cuja rápida desintegração implica a perda de valores económicos. (...) A sociedade não é só um contrato, é uma personalidade jurídica e uma organização económica que não convém destruir só pelo facto de um dos sócios não cumprir os seus deveres sociais” (AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, pp. 60-61, sem grifos no original). Outra posição isolada que merece nota é a de Renato Ventura Ribeiro, para quem a exclusão estaria fundada na quebra da base objetiva do negócio por fato superveniente (VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 167-172).

princípios: a resolução por inadimplemento e a resolução por “fatos externos” à sociedade⁶⁸.

No entanto, a fim de fundamentar as hipóteses de exclusão por impossibilidade superveniente de maneira compatível à ideia trazida pela teoria contratualista, o autor afirma que tais hipóteses estariam relacionadas à quebra de *affectio societatis*, na medida em que as situações supervenientes de falência, interdição ou inabilitação de um sócio representariam uma modificação inesperada da situação pessoal desse sócio a gerar a quebra de expectativa da sociedade, expectativa essa juridicamente tutelada, com relação à contribuição pessoal desse sócio à sociedade⁶⁹. Nesse sentido, Dalmartello classifica tais hipóteses como situação de inadimplemento do dever de colaboração, dever considerado de maneira ampla, como o direito dos sócios de participação nas operações sociais e o dever de tais sócios de aportar a tais operações a própria contribuição pessoal de capacidade e competência⁷⁰.

Após a mencionada explicação, o autor conclui que, embora as hipóteses de exclusão por inadimplemento e por “fatos externos” à sociedade (falência, interdição e inabilitação do sócio) possam ter princípios próprios, ambas poderiam ser subsumidas a um mesmo critério e fundamento por meio do que a exclusão, em qualquer caso, seria possível quando verificado o descumprimento, culposo ou fortuito, de um dever social⁷¹.

⁶⁸ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 70-71.

⁶⁹ “La ragione pratica della *electio certae personae* non può consistere in altro se non nell’aspettativa, giuridicamente tutelata, di un personale contributo da parte dell’individuo con cui la convenzione si conchiude, e ciò non solo per la società, ma per tutti i contratti fondati sull’*intuitus personae*. Quest’aspettativa di un contraente non può, a sua volta, sorgere se non dalla promessa dell’altro contraente di compiere una prestazione personale, apportandovi la propria specifica capacità tecnica, la propria particolare esperienza e, in genere, le proprie garanzie personali. Soltanto qui e tutta qui, è la ragione pratica ed economica per cui, in determinati contratti, la individualità del contraente diventa uno dei valori essenziali dell’affare. Quest’aspettativa e questo impegno si ritrovano perfettamente e precisamente nel contratto di società, e si individuano nel diritto di ogni socio di pretendere la collaborazione da tutti i consoci e nell’obbligo di ogni socio di dare la propria *collaborazione* a tutti i consoci” (DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 91).

⁷⁰ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 92. É de se notar que Dalmartello desenvolve esse raciocínio considerando apenas as sociedades de pessoas. O autor não menciona, nesse aspecto, as sociedades de capitais, de que trata no capítulo seguinte de sua monografia. Para as sociedades de capitais, o autor indica como causa de exclusão de sócio apenas a hipótese de inadimplemento da obrigação de conferimento (DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 199-205).

⁷¹ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 94-95.

No Direito Brasileiro é possível identificar duas ordens de causas de exclusão de sócio, que podem ser agrupadas como (i) causas de exclusão facultativa – em que a exclusão social relaciona-se à ideia de inadimplemento, nos termos dos arts. 1.004; 1.030, *caput*; 1.058 e 1.085 do CC/02 e artigo 107, II da LSA (sócio remisso, “falta grave no cumprimento de suas obrigações”, “incapacidade superveniente” ou “atos de inegável gravidade” e “justa causa”); e (ii) causas de exclusão de pleno direito, nos termos dos arts. 1.026 e 1.030 parágrafo único do CC/02 (liquidação da quota em função de dívida particular de sócio e sócio falido).

Embora o emprego da teoria contratualista possa ser alvo de críticas no que se refere às hipóteses de exclusão de pleno direito⁷²⁻⁷³, parece irretocável no que se refere ao fundamento dogmático da exclusão facultativa de sócio por inadimplemento de dever social (item (i) acima) – que é justamente o objeto de nosso estudo.

Assim é que, nos casos de exclusão de sócio por inadimplemento de uma obrigação social, operar-se-ia uma prerrogativa contratual⁷⁴. Nesse cenário, a possibilidade de exclusão do sócio encontra sua viabilidade na premissa de que o contrato de sociedade é um contrato plurilateral.

⁷² Segundo Ferri, a causa legal genérica de exclusão facultativa é de fato o grave inadimplemento do sócio às obrigações legais ou do contrato social, de sorte que, nesse sentido, o paralelo entre exclusão e resolução por inadimplemento seria perfeito. No entanto, para ele, a exclusão constitui um meio pelo que se afasta da sociedade um sócio cuja participação, por conta de sua pessoa, de sua atuação ou por modificação substancial da base sobre a qual sua participação foi originalmente constituída, não pode ser permitida ulteriormente na sociedade. Nesse contexto, os fatos que poderiam justificar esse afastamento teriam natureza diversa: poderiam consistir em grave inadimplemento de obrigações assumidas ou, por outro lado, poderiam constituir fato independente da vontade do sócio excluindo, referente ao aporte de capital (incapacidade superveniente; liquidação da quota em função de dívida particular do sócio) ou referente à sua pessoa (interdição, inabilitação, falência). Todas essas hipóteses não poderiam ser subsumidas em uma única categoria e seria insensato, segundo Ferri, considerar a exclusão como um substituto da resolução por inadimplemento no campo das sociedades. A exclusão pode ser considerada como um meio de defesa do grupo em confronto com um membro que se coloca em contradição com o grupo (Cf. FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografico, 1971, p. 225).

⁷³ Vale ainda mencionar a posição de Daniel D’Ávila Vio, para quem “(...) a exclusão de pleno direito se inspira predominantemente na defesa do interesse público, em contraste com a natureza prevalentemente privatística das hipóteses de exclusão facultativa. Além disso, cumpre recordar que, na hipótese de falência de sócio – (...) – não existe necessariamente um claro e direto inadimplemento do sócio frente a sociedade” (ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, p. 92). Conforme o próprio autor conclui, embora sob o mesmo *nomen iures*, as hipóteses de exclusão de pleno direito e as hipóteses de exclusão facultativa “operam sob lógicas marcadamente diversas e se baseiam em fundamentos dogmáticos distintos” (Op. Cit., 94). Não procuraremos avaliar o fundamento dogmático da exclusão de sócio de pleno direito, limitando-nos a analisar o fundamento dogmático da exclusão facultativa, que nos parece incontroverso.

⁷⁴ Verificaremos oportunamente (capítulo 4), quem exerceria tal prerrogativa: a sociedade ou o acionista descontente?

É de se notar que as sociedades anônimas, pela *desimportância* da figura dos acionistas, como regra apresentam a natureza mais próxima à ideia de instituição – ao contrário da natureza de contrato das sociedades de pessoas – na medida em que, “como instituição, está ela voltada para a consecução do “bem comum”, visando primacialmente aos altos interesses coletivos, desvanecendo um tanto o interesse privado, perseguido pelos acionistas⁷⁵”. Registra-se, no entanto, que a teoria institucionalista não nega a natureza de contrato plurilateral da sociedade anônima, ainda que atribua à sua constituição e atividade a preponderância da finalidade social sobre a vontade pessoal dos acionistas⁷⁶. A despeito do tipo societário, portanto, é inegável o caráter de contrato plurilateral da sociedade.

No contrato plurilateral, o inadimplemento de uma única obrigação social afeta a reciprocidade apenas relativamente a esta única obrigação inadimplida, permitindo que os demais vínculos sociais (correspondentes às obrigações sociais efetivamente adimplidas) permaneçam perfeitamente íntegros, de maneira a não ficarem comprometidos por aquele dado inadimplemento⁷⁷.

Por outro lado, a exclusão somente terá justificativa se o afastamento de dado sócio for “indispensável para a realização do objetivo de produção e partilha de lucros ou para a realização do objetivo de exploração de uma atividade empresarial⁷⁸”. E isso

⁷⁵ REQUIÃO, Rubens, *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959, p. 15. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>. Acesso em 10jul2014.

⁷⁶ Conforme Francesco Galgano, “il fenomeno delle società è, dunque, collocato nel più ampio genere dei contratti in generale. La natura contrattuale del vincolo sociale è fuori discussione” (GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15ª ed. Bologna: Zanichelli, 2005, p. 3). Nesse sentido, Waldemar Ferreira explica que “a teoria institucional não nega que a sociedade se constitua por um contrato; mas esse contrato dá origem a uma instituição, isto é, a um órgão destinado à consecução dum interesse intermediário entre indivíduos e o Estado. Onde a teoria contratual atribuíra tudo à vontade, a teoria institucional reconhece o **papel da finalidade e da equidade**, que vem assinalar limites à autonomia da vontade” (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – o Estatuto da Sociedade de Pessoas*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 21 – sem grifos no original). No mesmo sentido, CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61; SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34.

⁷⁷ Cf. DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 99-101. Em especial, a passagem: “(...), el sinallagma consente la permanenza del rapporto tra i contraenti che hanno effettivamente adempiuto alle loro obbligazioni ed hanno, con ciò, rispettato, tra loro, la reciprocità sinallagmatica; ma non consente la permanenza del rapporto tra tutti questi contraenti e il contraenti inadempiente, in quanto che in questo più vasto gruppo la reciprocità sinallagmatica non è stata rispettata. (...). Risultato? È ormai il portato di un calcolo matematico: il contratto plurilaterale sopravviverà concentrandosi nel gruppo degli adempienti, mentre ne resterà tagliato fuori (escluso) l'inadempiente” (p. 100).

⁷⁸ COMPARATO, Fabio K. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 41.

porque, na medida do quanto possível, deve ser preservado o direito do sócio de manter seu *status socii* – direito que, embora deva ser relativizado quando em confronto com a preservação da empresa, deve ser ordinariamente respeitado pela sociedade e pelos demais sócios.

Ademais, a exclusão de sócio apenas parece possível na hipótese de efetivamente não comprometer a estrutura social – daí a essencialidade da ideia de contrato plurilateral e de vínculos sócio/sociedade independentes uns dos outros, de maneira que o inadimplemento de um sócio, e a consequente dissolução desse vínculo social, não interfira nos vínculos dos demais, correspondentes a obrigações adimplidas.

Segundo Dalmartello, traçando a evolução histórica do instituto da exclusão de sócio desde o direito romano, o legislador comercial procurou, com o passar do tempo, adequar a tradição romanística da dissolução total da sociedade em caso de inadimplemento de apenas um sócio à exigência contemporânea subsumida ao princípio da conservação do ente social e da empresa, passando a admitir que o inadimplemento de um sócio legitimaria apenas sua exclusão do quadro social, e não a dissolução total da sociedade.

O autor esclarece que a natureza da *societas romana* era, desde lá, a de sinalagma; o que ocorria, no entanto, é que, sobre essa natureza, agia o *princípio personalístico*, segundo o que cada sócio deveria ser tratado como um elemento essencial da sociedade, em decorrência do que sua contribuição seria personalíssima, insubstituível e indispensável. Ao legislador comercial, portanto, prossegue o autor, coube isolar a ideia do sinalagma da sua tradicional correlação com o princípio personalístico, e atrelá-la ao *princípio conservativo*, de forma a permitir a independência dos vínculos sociais. Assim é que a exclusão de sócio não seria nada além de um instituto de resolução de contrato sinalagmático por inadimplemento, combinado ao contrato plurilateral de sociedade e temperado com o princípio de conservação da empresa⁷⁹.

Vale mencionar ainda, de acordo com a teoria contratualista, que em todos os contratos de sociedade seria possível atribuir a existência de uma cláusula tácita de

⁷⁹ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 101-106; pp. 121-122.

resolução de um vínculo social por inadimplemento⁸⁰, decorrente do próprio princípio da conservação da empresa⁸¹.

Nesse contexto, a dissolução de um vínculo social não implica o comprometimento dos outros vínculos existentes entre os demais contratantes – entre si e para com a sociedade – sendo possível, portanto, distinguir e individualizar a adesão de cada parte ao contrato de sociedade. Tanto é assim, segundo a clássica lição de Ascarelli, que o vício de uma das manifestações que concorreram para a formação do contrato de sociedade importa nulidade ou anulabilidade dessa manifestação em particular; não implica em nulidade ou anulabilidade do próprio contrato, que permanece íntegro, sempre que possível a consecução do seu objetivo a despeito da dissolução do vínculo social viciado⁸². Trata-se, segundo Ascarelli, do “princípio de conservação” dos contratos, de acordo com o que não se deve estender além do necessário os vícios relativos a uma adesão social em particular⁸³.

Há, no entanto, casos em que a prestação de um dos sócios pode ser imprescindível à consecução do objeto social. Em tais hipóteses, a resolução do vínculo desse sócio, de maneira excepcional, influirá sobre o contrato de sociedade como um todo⁸⁴, muito embora os vínculos associativos de cada sócio sejam independentes.

Em regra, considerando que todo contrato de sociedade é plurilateral, poder-se-ia admitir a exclusão de sócio tanto em sociedades limitadas quanto em companhias, na medida em que houvesse um sócio/acionista inadimplente em relação a seus deveres sociais de tal maneira que seu afastamento fosse, repetindo ainda uma vez as palavras de

⁸⁰ Cf. AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 60-61; PINTO JR., Mario Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril/ junho 1984, pp. 83-89, p. 85.

⁸¹ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 123-128, em especial p. 128.

⁸² ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 413.

⁸³ Cf. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005, nota 828, p. 415.

⁸⁴ “A execução das prestações de uma das partes pode, com efeito, ser indispensável à consecução do objetivo social; por exemplo, quanto a uma sociedade que se proponha à exploração de uma mina (que um dos subscritores deve conferir), é indispensável a transferência da mina. Nessa hipótese, a nulidade, ou anulação ou, como veremos, a resolução do vínculo de uma das partes, influi sobre todo o contrato; tal influência, no entanto, é mediata, constituindo apenas a consequência da impossibilidade de alcançar o objetivo comum” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005, nota 820, p. 414).

Comparato, indispensável para a realização do objetivo de produção e partilha de lucros ou para a realização do objetivo de exploração de uma atividade empresarial – e desde que sua presença não fosse imprescindível para a atividade empresarial, conforme alerta Ascarelli.

Antes, no entanto, de se verificar as hipóteses de exclusão facultativa de sócio em sociedades limitadas e nas companhias no Direito Brasileiro, a posição jurisprudencial a respeito do assunto e a efetiva possibilidade de exclusão em sociedades anônimas, cumpre analisar quais seriam os deveres sociais inerentes ao contrato de sociedade, cujo inadimplemento seria hábil a gerar a exclusão do sócio faltoso.

2.1.2. OS DEVERES SOCIAIS INERENTES AO CONTRATO DE SOCIEDADE: CONFERIMENTO, COLABORAÇÃO E LEALDADE

Conforme a lição de Ferri sobre a exclusão facultativa de sócio, observada a causa motivadora, a exclusão não se opera automaticamente, mas autoriza os sócios a verificarem a conveniência ou não da adoção da medida. O autor prossegue aduzindo que a causa legal genérica da exclusão facultativa seria o grave inadimplemento do sócio das obrigações legais ou instituídas no contrato social. Ferri alerta que o inadimplemento deve ser de natureza *grave* e deve estar relacionado às obrigações que incumbem ao sócio enquanto tal, ou seja, devem ser próprias e inerentes ao *status socii*, de sorte a não ser suficiente, para a medida de exclusão da sociedade, a violação de obrigações do sócio “*in altra veste*”, na qualidade enquanto administrador, por exemplo⁸⁵.

Muito embora Ferri e Dalmartello se refiram à exclusão social como consequência do inadimplemento de *obrigação social*, amparamo-nos em Eros Grau para observar que a ideia de dever transcende o conceito de obrigação⁸⁶ (modalidade de dever jurídico que é⁸⁷) e, por essa razão, parece mais adequada ao propósito desse trabalho. Nesse sentido, não seria apenas causa de exclusão o inadimplemento de obrigação imposta

⁸⁵ FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografico, 1971, p. 227.

⁸⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre Obrigação, Dever e Ônus*, pp. 177-183, p. 178. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>. Acesso em 14nov2014).

⁸⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre Obrigação, Dever e Ônus*, pp. 177-183, p. 179. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>. Acesso em 14nov2014.

por lei ou estipulada no contrato social, mas toda e qualquer conduta/omissão grave que desatendesse aos deveres de colaboração ou lealdade que integrano o *status socii*⁸⁸,

Cumpra identificar quais seriam esses deveres sociais inerentes ao *status socii*, cujo inadimplemento se mostra hábil a ensejar a exclusão do sócio faltoso do quadro social.

Dalmartello afirma que, ao tornar-se sócio, o sujeito obriga-se ao conferimento dos valores subscritos e à colaboração com a sociedade e reciprocamente com os demais sócios relativamente às mesmas prestações⁸⁹.

Inicialmente, destacamos o **dever social de conferimento**. O referido dever nada mais trata do que da obrigação legal de integralização das quotas/ações subscritas pelos sócios/acionistas para o atingimento da cifra denominada de capital social. A esse respeito, Galgano explica que o ato de conferir bens/valores à sociedade em contraprestação às quotas/ações adquiridas implica uma modificação na condição jurídica dos bens e valores aportados, que passam da esfera patrimonial individual do sócio/acionista à titularidade da sociedade, durante todo o período de sua duração⁹⁰.

Conforme sugerido por Dalmartello, além do dever de conferimento, seria inerente à posição de sócio o dever de colaboração. Galgano concorda com a afirmação de

⁸⁸ Voltaremos a esse ponto no capítulo 3, mas desde já se registre a utilização do conceito de “dever social” como termo mais genérico e que compreende a ideia de obrigação social (legal ou consensual).

⁸⁹ “È innegabilmente esatta la teoria tradizionale che riconduce la società, nella vasta categoria del sinallagma: che dà, cioè, alla società la qualifica di contratto sinallagmatico. Ogni socio si obbliga, infatti, al conferimento e alla collaborazione, a condizione che tutti gli altri soci si obblighino reciprocamente alle medesime prestazioni. Solo così il contratto di società risponde al suo fine pratico ed economico, che è quello di potenziare le singole forze individuali, colla unione ad altre forze concorrenti verso il medesimo scopo; e solo così si evita che il socio sia un peso, invece di essere, come deve essere, un aiuto. La sinallagmaticità tra le obbligazioni sociali è, quindi, un naturale portato della stessa funzione pratica ed economica del contratto di società” (DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 98).

⁹⁰ “I conferimenti di beni producono, ne contratto di società, un effetto peculiare: i beni conferiti formano un fondo comune, vincolato a quella specifica destinazione che è l'esercizio, in comune fra i soci, dell'attività economica. “Conferire” beni in società significa, appunto, apportare questa modificazione alla condizione giuridica dei beni: chi li conferisce non potrà più utilizzarli individualmente, secondo le regole proprie de diritto de proprietà; potrà utilizzarli solo collettivamente, secondo le regole di organizzazione proprie dei diversi tipi di società (ciò che si suole esprimere dicendo che il conferimento “trasferisce la proprietà” dei beni dal socio alla società). Al termine della società ciascun socio riavrà il bene conferito (lo riavrà, si intende, se l'esercizio dell'attività economica non si sarà concluso in perdita); ma, per tutta la durata della società, i beni conferiti formano – secondo l'espressione che il codice civile ripete per ogni tipo de società – il “patrimonio sociale” o “patrimonio della società” (GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15ª ed. Bologna: Zanichelli, 2005, p. 4).

Dalmartello, esclarecendo que o dever de colaboração nada mais seria do que o empenho de cada sócio em exercer, conjuntamente, a atividade econômica objeto da sociedade⁹¹.

Embora Dalmartello circunscreva o dever de colaboração apenas às sociedades de pessoas⁹², parece inegável que no âmbito de todo contrato de sociedade, até pela sua natureza de contrato de escopo, exige-se que os consócios *empenhem-se conjuntamente* em busca do fim social. Essa é a conclusão de Auletta, que estende a todos os contratos de comunhão de escopo a existência de um dever geral de colaboração⁹³.

Conforme já apontado por Comparato, o próprio instituto da exclusão “só pode ser equacionado em função desse escopo comum (...). Portanto, tudo é balizado em função desse escopo comum⁹⁴”. Com efeito, é a ideia de escopo comum que demonstra e evidencia o dever de colaboração dos sócios. Assim como a ideia de plurilateralidade é inerente a todo contrato de sociedade, o escopo comum também o é – e o é também o esforço conjunto dos sócios para atingi-lo. De fato, “é esse objetivo comum que os leva e deve levar à cooperação⁹⁵”.

O dever de colaboração está intimamente ligado ao preenchimento do fim social, na medida em que, via de regra, apenas por meio do esforço conjunto dos sócios é que a atividade social poderá ser realizada. Em outras palavras, condição essencial de uma sociedade é a existência de um “elo de colaboração ativa entre os sócios⁹⁶”, que os

⁹¹ Cf. GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15ª ed. Bologna: Zanichelli, 2005, pp. 4-5.

⁹² Cf. DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 130-199.

⁹³ Cf. AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 57, nota 68.

⁹⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 41.

⁹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55. Nesse sentido, “não é a existência ou não de cooperação entre os sócios que diferencia ambos os tipos societários, mas sim a relevância da identidade dos sócios e o tipo de relação (pessoal ou não) que entre eles se estabelece”. Ou seja, o elemento *affectio societatis* pode ou não existir em uma sociedade, enquanto que o elo de colaboração é condição essencial à própria existência da sociedade.

⁹⁶ Expressão de Rubens Requião, ao apontar as três características fundamentais das sociedades empresárias: “a) a constituição de um capital formado pelos sócios; b) a participação de todos os sócios nos lucros e perdas; c) um elo de colaboração ativa entre eles”. (REQUIÃO, Rubens, *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959, p. 37. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>). Acesso em 10jul2014.

impulsionará em direção à consecução do fim comum⁹⁷, sendo certo que “na colaboração está a ideia visceral de toda a sociedade⁹⁸”.

É claro que a extensão do dever dessa colaboração pode alterar-se de acordo com o tipo societário analisado. Nesse sentido, por exemplo, um dever de colaboração substancialmente diferente será exigido de um acionista investidor de companhia aberta pulverizada em contraposição ao dever de colaboração esperado e exigido de um sócio controlador de sociedade anônima fechada.

Para explicar essa variação na extensão do dever de colaboração exigido dos sócios em todo e qualquer contrato de sociedade, é importante a ideia de colaboração ativa e colaboração passiva. Segundo esclarece Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, o dever de colaboração abrange, ao lado de seu conteúdo “ativo”, o dever de abstenção de prática de atos prejudiciais à sociedade⁹⁹ – conteúdo negativo a que os acionistas investidores, por exemplo, estariam adstritos. Ainda a respeito especificamente do dever de colaboração nas sociedades anônimas, Avelãs Nunes explica que “elas, por força da sua estrutura, podem conseguir os seus objectivos sem a participação activa e constante de todos os sócios^{100,101}”.

⁹⁷ Cf. Comparato, ao afirmar que “na sociedade, ao contrário, analogamente ao que ocorre em outros contratos plurilaterais, como a associação ou o consórcio, o elemento fundamental não é o sinalagma, mas o escopo ou o objetivo comum, inexistente nos demais tipos contratuais” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 137).

⁹⁸ “Melhor e mais exato será dizer que os sócios devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade. É indispensável à sociedade a identidade de interesses, a *cooperação econômica*, na frase de Rippert, ou a *vontade da colaboração ativa dos sócios*, na expressão de Thaller, tendo estes sempre em vista o fim comum, a realização de um enriquecimento pelo concurso dos seus capitais e da sua atividade. Muito bem explicava o nosso João Monteiro, que “na colaboração está a ideia visceral de toda a sociedade” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V III. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. pp. 23-24).

⁹⁹ “[A] cooperação que se demanda todos sócios não implica necessariamente participação na gestão do negócio (colaboração ativa), – até porque, se assim fosse, se estaria isentando, de tal obrigação, os sócios investidores. O referido dever de colaboração comporta, na verdade, outro e mais significativo viés: a abstenção de atos prejudiciais aos interesses comuns (colaboração passiva)” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008, p. 4. Disponível em <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>>. Acesso em 27abr2012).

¹⁰⁰ Prossegue o autor: “[e]ste, por isso, o único aspecto da colaboração com que o legislador se prendeu. Quanto aos demais, o legislador desinteressou-se, por ser indiferente para a sociedade: o dever de colaboração dos accionistas, além da obrigação de *apport*, não terá, geralmente, uma carga positiva” (AVELÂS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 90).

É também a esse respeito que Rachel Sztajn, ao lecionar sobre os elementos necessários para a caracterização e identificação dos tipos societários, afirma que a colaboração exigida dos sócios adquire “coloração opaca” quando há a participação de sociedades no capital de outras sociedades¹⁰², sugerindo que, a seu juízo, o dever de colaboração eventualmente exigido de um sócio pessoa jurídica pode ser menos evidente do que o dever de colaboração eventualmente exigido de uma pessoa natural.

É justamente nesse contexto que um estudo da amplitude e extensão do dever de colaboração se mostra imprescindível para concluir-se que *tipo* de inadimplemento do dever de colaboração pode ser considerado *grave* a ponto de justificar, em tese, uma medida de exclusão.

A par, no entanto, da análise dessa extensão do dever de colaboração e da gravidade do descumprimento para fundamentar a exclusão, Leães explica que, de toda forma, o descumprimento do dever de colaboração entre os sócios é, como premissa, fundamento para a exclusão do sócio inadimplente¹⁰³. Em sentido similar, Avelãs Nunes, que identifica no inadimplemento do dever de colaboração o denominador comum dos casos de exclusão de sócio¹⁰⁴.

Nesse contexto, embora haja posição doutrinária em tal sentido¹⁰⁵, não há que se confundir o dever de colaboração com *affectio societatis*, interpretada muitas vezes

¹⁰¹ Em sentido similar, Renato Ventura Ribeiro: “Nas sociedades anônimas, é discutível a existência de dever de colaboração de acionista. Como sociedade de capitais, a única colaboração exigida do acionista é o aporte de capital. Entretanto, ao lado da colaboração ativa, pode-se incluir a abstenção de atos danosos à sociedade, como voto injustificado prejudicial ao desenvolvimento da atividade social, ou a não aprovação imotivada de balanço social, impedindo distribuição de dividendos” (VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 228-229).

¹⁰² “A colaboração pessoal dos sócios é elemento que fica prejudicado, adquirindo coloração opaca com a participação de sociedades no capital de outras sociedades independente do tipo” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20).

¹⁰³ “O conceito de causa justificada está ligado ao direito do sócio de permanecer na sociedade, contraposto ao dever de colaboração a que está jungido. (...) A colaboração entre os sócios é uma obrigação fundamental do contrato de sociedade, de sorte que, uma vez descumprida, habilita a sociedade a excluir o sócio inadimplente, por prevalência do interesse social sobre o individual do sócio” (LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro**. V. 100, outubro-novembro/1995, pp. 85-97, p. 90-91).

¹⁰⁴ “[S]ó poderão ser justamente excluídos da sociedade aqueles sócios que não satisfazem a essa necessidade de colaborar na empresa comum, que violam esse dever de colaboração que a todos incumbe por força do próprio contrato. Por outras palavras: todos os casos de exclusão traduzem outros tantos casos de não-cumprimento do fundamental dever de colaboração” (AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 81).

¹⁰⁵ Cf. REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959, pp. 37-38. Disponível em:

como o *sentimento de colaboração mútua* entre os sócios e, portanto, supostamente coincidente com o dever de colaboração.

E isso por duas razões principais: a *affectio societatis* refere-se a *sentimento* – e, portanto, pertence ao terreno da subjetividade. Com efeito, a *affectio societatis* “é mais um sentimento do que um conceito jurídico”¹⁰⁶; trata de “volúvel estado de ânimo e [às] impressões pessoais de cada sócio”¹⁰⁷, que em nada se confundem com a ideia de *dever*. Conforme sintetizaram Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo von Adamek,

“a exclusão não é sanção pelo rompimento da *affectio societatis* mas, sim, do descumprimento dos deveres de lealdade e colaboração (ou, no caso do remisso, do dever de contribuição). Por isso, a menção à *affectio societatis*, no caso, é algo supérfluo, que nada de útil acrescenta à solução do problema, antes pelo contrário o envolve numa mítica bruma exegética que, justamente por ser perfeitamente dispensável, deveria ter sido posta de lado, até para dar destaque à conexão, esta sim verdadeira, entre exclusão e descumprimento de deveres sociais relevantes, como o de colaboração (para a consecução do fim comum)”¹⁰⁸.

Nesse contexto, Dalmartello chega ao limite de defender que a própria ideia de *affectio societatis* poderia ser questionada de forma geral – e não apenas como fundamento para a exclusão de sócio. Segundo o autor, a ideia romântica de um sentimento afetivo

<[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>. Acesso em 10jul2014. No mesmo sentido, Laurent Godon, para que a *affectio societatis* “traduisant l’intention de s’associer et que la Cour de cassation définit en une collaboration effective “dans un intérêt commun et sur un pied d’égalité” (Com. 6 juin 1986: RS. 1986, 585, note Guyon) (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 88). Por fim, cite-se ainda José Marcelo Martins Proença, para quem “a *affectio societatis* é formada por dois elementos: a fidelidade e a confiança. A fidelidade está ligada ao respeito à palavra dada, à vontade expressada por ocasião da constituição da sociedade. A confiança diz respeito à ligação entre os sócios, que devem colaborar para a realização de um interesse comum” (PROENÇA, José Marcelo Martins. *A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual*. In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 169-184, p. 173).

¹⁰⁶ “L’*affectio societatis*, qu’il s’agisse de son sens, de son rôle ou de ses caractères, s’enveloppe d’incertitudes. Ces incertitudes sont peut-être la marque de la forte imprégnation psychologique de cette notion, l’*affectio societatis* étant plus un sentiment qu’un concept juridique” (VIANDIER, Alain. *La notion d’associé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, p. 75).

¹⁰⁷ ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, p. 129.

¹⁰⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Viera von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 109-130, p. 126, nota 57.

entre os sócios seria incompatível com as sociedades que, por sua própria natureza, preponderariam os aspectos econômicos sobre aspectos pessoais¹⁰⁹.

Em segundo lugar, o elemento *affectio societatis*, ao contrário do dever de colaboração, sequer é componente inerente a todo e qualquer contrato de sociedade, de sorte que seria tecnicamente impróprio atribuir a um elemento de existência variável (além de eminentemente subjetivo, como mencionado) a função de fundamentar um instituto jurídico em toda e qualquer circunstância. De fato, como demonstrar que é o “inadimplemento” relativo à afeição pessoal entre os sócios (ou no jargão jurisprudencial, “a quebra de *affectio societatis*”) o fundamento da exclusão de sócio, se o mencionado fundamento sequer serve de premissa absoluta, discutível que é sua importância, e mesmo existência, nos diversos tipos societários?

Ao contrário do que assevera Orlando Gomes¹¹⁰, Rubens Requião¹¹¹ e Tânia Pântano¹¹², não nos parece que a *affectio societatis* seja elemento essencial a todos os contratos de sociedade. Os contratos de sociedade podem ter características diversas, que variam de acordo, por exemplo, com a relevância destinada à figura de cada sócio. No entanto, a par de tais características variáveis, o elemento de fato imprescindível a todo

¹⁰⁹ “Ma quelle idee devono ritenersi ormai tramontate e superate. La società, e particolarmente la società commerciale, è entrata oggimai nel novero degli affari meramente speculativi e patrimoniali, e l’aspetto religioso e morale del vincolo si è totalmente perduto” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 48).

¹¹⁰ Elementos básico do contrato de sociedade seriam, para o autor: “a) fim comum, a ser alcançado pela cooperação dos sócios; b) contribuição dos sócios em esforços ou recursos; c) *affectio societatis*”; aduzindo ainda que “a *affectio societatis* é o elemento psicológico considerado decisivo para a caracterização do contrato, elemento que possibilita distingui-lo de figuras afins, como parceria, a edição, certos contratos de trabalho e, de modo geral, os negócios parciais, nos quais, conforme noção pacífica, promete alguém determinadas prestações em troca de participação no que outrem venha a obter. Não é fácil fixar em fórmula precisa e clara o elemento subjetivo do contrato de sociedade. Não basta defini-lo com o propósito de cooperar. É mais alguma coisa, o sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade, reverterá em proveito de todos” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 394).

¹¹¹ “Podemos, portanto, fixar na **confiança mútua**, ou na **mútua estima**, como diz Thaller, o elo fundamental que se encontra nas raízes históricas e naturais das sociedades mercantis, que nelas se aferra como elemento imprescindível e intrínseco. Esse elemento, convém repetir, é natural e essencial. Sem ele a sociedade não pode constituir-se. Ulpiano batizara esse elo afetivo pela expressão universalmente consagrada que com perfeição o traduz – “**affectio societatis**” (REQUIÃO, Rubens, *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959, pp. 37-38, grifos no original). Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>. Acesso em 10jul2014.

¹¹² “A *affectio societatis*, como um dos elementos essenciais e distintivos dos contratos societário, deve, portanto, estar sempre presente neste tipo de contrato” (PÂNTANO, Tânia. *Dissolução Parcial de Sociedades por Ações*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21jun2005, p. 27).

contrato de sociedade é o elemento objetivo do escopo comum, e não eventual sentimento de afeição interpessoal.

Ao lado do dever de colaboração, há que se mencionar o dever de lealdade dos sócios. Da mesma forma como ocorre com o dever de colaboração, a extensão do dever de lealdade irá variar a depender do tipo societário tratado¹¹³, mas estará sempre presente nos contratos de sociedade como uma “cláusula-geral, que oferece um indicador de caminho para o comportamento correto na vida associativa, mas que recolhe, nas diversas relações jurídicas, distintos conteúdos¹¹⁴”. Trata-se, portanto, de dever inerente ao *status socii*, sendo indiferente que a posição de sócio tenha sido adquirida na constituição da sociedade, por ingresso posterior ou transferência de participação¹¹⁵.

Nesse sentido, é partindo de elementos de fato essenciais a todo e qualquer contrato de sociedade que se pode traçar um fundamento uniforme de exclusão de sócio, que seja aplicável, em tese e invariavelmente, a todo e qualquer tipo societário, como por exemplo, às sociedades limitadas e companhias, fechadas e abertas. Sendo inerentes e essenciais a todo contrato de sociedade, parece lógica a conclusão de que a ausência ou quebra desses deveres compromete o atingimento do fim social. Evidentemente, no

¹¹³ “E, enquanto o dever de colaboração reclama do acionista o cumprimento das obrigações sociais, inclusive aquelas impostas de modo acessório, o dever de lealdade exige do acionista condutas basicamente negativas: a renúncia à práticas nocivas e perturbadoras à sociedade (v.g. sobrepor ao interesse social, o interesse individual do acionista)” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008, p. 4. Disponível em <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>>. Acesso em 27abr2012). Em sentido similar, Marcelo Vieira von Adamek: “Dito dever de lealdade tem, de regra, sentido negativo: aparece como um dever geral de abstenção de condutas que possam lesar as legítimas expectativas tuteláveis dos demais sócios, expectativas essas que se estruturam a partir do fim social. No entanto, como já destacado, em situações excepcionais, o próprio dever de lealdade pode impor conteúdos positivos (ações). Por esta linha, o acionista que promove a oposição abusiva está, *ipso facto*, descumprindo obrigação a seu cargo e, diante disso, a exclusão, que tem o seu fundamento principiológico no instituto da resolução do vínculo por descumprimento de obrigação, teria cabimento” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, pp. 312-313 – sem grifos no original).

¹¹⁴ WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas*. ADAMEK, Otto Carlos Vieira Ritter von (trad.). In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 143-168, p. 153. Prossegue a tradução: “(...) a jurisprudência e a doutrina desenvolveram o princípio geral no direito alemão através dos deveres de sócio, que diante da distância entre os sócios de sociedades em nome coletivo e os acionistas de companhias abertas, hão de obter pesos diferentes. (...). O conteúdo e a extensão dos deveres de lealdade regem-se de acordo com a respectiva projeção do agrupamento de interesses, devendo, portanto, ser determinados no caso concreto” (Op. Cit., p. 153).

¹¹⁵ Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas*. ADAMEK, Otto Carlos Vieira Ritter von (trad.). In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 143-168, p. 153.

entanto, a depender do tipo societário, os deveres de colaboração e lealdade serão mais ou menos relevantes – grau de importância variável que irá indicar a *gravidade* da conduta/omissão do sócio que poderá de fato comprometer a consecução do fim social e, portanto, ser capaz de justificar sua exclusão. Em outras palavras, o tipo societário irá indicar qual o grau de infração ao dever de colaboração ou ao dever de lealdade requerido para justificar, nesse determinado tipo societário, a exclusão do sócio; sendo, em última instância, sempre a infração a esses deveres a causa de impossibilidade do fim social¹¹⁶⁻¹¹⁷.

Conclusões parciais:

- (i) O inadimplemento de um sócio relacionado ao dever de colaboração ou ao dever de lealdade não se confunde com quebra de *affectio societatis*.
- (ii) O dever de colaboração e o dever de lealdade dos sócios podem ser mais ou menos evidentes nas diferentes espécies de sociedade, mas existem tanto nas sociedades limitadas quanto nas companhias, fechadas ou abertas, o que não acontece com o elemento denominado pela doutrina e jurisprudência como *affectio societatis*.
- (iii) Considerando que esses deveres estão presentes em todos os tipos societários, o respectivo inadimplemento em determinado nível de gravidade e de acordo com a espécie de sociedade, fundamentaria a exclusão do sócio faltoso, ainda que seja ele o acionista controlador.

¹¹⁶ Em sentido semelhante, Marcelo Vieira von Adamek, ao propor a análise da exclusão de acionista “sob a ótica do descumprimento do dever de lealdade” (Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, pp. 312-313).

¹¹⁷ No sentido de que a quebra da *affectio societatis* seria consequência do descumprimento social: “Na realidade, a quebra de *affectio societatis* jamais pode ser considerada causa de exclusão. Pelo contrário, a quebra de *affectio societatis* é, quando muito, consequência de determinado evento, e tal evento, sim, desde que configure quebra grave dos deveres sociais imputável ao excluendo poderá, como última *ratio*, fundamentar o pedido de exclusão de sócio. Em todo caso, será indispensável demonstrar o motivo desta quebra da *affectio societatis*, e não apenas alegar a consequência sem demonstrar a sua origem e o inadimplemento de dever de sócio que aí possa estar. A quebra da *affectio societatis*, insista-se, não é causa de exclusão de sócio; o que pode eventualmente justificar a exclusão de sócios é a violação dos deveres de lealdade e de colaboração, deveres esses que, a depender do tipo societário e da sua exata conformação pelo metro do fim social, podem ser mais ou menos alargados. É preciso, pois, evitar o desvio de perspectiva (desvio esse que, muitas vezes, resulta do equívoco de dar ênfase à consequência e não à sua origem)” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 109-130, pp. 125-126 – sem grifos no original).

- (iv) O fundamento jurídico da exclusão social seria, portanto, o inadimplemento de dever social que compromete o fim social.

2.1.3. HIPÓTESES LEGAIS

Verificado o fundamento jurídico da exclusão facultativa de sócio, a análise passa para uma etapa de estudo um pouco mais específica: verificaremos quais as hipóteses legais de exclusão facultativa de sócio no Brasil, dispostas no CC/02 e na LSA, bem como em que medida evidenciam o fundamento jurídico comum do instituto, ou seja, de que forma tais hipóteses implicam, efetivamente, em inadimplemento de dever social por parte do sócio excluendo.

Para tanto, será traçado um brevíssimo histórico do instituto no Brasil, a partir do que as hipóteses legais serão descritas. Não é a pretensão do estudo aprofundar o tema em sua evolução legislativa. O breve histórico que se desenvolverá a seguir busca cumprir apenas o papel de situar as disposições legais do CC/02 no contexto jurisprudencial e doutrinário da época, de forma a demonstrar que a exclusão de sócio por “justa causa”/“falta grave” foi construída pela jurisprudência e doutrina como hipótese de exclusão, antes ainda de ser inserida no texto legal.

O direito comercial nacional foi pela primeira vez sistematizado pelo Código Comercial de 1850¹¹⁸, e, em seu corpo de normas, já se dispunha a respeito da exclusão de sócio. No tratamento legal dispensado pelo Código à exclusão de sócio, constava hipótese de sócio remisso¹¹⁹ e a hipótese de exclusão do sócio “de indústria”¹²⁰ que se empregasse em operação estranha à sociedade¹²¹.

¹¹⁸ A partir do momento em que o Brasil passou a dispor de independência política com relação a Portugal, passou a ser-lhe permitido promulgar sua própria legislação, tornando desnecessário, a partir daí, o compartilhamento de normas com Portugal como ocorria até então.

¹¹⁹ Art. 289 – Os sócios devem entrar para o fundo social com as quotas e contingentes a que se obrigarem, nos prazos e pela forma que se estipular no contrato. O que deixar de o fazer responderá à sociedade ou companhia pelo dano emergente da mora, se o contingente não consistir em dinheiro; consistindo em dinheiro pagará por indenização o juro legal somente (artigo nº 249). Num e noutro caso, porém, poderão os outros sócios preferir, à indenização pela mora, a rescisão da sociedade a respeito do sócio remisso.

¹²⁰ As sociedades mercantis de capital e indústria eram previstas entre os artigos 317 e 324 do Código Comercial, e foram extintas pelo CC/02. Em tais sociedades, os sócios capitalistas aportavam meios (recursos materiais ou monetários) e os sócios de indústria contribuíam com seu trabalho.

¹²¹ Art. 317, segunda parte – O sócio de indústria não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em operação alguma comercial estranha à sociedade; sob pena de ser privado dos lucros daquela, e excluído desta.

De evidente importância o reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico, já em sua constituição inicial, da possibilidade de resolução do vínculo social apenas com relação a um sócio, preservando-se a sociedade e os demais liames contratuais havidos entre sociedade e demais sócios a despeito disso. Foi esse reconhecimento expresso que permitiu uma exegese sistemática da lei, por parte da doutrina nacional, no sentido de autorizar outras hipóteses de exclusão de sócio em nosso ordenamento, para além das hipóteses legais.

Para tanto, foram de fundamental importância alguns outros dispositivos legais, tais como as normas referentes à autonomia privada das partes contratantes, que permitiam a livre associação das partes – desde que tal contratação não fosse ofensiva à sã moral e bons costumes, nos termos do artigo 129, parágrafo 2º¹²², nem contrária às leis particulares do comércio, conforme previsão do artigo 291¹²³, ambos do Código Comercial. Ainda nesse sentido, de enorme relevância o artigo 339 do Código que, disposto na seção de dissolução de sociedade, previa hipótese de um sócio despedir-se ou ser despedido com causa justificada antes de dissolvida a sociedade¹²⁴.

Diante desse quadro normativo, a doutrina nacional passou a admitir a possibilidade *convencional* de exclusão de sócio: a inserção, no contrato de sociedade, de cláusulas que previssessem hipóteses de exclusão dos sócios contratantes para além das hipóteses legais referentes ao sócio remisso e ao sócio de indústria. Para tanto, o artigo 339 do Código Comercial, ao referir-se à “causa justificada”, passou a ser interpretado como causas alheias às previstas legalmente¹²⁵.

¹²² Art. 129 - São nulos todos os contratos comerciais:

Par. 2º - que recaírem sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes.

¹²³ Art. 291 - As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial.

¹²⁴ Art. 339 - O sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida. No caso de haver lucros a esse tempo existentes, a sociedade tem direito de reter os fundos e interesses do sócio que se despedir, ou for despedido com causa justificada, até se liquidarem todas as negociações pendentes que houverem sido intentadas antes da despedida.

¹²⁵ “Esse art. 339 deu lugar a uma indagação nuclear. Ao se referir aos casos de sócio “despedido com causa justificada”, perguntava-se: a lei se reportava exclusivamente às hipóteses expressamente previstas nos arts. 289 e 317, acima mencionados? Ou autorizava se estendesse o preceito a situações não compreendidas nesses dois permissivos? (LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro**. V. 100, outubro-dezembro/1995, pp. 85-97, p. 86).

O reconhecimento da exclusão convencional por justa causa deveu-se, portanto, à interpretação sistemática das normas do Código Comercial¹²⁶.

É interessante o posicionamento de Daniel de Ávila Vio¹²⁷ e de Tânia Pântano¹²⁸ a respeito do tema. Segundo o raciocínio desenvolvido em ambas as dissertações a interpretação sistemática da doutrina no sentido de permitir a exclusão de sócio para além das hipóteses legais decorreu da necessidade de contornar os resultados desastrosos de uma interpretação literal dos artigos 335 e 336 do Código Comercial – e em especial o inciso V do artigo 335¹²⁹. Esse dispositivo legal permitia expressamente que a existência da sociedade constituída por prazo indeterminado fosse questionada por um ato de vontade de qualquer dos sócios a qualquer tempo; o que, além de instabilidade e insegurança, acabaria por minar o princípio de preservação social, que parecia estar contido nos artigos 289 e 317 do Código Comercial.

A par das razões da doutrina a esse respeito, a isso seguiu-se uma interpretação ainda mais extensiva. Ao lado das hipóteses legais e daquelas estipuladas validamente no contrato de sociedade (hipóteses convencionais), a doutrina passou a admitir a ideia de

¹²⁶ Cf. RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 126-127; ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 21mai2008, pp. 40-41; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 712.

¹²⁷ “os doutrinadores do século XIX e do início do século XX foram obrigados a procurar dentro do próprio Código Comercial de 1850 formas de contornar a inadequada e danosa solução resultante de uma interpretação literal dos artigos 335 e 336, qual seja: o término da sociedade por questões pessoais de seus sócios” (VIO, Daniel d’Ávila. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, p. 38).

¹²⁸ “Com a evolução e aumento da complexidade da economia, as empresas passaram a exercer papel fundamental na condução da política econômica, sendo necessário que, com base na legislação então em vigor, a doutrina e a jurisprudência buscassem soluções amenizadoras da aplicação liberal das normas contidas nesses dispositivos, e dentre eles, especialmente da regra do artigo 335, item 5, de forma a preservar o interesse público geral, de proteger o ente produtivo” (PÂNTANO, Tânia. *Dissolução Parcial de Sociedades por Ações*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21jun2005, p. 37).

¹²⁹ “Opera-se a dissolução também, e então sem agravo, nem apelo, como antigamente se dizia, por efeito da manifestação unilateral da vontade de qualquer dos sócios, de conformidade com o dispositivo do art. 335, V, de precisão indiscutível. Reputa ele dissolvida a sociedade “por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado”. Quem pois contrata sociedade sem determinar o prazo de sua vigência, sabe bem o que ajusta: o direito, que assiste a qualquer dos seus consócios, de lhe pôr termo em qualquer momento. Como a ninguém é dado alegar ignorância da lei, seja previdente o contratante de sociedade: exija a determinação de seu prazo, pois se trata de prescrição de ordem pública, verdadeiramente obrigatória para as partes e para os juízes” (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – o Estatuto da sociedade por Ações*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 251).

uma condição resolutiva tácita do vínculo social, de tal forma a tornar prescindível uma cláusula expressa no contrato de sociedade¹³⁰.

Nesse sentido, o artigo 339 do Código Civil foi exegeticamente ampliado ainda mais, a fim de permitir a exclusão de sócio mesmo na ausência de previsão contratual. Para que assim pudesse se posicionar, a doutrina baseou-se na ideia já então desenvolvida pela jurisprudência relativa à dissolução parcial de sociedade¹³¹⁻¹³². Fazemos referência aqui à construção jurisprudencial de “dissolução parcial” *strictu sensu*, que não se confunde com o gênero de “dissolução parcial” de que a própria exclusão de sócio é espécie¹³³.

Relativamente à *espécie* de “dissolução parcial”, construída pela interpretação dos Tribunais, o que se deu foi o reconhecimento de que (i) “se ao sócio se facultava a dissolução total, nada justificava que ficasse ele indefinidamente preso aos quadros

¹³⁰ “Na hipótese de não ter havido estipulação, nem por isso a exclusão fica rigorosamente restrita às causas especificadas no Código Comercial, bastando que o sócio haja ocasionado prejuízos à sociedade” (GOMES, Orlando. *Exclusão de sócio e arquivamento da alteração contratual*. In **Novas Questões de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 244). No mesmo sentido, Pontes de Miranda, para quem “[a] cláusula de despedida por justa causa não precisa que se inclua (no contrato), porque o princípio é legal” (*In Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 372).

¹³¹ “[S]e a doutrina e a jurisprudência, em falta de texto legal explícito, foram levadas a incluir, entre as razões de dissolução social, a desarmonia e a séria divergência entre os sócios, parece-nos lógico e equitativo que o mesmo se dê em relação à exclusão de sócio” (TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TOZZINI, Syllas (atualiz.); BERGER, Renato (atualiz.). *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 286). No mesmo sentido, Rubens Requião, para quem a ideia da exclusão de sócio deriva como uma alternativa à dissolução da sociedade, tal qual a dissolução parcial *stricto sensu*: “[c]onceberam-se, conseqüentemente, meios que permitissem a desvinculação do sócio, sem a dissolução da sociedade, através da renúncia e da exclusão” (REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, defendida em 1959, p. 265. Disponível em <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>). Acesso em 10jul2014.

¹³² “Pressionado pelas mudanças sociais e econômicas, o vetusto instituto da exclusão sofreu profundas transformações na sua marcha evolutiva, mudanças que, aperfeiçoando-o, acabaram por desfigurar o modelo original. Com efeito, ultrapassada a doutrina individualista, que cedeu lugar as concepções socialistas do direito, o instituto da exclusão passou a sofrer sensíveis restrições na extensão e na rigidez que a legislação obsoleta lhe deu. A jurisprudência, considerando a importância que as sociedades representam na formação de riqueza nacional, orientou-se no sentido de preservá-las, impedindo seu desenlace quando um dos sócios deixa de cumprir os deveres que a colaboração impõe. Também a doutrina, sepultando velhos conceitos, passou a opor-se à sistemática rigidez da serôdica legislação, admitindo que, para poupar-se a sociedade de um sacrifício desastroso e inconveniente à economia nacional, fosse a dissolução parcial a providência preferida para a conjuração das crises que emperram o desenvolvimento das sociedades mercantis.

A dissolução parcial daí por diante passou a ser, nas decisões judiciais e na orientação doutrinária, de uso corrente, como solução para impedir a extinção das sociedades” (STF, Recurso Extraordinário nº 115.222, 2ª Turma, Min. Rel. Djaci Falcão, j. em 13.12.1988).

¹³³ Cf. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58.

sociais¹³⁴”; e, (ii) a despeito de ausente uma expressa previsão contratual, seria possível extinguir um vínculo social de maneira a preservar a empresa¹³⁵.

Utilizando-se dessa mesma racionalidade, a doutrina passou a admitir a exclusão de sócio a despeito de qualquer previsão contratual, desde que (i) houvesse “justa causa”; (ii) a conduta danosa à sociedade pudesse ser imputada ao sócio que se buscava excluir; e, (iii) que não houvesse outro meio menos radical de solucionar a questão¹³⁶.

Embora a dialética entre doutrina e jurisprudência tenha ampliado sobremaneira o alcance da dissolução parcial *lato sensu* (incluindo-se aí a dissolução parcial *strictu sensu* e a própria exclusão de sócio), de sorte a efetivamente descolá-la e distanciá-la de uma interpretação estritamente literal da lei, parece-nos que foi medida necessária a fim de garantir maior eficiência da sociedade. Uma interpretação mais restritiva das hipóteses de exclusão social, até o advento do CC/02 significaria limitar a possibilidade de exclusão às situações de sócio remisso e sócio de indústria que se empregasse em operação estranha à sociedade (artigos 289 e 317 do Código Comercial); permitindo-se com enorme condescendência, na outra ponta, a dissolução total da sociedade (artigo 305, V do Código Comercial).

O resultado disso seria a possibilidade de uso abusivo, por um sócio, da prerrogativa prevista no artigo 305 do Código Comercial, em prejuízo dos demais consócios e da própria sociedade, reféns da discricionariedade desse determinado sócio em colocar imotivadamente em cheque uma sociedade produtiva. Por outro lado, obrigando-se a sociedade e demais sócios a manterem no quadro social um sujeito que põe em risco a

¹³⁴ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008, p. 5. Disponível em <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>>. Acesso em 27abr2012.

¹³⁵ “Em outras palavras, evitar eventual dissolução de sociedade, indesejável que é por destruir um centro de interesses econômicos que ultrapassa os interesses dos próprios sócios/acionistas, em torno do que, aliás, dependem outros centros de interesses: clientes, funcionários, fornecedores, etc.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 144).

¹³⁶ “Por outro lado, não padece dúvida de que é possível a exclusão de sócio independentemente de cláusula contratual, por deliberação majoritária dos quotistas, desde que haja justa causa para o ato. É de se ponderar, no entanto, que a exclusão, como medida grave fundada em justa causa, pode ficar sujeita ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica, resguardando-se, inclusive o direito de defesa do excluído (RTJ – 128/902)” (STF, Recurso Extraordinário nº 115-222, 2ª Turma, Min. Rel. Djaci Falcão, j. em 13.12.1988). No mesmo sentido, ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, p. 45.

atividade empresarial, colocar-se-ia igualmente em perigo a eficiência produtiva da sociedade – além de sua própria sobrevivência a longo prazo.

Na tentativa de evitar ou contornar esse tipo de situação, que pode corresponder àquilo que se convencionou chamar de *abuso de minoria*¹³⁷, é que a exclusão de sócio ganha relevância como solução¹³⁸; e, na ocorrência de abuso ou arbitrariedade na exclusão, a “correção judicial”, inclusive com o restabelecimento do *status quo ante* e o pagamento de perdas e danos¹³⁹. Nesse contexto, a ausência de previsão contratual de hipóteses de exclusão deixa de corresponder exclusivamente à ideia de “justa causa” comprovada e inerente a uma “cláusula tácita de resolução contratual por inadimplemento¹⁴⁰” e passa a ser interpretada de maneira mais ampla e geral, até o limite de se permitir a exclusão por mera desarmonia entre os sócios.

Embora a jurisprudência não fosse uníssona¹⁴¹, os Tribunais chegaram a se posicionar no sentido de permitir a exclusão de sócio sob o único fundamento de quebra de

¹³⁷ Pela definição de Marcelo Vieira von Adamek, “abuso de minoria é abuso que pode se verificar no exercício pelo sócio de cada uma e todas as posições jurídicas subjetivas ativas inerentes à sua situação jurídica, à sua posição contratual na complexa relação jurídica societária”. Segundo explica Adamek, o abuso de minoria pode se verificar no exercício descriterioso de direitos (subjetivos) e dos poderes inerentes às participações societárias dos minoritários (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 52).

¹³⁸ “a sociedade, hodiernamente, como instrumental jurídico destinado a viabilizar a empresa no mundo do direito, arma-se do poder de autotutelar seus próprios interesses, mesmo que, para isso, tenha de se opor a seus próprios sócios. E nesse mister há de agir com presteza, para coactar o comportamento de um sócio faltoso, que está pondo em risco imediato a sobrevivência da empresa e, mediatamente, atingindo os interesses dos consórcios” (LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 736).

¹³⁹ “suprimir a possibilidade de expulsão do sócio sem previsão legal ou contratual equivale a reduzir, a duas apenas, as soluções para problemas prejudiciais à sociedade causados por sócio: ou a retirada do sócio ou a dissolução total. Eventual arbitrariedade na exclusão de sócio pode ser corrigida judicialmente em momento posterior, inclusive com perdas e danos. Mas, permitir a permanência do sócio prejudicial na sociedade, por falta de previsão legal ou contratual, gera consequências graves e irreversíveis, como o fim da empresa” (VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 128).

¹⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 143.

¹⁴¹ Existem julgados que, a despeito de reconhecerem a “quebra da *affectio societatis*”, apenas admitiram a exclusão de sócio se a mencionada desarmonia implicasse no comprometimento da atividade empresarial e no próprio prosseguimento da sociedade. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag nº 90995 / RS, 3ª Turma, Min. Rel. Cláudio Santos, j. em 5.3.1996.

*affectio societatis*¹⁴², quando a sociedade em questão fosse sociedade limitada ou companhia fechada e familiar.

É de se notar que, no tocante à exclusão de sócio, se o conceito de “justa causa” como fundamento da exclusão já poderia sujeitar-se ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica¹⁴³, com igual razão isso pôde acontecer com relação ao conceito de “*affectio societatis*” – que, por ocasião dos julgamentos da matéria pelo Judiciário, passou a ser interpretado pela jurisprudência como “elemento específico do contrato de sociedade comercial, caracterizado como uma vontade de união e aceitação das *aleas* comuns do negócio¹⁴⁴”.

Verificaremos ao longo do trabalho de que forma a *affectio societatis* pode ou não ser fundamento exclusivo válido e eficaz de uma exclusão de acionista. O que importa destacar é que o argumento tratou de ampliar ainda mais o escopo de abrangência da exclusão de sócio, que já havia sido expandido significativamente pela doutrina desde a promulgação do Código Comercial de 1850.

¹⁴² “Basta a desinteligência entre os sócios para gerar a exclusão de um deles, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial. Nesse rumo a orientação da jurisprudência, consoante decisões proferidas pelo tribunal de Justiça da Bahia (Revista dos Tribunais 619/194) e pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Revista dos Tribunais 510/131). Assim também a diretriz traçada pela doutrina. Fran Martins reporta-se, a respeito, a ensinamentos de Soares de Faria, para quem “o caso de desarmonia profunda entre os sócios justifica cabalmente a radiação do sócio que a provoca e mantém”. (...). De idêntico teor é a conclusão a que se chegou o Dr. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Pretor do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “É perfeitamente lícita a exclusão de sócio de sociedade por cotas, não apenas no caso previsto no art. 7º do Dec. 3708 – exclusão de sócio remisso – mas sempre que haja causa que justifique tal deliberação pela maioria, independentemente de cláusula legal ou contratual ou, ainda, de prévia decisão judicial, já que são aplicáveis às sociedades por cotas os dispositivos legais do Código Comercial que autorizam a exclusão (*In Revista dos Tribunais*, 658, p. 67). Também irrelevante neste aspecto a asserção produzida pelo recorrente no sentido de que a ré, ora recorrida, não se desincumbiu do ônus de evidenciar a justa causa para a despedida. Era suficiente, como referido, a desavença entre os sócios, constatada não só pelo julgado de 1º grau, como por igual do de 2ª instância, descabendo aqui rediscussão sobre matéria probatória (súmula 7 do STJ supramencionada)” (STJ, Recurso Especial nº 7.183, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 13.8.1991 – Extrato do Voto do Relator, fls. 02/03 – sem grifos no original). No mesmo sentido: STJ, Recurso Especial nº 33.475-9, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 15.8.1995; STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 8.110, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 23.9.1997.

¹⁴³ Cf. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37. No mesmo sentido, a própria jurisprudência: STJ, Recurso Especial nº 50.543, 3ª Turma, Min. Rel. Nilton Naves, j. em 21.5.1996; STF, Recurso Extraordinário nº 115.222, 2ª Turma, Min. Rel. Djaci Falcão, j. em 13.12.1988, em que restou consignado que “não padece dúvida de que é possível a exclusão de sócio independentemente de cláusula contratual, por deliberação majoritária dos quotistas, desde que haja justa causa para o ato. É de se ponderar, no entanto, que a exclusão, como medida grave fundada em justa causa, pode ficar sujeita ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica, resguardando-se, inclusive o direito de defesa do excluído (RTJ – 128/902)”.

¹⁴⁴ STJ, AgRg no Ag nº 90995 / RS, 3ª Turma, Min. Rel. Cláudio Santos, j. em 5.3.1996.

Se por um lado uma interpretação enrijecida da lei, de maneira a limitar as hipóteses de exclusão de sócio o quanto possível, poderia minar o princípio da preservação da empresa e a própria eficiência empresarial enquanto a sociedade subsistisse, a ideia extrema oposta, que parece ter sido seguida pela doutrina e jurisprudência ao longo dos anos para adequar uma legislação do século XIX até as demandas dos anos 2000, revelou-se tão prejudicial quanto a alternativa anterior. Se a limitação de hipóteses de exclusão poderia incentivar comportamentos abusivos por parte dos minoritários, a possibilidade de exclusão de sócio calcada no vago argumento de “desarmonia” poderia ser incentivo atraente para o *abuso da maioria*.

Nesse contexto é de se notar que as normas relativas ao Registro do Comércio promulgadas durante o século XX acabaram por trazer às sociedades a elas submetidas a possibilidade de exclusão de sócio e consequente modificação do contrato social por deliberação majoritária, mesmo sem expressa cláusula contratual e o arquivamento de alterações contratuais mesmo ausente a assinatura de todos os sócios¹⁴⁵⁻¹⁴⁶, sendo necessário, tão-somente, a indicação da causa da exclusão e a destinação da quota do sócio excluído¹⁴⁷. Esse procedimento de registro acabou por permitir a ocorrência de abuso de maioria: nesse cenário, seria perfeitamente possível que algum minoritário, de um dia para outro, fosse excluído da sociedade por meio de alteração do contrato social sem maiores explicações, sob apenas a justificativa evasiva de “*quebra de affectio societatis*”.

De toda forma, a despeito das patologias, é de se reconhecer o esforço interpretativo da doutrina e jurisprudência, valioso e necessário para conduzir o instituto da exclusão de sócio pelo passar do tempo. E é inegável que tal esforço foi essencial, senão a própria razão, para que em nosso ordenamento jurídico fosse admitida a hipótese de exclusão de sócio por justa causa, o que foi fundamental para a evolução legislativa que se seguiu.

¹⁴⁵ A sequência normativa a esse respeito é Lei 4.726/1965; Lei 6.939/81; Instrução Normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio 07/86; Instrução Normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio 29/91; Decreto 1.800/96; Decreto 3.395/2000. Para descrição detalhada, ver FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 35-36; ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21 mai 2008, pp. 46-47.

¹⁴⁶ Pela aplicação das normas pela jurisprudência: STJ nº 33.670, 3ª Turma, Min. Rel. Waldemar Zveiter, j. em 1.6.1993; STJ, Recurso Especial nº 26.950-0, 4ª Turma, Rel. Min. Torreão Braz, j. em 8.11.1993; e, STJ, Recurso Especial nº 66.530, 4ª Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 18.11.1997.

¹⁴⁷ Artigos 13 e 14 da Instrução Normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio 29/91, exigências recepcionadas pelas normas que se seguiram.

2.1.3.1. HIPÓTESES LEGAIS DE EXCLUSÃO FACULTATIVA NO CC/02

Com o advento do CC/02, identificou-se o esforço por parte do legislador para absorver a interpretação doutrinária e jurisprudencial produzida sob a égide do Código Comercial de 1850 e adequar o instituto da exclusão de sócio ao cenário doutrinário e jurisprudencial da época. Nesse contexto, as disposições do CC/02 merecem reconhecimento pela tentativa de consolidação e sistematização do entendimento exegético produzido até então pela doutrina e jurisprudência, em ganho de segurança jurídica¹⁴⁸.

A par das hipóteses de exclusão de pleno direito (situação de falência do sócio e liquidação da quota para satisfação de dívida particular do sócio, previstas nos arts. 1.030 parágrafo único e 1.026), o CC/02 previu hipóteses de exclusão facultativa de sócio: (i) situação de sócio remisso; e, (ii) cometimento de “falta grave”/“atos de inegável gravidade”. Para os fins a que se pretende nesse estudo, analisaremos brevemente a exclusão facultativa de sócio, considerando que as situações dessa natureza serão importantes para o desenvolvimento da hipótese de trabalho dessa tese¹⁴⁹.

No rol de exclusão facultativa, temos os artigos 1.004; 1.030, *caput*; 1.058 e 1.085 do CC/02. Em todas as hipóteses, verifica-se que a exclusão de sócio facultativa passa a ser fruto de um juízo de conveniência dos demais consócios, que devem deliberar a respeito da matéria. Em qualquer dos casos, a exclusão do sócio deve ter por fundamento a comprovação de inadimplemento de um dever social por parte do sócio excluindo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ “Atribuir aos juízes poder para arbitrar relações entre particulares sem regras claras, a possibilidade de interpretações individuais distintas e o lapso temporal necessário para serem uniformizadas, tornará as relações menos seguras do que o desejável” (SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil*. In **Revista de Direito Privado**. V. 22, abril-junho/2005, pp. 250-262, p. 259).

¹⁴⁹ Deixaremos, igualmente, de dar maior importância à hipótese do exercício do direito de recesso, que está disposto no art. 1.029 do CC/02 para as sociedades simples e no art. 1.077 do CC/02 para as sociedades limitadas. Embora a hipótese trate da *retirada* de um sócio da sociedade e seja, tal qual a exclusão, um instituto nitidamente contratualista (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 248), não há como confundi-los, o recesso e a exclusão. E o motivo parece evidente: no recesso, o sócio simplesmente exerce regularmente direito seu – que aliás, é potestativo e inadmite objeção por parte da sociedade ou dos demais sócios, ao passo que, na exclusão, a retirada do sócio é levada a efeito contra sua vontade.

¹⁵⁰ “Em toda hipótese, no atual direito societário brasileiro, a exclusão tem como elemento comum de justificação o não cumprimento ou a impossibilidade de o sócio adimplir os seus deveres essenciais, inviabilizando ou colocando em risco a continuidade da própria atividade social” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Viera von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 109-130, p. 122).

2.1.3.1.1. SÓCIO REMISSO: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INTEGRALIZAÇÃO (CONFERIMENTO)

O artigo 1.004 do CC/02¹⁵¹, disposto na parte do regime legal dispensado às sociedades simples, prevê a exclusão de sócio pela via extrajudicial na hipótese de sócio remisso. Nesse sentido, verificado o inadimplemento do sócio em integralizar as quotas subscritas, a sociedade poderá notificar tal sócio remisso para que, no prazo de 30 dias, liquide a dívida. Na ausência do cumprimento da obrigação nesse prazo, faculta-se à sociedade deliberar, alternativamente, pela (i) exclusão do sócio; (ii) redução de sua quota ao montante já realizado; ou, (iii) propositura de ação de indenização. A referida deliberação deverá ser tomada pela “maioria dos *demais* sócios”, ou seja, excluído do cômputo o próprio sócio remisso¹⁵².

Já no tocante ao regime dispensado especificamente às sociedades limitadas, tem-se o artigo 1.058 do CC/02¹⁵³. O dispositivo prevê a exclusão do sócio remisso ou, alternativamente, a redução do valor de sua quota ao montante já integralizado, por força do art. 1.004, parágrafo único do CC/02, incidente à hipótese por expressa previsão legal¹⁵⁴.

2.1.3.1.2. DESCUMPRIMENTO DE OUTROS DEVERES SOCIAIS: “FALTA GRAVE” OU “JUSTA CAUSA”

O artigo 1.030, *caput* do CC/02¹⁵⁵ dispõe acerca da exclusão judicial mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, que poderá excluir um dos consócios por “falta

¹⁵¹ Art. 1004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1031.

¹⁵² A esse respeito, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca nota que o CC/02 tomou como parâmetro a regra do Código Civil Italiano que, em seu art. 2.287, prevê regra semelhante quanto à aprovação da deliberação (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39).

¹⁵³ Art. 1058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.

¹⁵⁴ “sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único”.

¹⁵⁵ Art. 1030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente”. Em qualquer uma das hipóteses há evidentemente a ideia de inadimplemento de dever social por parte do sócio excluindo, seja por culpa ou dolo (cometimento de “falta grave”) ou fortuitamente (“incapacidade superveniente”).

Embora o dispositivo esteja alocado na parte em que o CC/02 dispõe sobre sociedades simples, pode ser aplicado às sociedades limitadas por força do artigo 1.053, *caput*, do CC/02.

Por fim, o artigo 1.085 do CC/02¹⁵⁶ prevê a exclusão *extrajudicial* de sócio minoritário em sociedade limitada, em havendo cláusula no contrato social que permita a exclusão de sócio por *justa causa*, sendo necessária convocação de assembleia de sócios própria para a deliberação dessa matéria. A deliberação somente será aprovada se mais da metade do capital social votar nesse sentido¹⁵⁷. Nessa hipótese, haverá que se comprovar que os atos de “inegável gravidade” praticados pelo sócio que se pretende excluir estejam pondo em risco a continuidade da empresa. Eis aí a “justa causa” da exclusão.

Verifica-se que o quadro normativo atualmente vigente, ao contrário da norma que o sucedeu, deixa clara e expressa a exigência legal de “falta grave” ou “justa causa”, conforme o caso, como fundamento para a exclusão facultativa de sócio, à exceção da exclusão de sócio remisso (artigos 1.004 e 1.058 do CC/02, cuja “justa causa”, embora não esteja expressa na letra da lei, é inegável: trata-se do inadimplemento do dever de integralização).

¹⁵⁶ Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

¹⁵⁷ “Observe-se que nesta hipótese de expulsão, qual seja, a calcada no comportamento do sócio que esteja “pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade”, o quórum reclamado pela lei é o da maioria dos sócio que participem com mais da metade do capital social, computado, neste caso, a participação do excluído, que para perfazer o número de sócios reclamado para a deliberação, que para o preenchimento do percentual do capital social exigido pelo art. 1.085. É a conclusão a que se chega a partir do cotejo dos arts. 1.004 e 1.085, já que, naquele primeiro dispositivo legal, a lei é expressa ao excetuar, do cômputo da maioria, o sócio que se pretende expulsar da sociedade, ressalva que não se encontra no art. 1.085” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 39-40).

Ao assim se posicionar, a legislação tornou cogente – e independente do exercício de interpretação pelos Tribunais – a necessidade de comprovação do descumprimento de um dever social a justificar a medida de exclusão, rejeitando-se a tese de que basta uma mera desarmonia entre os sócios – ou simples “quebra de *affectio societatis*”: há que se demonstrar a justa causa que impossibilita o preenchimento do fim social¹⁵⁸. O que passa a depender de interpretação dos Tribunais, nesse contexto, é quais fatos configurariam, efetivamente, uma *falta grave/justa causa* a representar inadimplemento hábil a justificar a medida excepcional de exclusão de um consócio.

Nesse contexto, embora a quebra de *affectio societatis* ainda hoje seja aceita como fundamento para a exclusão facultativa de sócio, entendemos ser necessária a ressalva (i) quanto ao tipo societário em que esse elemento pode ser efetivamente encontrado; e, (ii) quanto à necessidade de comprovação, para viabilizar a exclusão do sócio, de que a eventual quebra de afeição pessoal gera o inadimplemento, por parte do sócio em animosidade, de algum de seus deveres de sócio, de forma a acarretar, por sua conduta ou omissão, a impossibilidade de atingimento do fim social. Em outras palavras, a aludida “quebra de *affectio societatis*” apenas seria um caminho por meio do que o inadimplemento do sócio se realiza; sendo certo que é este, o inadimplemento, o fundamento para sua exclusão¹⁵⁹.

¹⁵⁸ “malgrado a expressa previsão contratual, se não houver motivo suficiente a justificar o ato expulsório, este, com certeza, deixará de prevalecer diante da eventual irresignação externada, perante o Poder Judiciário, pelo excluído. Em outras palavras, o que importa é que haja falta grave, motivo idôneo a amparar o ato de afastamento compulsório do sócio. À falta deste, a existência ou não de previsão no contrato social acerca da viabilidade da exclusão por justa causa denota-se de todo irrelevante” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 37-38). No mesmo sentido, a jurisprudência: STJ, Recurso Especial nº 917.531/RS, 4ª Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. em 17.11.2011, de cuja ementa, destaca-se: “a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo”; STJ, Recurso Especial 1.129.222/PR, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. em 28.6.2011, de cuja ementa se extrai: “Para exclusão judicial de sócio, não basta a alegação de quebra da *affectio societatis*, mas a demonstração de justa causa, ou seja, dos motivos que ocasionaram essa quebra”. Vale destacar ainda trecho bastante elucidativo a respeito do tema, extraído de outro julgado: “O legislador do novo Código Civil, ao referir-se, no *caput* do artigo 1.085 a “atos de inegável gravidade” que põem “em risco a continuidade da empresa” revelou que a exclusão extrajudicial de sócio minoritário não pode ter por fundamento a simples perda da *affectio societatis*, a despeito da jurisprudência que, sob a égide do Código anterior, vinha se firmando em sentido exatamente oposto” (TJRJ, Apelação Cível nº 2009.001.15870, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. em 7.7.2009).

¹⁵⁹ Nesse aspecto, concordamos com Marcelo Vieira von Adamek, ao aduzir que a discussão, quando colocada nos termos do inadimplemento contratual, passa a um plano mais objetivo, de forma a independe do enquadramento da sociedade anônima como sociedade de pessoas ou sociedade de capitais (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*.

Em resumo, a exclusão de sócio apenas poderá ocorrer quando a permanência desse sócio, por sua ação ou omissão em infração aos seus deveres sociais, impossibilitar o preenchimento do fim social. Tanto é assim que ao sócio excluído cabe o acesso ao Poder Judiciário a fim de comprovar a inexistência da motivação utilizada para sua exclusão, podendo ainda utilizar-se de medida cautelar para que seja reintegrado desde logo ao quadro social¹⁶⁰.

Aliás, a possibilidade de reintegração liminar do sócio à sociedade apenas corrobora o raciocínio de que a mera quebra de *affectio societatis*, de fato, não configura justa causa para fundamentar a exclusão. Fosse o inverso, absolutamente inviável a medida de reintegração de um sócio excluído ao quadro social, pois nada mais sintomático de quebra da afeição social do que uma tentativa frustrada de excluir determinado consócio de uma sociedade.

O que aqui interessa deixar em evidência, como conclusão parcial desse trabalho, é o fato de que, no atual quadro normativo traçado pelo CC/02, a exigência legal de *falta grave* e *justa causa* para a exclusão de sócio facultativa aparece no texto legal de maneira expressa e diz respeito, justamente, à comprovação de descumprimento do dever de colaboração e/ou do dever de lealdade por parte do sócio excluindo, deveres tais que são inerentes a todo contrato de sociedade¹⁶¹.

Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 313).

¹⁶⁰ “A exclusão só se dará na presença de justa causa. E, na falta desta, ao sócio excluído, aí sim, facultar-se-ia o acesso ao Poder Judiciário para provar a inexistência do motivo justificado, com a possibilidade do recurso à medida cautelar que o reintegrasse, desde logo, na condição de sócio, e caso isto não viesse a ocorrer de plano, com ampla possibilidade de que, uma vez julgada ilegítima a exclusão, viesse a ressarcir de todos os prejuízos sofridos, inclusive obtendo a anulação das deliberações tomadas nesse interregno sem sua presença” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41).

¹⁶¹ No mesmo sentido, Marcelo Vieira von Adamek, ao afirmar que “[d]eve ainda ser mencionado que, conquanto o art. 1.030 do Código Civil trate da exclusão judicial de sócio e o art. 1.085 daquele mesmo diploma regule a exclusão extrajudicial nas sociedades limitadas, ambos os preceitos legais enfocam uma mesma realidade: exclusão de sócio por falta grave no cumprimento de seus deveres sociais – sem que entre as respectivas hipóteses de incidência dos artigos exista diferença de gradação ou de intensidade da conduta a justificar a drástica medida; não há hipótese de falta grave que possa ser censurada por uma regra e não pela outra”. E prossegue: “[p]ortanto, não é toda e qualquer falta que pode legitimar a exclusão de sócio, mas somente aquela falta qualificada como “grave” – ato de inegável gravidade que, tendo pertinência com a posição jurídica de sócios, inviabilize ou coloque em risco a própria continuidade da atividade social, tal como, de forma enfática, isso expressou o nosso legislador” (ADAMEK, Marcelo von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.), 2011, pp. 185-215, p. 187 e p. 189, respectivamente e sem grifos no original).

Não se nega aqui que a lei exige, também para os casos de exclusão de sócio de pleno direito, uma *justa causa*: a falência do sócio ou a liquidação de sua quota em virtude de dívida pessoal (arts. 1.026 e 1.030 parágrafo único do CC/02). Não há, da mesma forma como ocorre com as hipóteses de exclusão facultativa, qualquer discricionariedade na aplicação da medida de exclusão. No entanto, conforme já mencionado no capítulo anterior, a ideia de inadimplemento para tais hipóteses *ipso iure* pode ser questionada, na medida em que poderia se argumentar que não configurariam um inadimplemento direto do sócio, tampouco decorreriam do interesse da sociedade ou a vontade dos sócios remanescentes¹⁶².

De toda forma, a definição do fundamento dogmático¹⁶³ ou da natureza jurídica¹⁶⁴ das hipóteses de exclusão de pleno direito foge ao escopo do trabalho, motivo porque nos limitamos a concluir que, no que se refere à exclusão facultativa de sócio prevista no CC/02, o fundamento da medida deve ser interpretado pela jurisprudência como inadimplemento de um dever social, em especial do dever de colaboração e do dever de lealdade, considerando que a hipótese relativa ao dever de conferimento já está disposta de forma objetiva pelos artigos 1.004 e 1.058 do CC/02 e independem de interpretação jurisprudencial.

2.1.3.2. HIPÓTESES LEGAIS DE EXCLUSÃO FACULTATIVA NA LSA

A LSA restringe a possibilidade de exclusão de acionistas aos casos de (i) acionista remisso (artigo 107, II da LSA) e; (ii) resgate de ações (artigo 44 da LSA).

¹⁶² Cf. ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21mai2008, pp. 92-93: “Poderia se argumentar que a falência do sócio representa, em si, um dano de imagem à sociedade e, portanto, uma violação do dever de colaboração. Tal proposição, entretanto, soa pouco convincente nos casos em que o sócio falido seria minoritário e não participe da administração da sociedade e, de qualquer modo, caso se tratasse de um instituto de natureza privada, caberia naturalmente à contraparte lesada (a sociedade) decidir sobre a oportunidade da resolução do vínculo contratual”.

¹⁶³ Inadimplemento de obrigação social ou medida de disciplina legal taxativa, configurando-se a exclusão, nessa última hipótese, como uma sanção punitiva ao sócio falido/cuja quota foi liquidada?

¹⁶⁴ Instituto de direito privado (prerrogativa contratual, determinada pela vontade dos sócios) ou instituto de direito público, decorrente de comando legal cogente?

2.1.3.2.1. SÓCIO REMISSO: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INTEGRALIZAÇÃO (CONFERIMENTO)

No caso de acionista remisso, a exclusão opera-se em virtude do inadimplemento de sua obrigação de integralização das ações subscritas, seja por meio de aporte monetário ou mediante a conferência de bens. Nessa hipótese, o acionista é de pleno direito constituído em mora; abrindo-se à companhia a possibilidade de, alternativamente, (i) propor ação judicial contra ele (e/ou contra aqueles que com ele forem responsáveis solidariamente), com vistas a cobrar as importâncias devidas; ou, (ii) mandar vender suas ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista inadimplente.

Nelson Eizirik destaca que ambas as vias legais, ou seja, a possibilidade de a companhia optar entre executar o acionista remisso ou mandar vender suas ações em bolsa de valores, não podem ser limitadas pelo estatuto social ou pelo boletim de subscrição, de maneira que todo acionista que for inadimplente no cumprimento da obrigação de integralização das ações subscritas ou adquiridas estará indistintamente sujeito à uma ação de execução ou de ter suas ações vendidas em bolsa¹⁶⁵, em leilão especial (artigo 107, parágrafo 2º, da LSA), a fim de permitir “que tanto as companhias com ações ali [na bolsa] cotadas, como também aquelas que não as têm, possam utilizar-se indistintamente desses serviços¹⁶⁶”.

Na hipótese de insucesso na integralização das ações do acionista remisso por qualquer uma dessas opções (execução ou venda a mercado), faculta-se à companhia integralizar ela própria tais ações por meio de lucro ou reservas disponíveis, em exceção à regra geral de proibição à companhia de negociar com as próprias ações, prevista no art. 30, § 1º, alínea b da LSA¹⁶⁷. Tais ações serão canceladas ou permanecerão em tesouraria, sem redução do capital social¹⁶⁸. O capital social apenas será reduzido na hipótese de a

¹⁶⁵ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 580.

¹⁶⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 347.

¹⁶⁷ Art. 30. A companhia não poderá negociar com as próprias ações.

§ 1º Nessa proibição não se compreendem:

b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação.

¹⁶⁸ Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 582.

companhia não ter lucro ou reserva disponível para integralizar as ações do sócio remisso, nos termos do art. 107, § 4º, segunda parte, da LSA¹⁶⁹.

Seja como for, é evidente o caso de expulsão do acionista remisso quando a companhia opta pela venda de suas ações em leilão especial na bolsa de valores: efetuado o leilão, o acionista remisso perde seu *status socii* para o adquirente das ações¹⁷⁰.

2.1.3.2.2. RESGATE DE AÇÕES

Por outro lado, como hipótese de exclusão de acionista em sociedade anônima fechada¹⁷¹, há a situação de resgate de ações. Segundo o art. 44 §1º da LSA, o resgate consiste no pagamento do valor das ações, pela companhia a determinado acionista, para retirar definitivamente de circulação as ações de propriedade desse dado acionista, com redução ou não do capital social.

Existem duas modalidades de resgate: o voluntário e o compulsório, tomado o ponto de vista da companhia¹⁷². Trataremos brevemente do resgate voluntário como forma de exclusão de acionista¹⁷³.

¹⁶⁹ “se não tiver lucros e reservas suficientes, terá o prazo de 1 (um) ano para colocar as ações caídas em comisso, findo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembleia-geral deliberará sobre a redução do capital em importância correspondente”.

¹⁷⁰ “Em vez de optar pela manutenção do *status* de acionista do subscritor em débito, através da cobrança executiva das parcelas da integralização não tempestivamente pagas, poderá a companhia promover medidas que visem a privar o acionista de sua condição de sócio, mediante a venda de suas ações em leilão especial realizado em Bolsa de Valores. Tal procedimento, que será decidido pela administração, acarreta a perda de participação acionária, em decorrência de uma forma de autoexecução, pela qual a companhia credora, por si mesma (*sine ministerio judicis*), está autorizada a proceder à expropriação do acionista devedor. [...] Portanto, a companhia, por seus órgãos de administração, ao optar pela venda das ações através de leilão especial, promove a exclusão do acionista devedor de seus quadros e visa, com efeito, à sua substituição” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 361 – sem grifos no original). No mesmo sentido: “Vendidas as ações em leilão, o arrematante substituirá, no quadro social, o acionista remisso” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barro, 1986, p. 244).

¹⁷¹ Cf. ADAMEK, Marcelo M. von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 325.

¹⁷² “Destarte, deve-se entender que a decisão de resgate, em todos os casos, parte sempre da própria companhia, distinguindo-se o resgate compulsório do voluntário apenas quanto à data da decisão: no primeiro caso a decisão é tomada quando da constituição da companhia ou alteração de seu estatuto; e, no segundo caso, quando da assembleia geral extraordinária” (FLAKS, Luís Loria. *Aspectos societários do resgate de ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-set/2001, pp. 120-142, p. 123).

¹⁷³ Entendemos que o resgate compulsório não trata de hipótese de exclusão de acionista. Conforme a própria natureza denuncia, nesse caso, há compulsoriedade no resgate, ou seja, obrigação por parte da companhia em efetuar o resgate no momento em que o titular das ações emitidas como resgatáveis desejar exercer seu direito de resgate (direito esse inerente à própria ação e previsto no estatuto). Por outro lado, no resgate voluntário, a opção de resgatar determinadas ações faculta à companhia.

Nesse hipótese, em virtude de deliberação por assembleia geral extraordinária ou de determinação estatutária, apresenta-se à companhia a faculdade de resgatar ações de sua emissão a qualquer tempo.

Quanto à possibilidade de resgate de ações por deliberação em assembleia geral extraordinária, nos termos do artigo 44, §§ 4º e 6º da LSA, a medida pode ter por objeto a totalidade de ações de uma mesma classe – e, nesse caso, a deliberação exige aprovação de pelo menos 50% dos titulares das ações da classe atingida¹⁷⁴ – ou ações definidas mediante sorteio.

A autorização estatutária de resgate deve ser definida e detalhada, a fim de evitar que a companhia disponha de um instrumento de resgate compulsório arbitrário¹⁷⁵. No mesmo sentido de evitar abusos, o elevado quórum de aprovação da deliberação que determina o resgate de ações, alterado por ocasião da reforma de 2001 da LSA, teve por objetivo, justamente, o de evitar a utilização do recurso de maneira abusiva; operando-se, por meio dele, a exclusão de acionistas da companhia, como um direito potestativo da sociedade¹⁷⁶.

Em que pese o elevado quórum de deliberação, ainda hoje o resgate de ações pode ser utilizado como ferramenta para buscar a exclusão de um determinado acionista.

¹⁷⁴ “O § 6º, acrescentado pela Lei 10.303/2001, determina que o resgate de ações de uma ou mais classes, salvo disposição em contrário do estatuto social, deverá ser aprovado em assembleia especial convocada para deliberar essa matéria específica, por acionistas que representem a metade das ações da classe atingida. Assim, a companhia não tem mais o poder de resgatar determinadas classes de ações, salvo se a previsão constar expressamente do estatuto social. Não existindo previsão estatutária de resgate, a operação deverá ser aprovada, em assembleia especial, mediante o voto favorável de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos titulares das ações das classes atingidas. Nessa assembleia será deliberado também o valor do resgate, observado os parâmetros estabelecidos no artigo 170, § 1º” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. V. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 290-291).

¹⁷⁵ “A autorização estatutária de resgate não pode ser abstrata, devendo o estatuto social ou a assembleia geral especificar, no momento da criação da ação resgatável, quais as classes de ações que serão resgatáveis. A autorização abstrata tornaria sem efeito a regra do § 6º, na medida em que a companhia teria a faculdade – como vigia no regime societário anterior à Lei nº 10.303/2001 – de dispor compulsoriamente de determinadas classes de ações, ou seja, poderia deliberar o resgate independentemente da vontade do acionista” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. V. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 291).

¹⁷⁶ “Essa exigência [quórum de deliberação] foi introduzida na reforma da Lei de Sociedades Anônimas pela Lei 10.303/2001, em resposta à então frequente utilização do resgate como instrumento de exclusão de acionista, amarrada pelo entendimento de que seria um direito potestativo da companhia, ao qual o acionista excluído não poderia se insurgir” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 190). No mesmo sentido. CAVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 136-137.

Para tanto, conforme Marcelo von Adamek¹⁷⁷, algumas medidas seriam necessárias por parte da companhia.

O § 4º do art. 44 da LSA, ao prever a hipótese de resgate de ações *que não abrangem a totalidade de uma mesma classe*¹⁷⁸, lança mão da medida *sorteio* que, como todo elemento aleatório, pode não contribuir para atingir o fim de excluir o dado acionista. Aliás, segundo Pontes de Miranda¹⁷⁹ e Luis Loria Flaks¹⁸⁰, a LSA justamente previu o recurso ao sorteio nos casos em que não são resgatadas todas as ações de uma mesma classe a fim de afastar a possibilidade de o acionista controlador excluir acionistas a seu exclusivo critério.

Nesse sentido, para operar com a função (ou *disfunção*, nas palavras de Comparato¹⁸¹) de exclusão de acionista, o resgate deve ser incluído no estatuto social, sendo ainda imperativa a observância de algumas determinadas condições *sine qua non*, apontadas por Marcelo von Adamek: (i) que cada acionista seja titular da totalidade das ações de uma única classe – para evitar a hipótese do sorteio –, (ii) que haja a disposição no estatuto no sentido de que o resgate das ações de determinada classe poderá ser aprovado por deliberação geral de acionistas representando a maioria do capital social; e,

¹⁷⁷ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 335.

¹⁷⁸ “Interpretação atenta desse dispositivo indica que, quando o resgate abranger a totalidade das ações de uma mesma classe, prescindirá de sorteio. Inversamente, quando se pretender resgatar apenas parte das ações de uma mesma classe, ou de classes diversas, o sorteio se colocará como providência obrigatória” (TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, pp. 253-254).

¹⁷⁹ “A lei exige o sorteio, sempre que se haja de resgatar. A sorte é que decide quais os acionistas atingidos. A *ratio legis* está em que assim se afasta a possibilidade de alguns acionistas, ou grande grupo, que controla a sociedade por ações, acionistas, eliminarem os outros ou grupos ou alguns dos outros” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. 3ª ed. Tomo L. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 91).

¹⁸⁰ Para o autor, a racionalidade do sorteio seria a de “resguardar o princípio da igualdade entre os acionistas de uma mesma classe e vedar a possibilidade de o acionista controlador, de forma discricionária, decidir quem permanece e quem sai da sociedade” (FLAKS, Luis Loria. *Aspectos societários do resgate de ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 120-142, p. 129).

¹⁸¹ Referindo-se à possibilidade de o resgate ser operado pelo acionista controlador como um instrumento de exclusão social a seu exclusivo critério (“*direito potestativo de excluir*”), Comparato afirmou que: “o excessivo e condenável liberalismo da lei brasileira permitiu que o negócio de resgate servisse, distorcidamente, para beneficiar o acionista em detrimento da companhia, ou o acionista controlador em detrimento do acionista” (COMPARATO, Fabio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 69). Não fazemos alusão, nesse ponto do trabalho, à disfunção identificada por Comparato; mas tão-somente à possibilidade legítima de o estatuto social regular uma hipótese de resgate no interesse da companhia, ainda que ela represente, na prática, a exclusão de um dado acionista.

(iii) que haja a limitação da circulação das ações, de sorte a manter o quadro acionário, sempre, com a propriedade de um acionista de apenas uma e mesma classe de ações¹⁸².

Num contexto como esse, os acionistas poderão inserir no estatuto as causas que ensejarão o resgate de ações de cada uma das classes de ações, operando, por via indireta e quando disparado o gatilho estatutário (ou seja, quando observada umas das causas estatutárias de resgate, que poderia referir-se a eventual inadimplemento de obrigação social), uma verdadeira exclusão de acionista. Seria possível dizer, portanto, que o mecanismo de resgate de ações, quando instrumentalizado da maneira acima, poderia servir como forma de exclusão facultativa de acionista por descumprimento de um dever social, devidamente descrito no estatuto social.

Sendo o caso de configuração do resgate como uma “autêntica exclusão de acionista em prol do acionista controlador”, por meio da deliberação em assembleia especial (nos termos do parágrafo 6º do artigo 44 da LSA), Comparato defende que o valor a ser pago ao acionista a título de haveres – que deverá ser objeto da mesma deliberação¹⁸³ – deveria corresponder ao valor “real” da ação; o valor contábil seria apenas um piso para o cálculo do preço das ações resgatadas, ao que se deveria somar a perspectiva de rentabilidade da companhia e os bens intangíveis¹⁸⁴. Sendo, no entanto, um ato da

¹⁸² ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 335.

¹⁸³ “Nesse conclave será discutido e deliberado não apenas o negócio de resgate, mas, fundamentalmente, o valor apurado e sua absoluta consistência com os parâmetros estabelecidos no art. 170, parágrafo 1º, da Lei Societária. Examinará, portanto, a assembleia especial o laudo que deverá ser especialmente preparado para tal negócio proposto pela sociedade, estando aí, no valor do resgate, uma questão fundamental que deverá ser objeto de deliberação. Se a deliberação da assembleia geral não aprovar também o valor de resgate, fundada em informações, laudos e pareceres independentes que integrarão os documentos do conclave, a deliberação favorável será ineficaz” (CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 137-138).

¹⁸⁴ “Se, como lembrei, o resgate foi pactuado entre a sociedade e o acionista como forma de se captarem recursos de investimento a prazo fixo, sob a aparência de capital de risco, não há fundamento algum para se afastar o critério, ou o preço, fixado no estatuto, ou determinado em assembleia. Se, em outra hipótese, a possibilidade de resgate tiver sido prevista no estatuto, no interesse geral da sociedade, como contrapartida ao encargo financeiro representado pelos privilégios concedidos às ações preferenciais, é inadmissível privar-se o acionista de seu direito essencial à participação nos lucros de funcionamento da companhia, bem como do acervo social líquido, tal como espelhados nas demonstrações contábeis (art. 109, I e II). Mas se, ao revés, determinado resgate configura autêntica exclusão de acionista em benefício próprio do controlador, nenhum desses critérios é aceitável, pois deparamo-nos com um ato danoso *in fraudem legi*, que exige adequada reparação. Nessa última hipótese, como é óbvio, o preço de resgate não pode deixar de corresponder ao valor real das ações, como título de participação no patrimônio empresarial. Os valores contábeis constituem, em tal caso, tão-só um piso para o cálculo do preço” (COMPARATO, Fabio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, pp. 71-72). No mesmo sentido, a respeito do preço de resgate de forma geral, Pontes de Miranda, para quem “[o] preço do resgate é, em princípio, o preço do mercado ou da bolsa, ou, se não há

companhia para expelir acionista inadimplente, baseada na hipótese de resgate previsto detalhadamente no estatuto social, conforme estratégia explicada por Marcelo von Adamek, parece-nos que seria recomendável que o preço a ser pago pelas ações resgatadas fosse disposto minuciosamente no próprio estatuto social.

São essas, em linhas gerais, as medidas de exclusão de acionista previstas pela LSA.

2.2. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO

Até o momento, verificamos o fundamento jurídico-dogmático da exclusão facultativa de sócio e seu tratamento legal no Direito Brasileiro. Procuramos demonstrar a evolução interpretativa, desenvolvida pela jurisprudência e pela doutrina nacional, desde o Código Comercial até a institucionalização da matéria na legislação atual do CC/02.

Humberto Ávila explica, a respeito de tais “evoluções interpretativas”, que a exegese normativa consiste, justamente, na busca do intérprete por “conexões axiológicas” dos dispositivos legais; conexões estas que, segundo o autor, devem ser estabelecidas com base na “realização de fins, preservação de valores e manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e preservação de valores”, elementos pré-existent no ordenamento jurídico¹⁸⁵. Em outras palavras, o intérprete da lei deve fugir da interpretação literal do dispositivo legal; buscando, por meio da aplicação de dado dispositivo legal, alcançar os fins e valores últimos que o Direito visa a realizar e preservar. O intérprete não deve apenas descrever significados, mas reconstruir o próprio sentido da norma¹⁸⁶.

cotação, o valor nominal. Nos estatutos pode-se prever o preço do resgate das ações” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. 3ª ed. Tomo L. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 91).

¹⁸⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 23-24.

¹⁸⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

No mesmo sentido Carlos Maximiliano, para quem o intérprete deve tomar como ponto de partida o dispositivo da lei, mas deve aplicá-lo de maneira a que atinja o “espírito da norma”¹⁸⁷.

A lição de Humberto Ávila e Carlos Maximiliano parece ajustar-se perfeitamente ao que se viu na “evolução interpretativa” das normas referentes à exclusão de sócio, desde o Código Comercial aos dias atuais. Com efeito, por ocasião do CC/02, institucionalizou-se a interpretação dos dispositivos legais por meio de “conexões axiológicas”, utilizadas a fim de alcançar o escopo da norma, identificado pelo intérprete como a preservação da empresa¹⁸⁸.

A referida evolução, no entanto, persistiu mesmo após a promulgação do CC/02.

Já se adiantou nos itens anteriores o posicionamento da jurisprudência a respeito da interpretação dos artigos 1.030 *caput* e 1.085 do CC/02 quanto à “justa causa” da exclusão facultativa em sociedades de pessoas. No entanto, a “evolução interpretativa” a que fazemos referência parece mostrar ainda maior importância, desde a promulgação do CC/02, no tocante à elaboração de hipótese de exclusão de acionista inexistente de modo expresso na lei – que, neste capítulo, denominamos de “hipótese jurisprudencial” (item 3.3).

¹⁸⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 125.

¹⁸⁸ É interessante notar que o princípio da preservação da empresa utilizado na interpretação do artigo 335, V do Código Comercial teve algum suporte na lei de falência (o Decreto-lei no 7.661/45), cujo artigo 48 estabelecia a exclusão e arrecadação dos haveres de sócios falidos de maneira que não implicasse a dissolução da sociedade, o que pode ser considerado um avanço essencial na consolidação do princípio da preservação da empresa. Após, o referido princípio serviu ainda de inspiração para o instituto da recuperação judicial da atual lei concursal (Lei 11.101/2005 – vide especialmente seu art. 47). A respeito, já admitiu o STJ: “A regra da dissolução total, nessas hipóteses [em que há interesse por parte dos demais sócios em prosseguir com a sociedade], em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito a preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências - Lei no 11.101/05, que substituiu o Decreto-lei no 7.661/45, então vigente, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo. A solução é a que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, para evitar a descontinuidade da empresa, que poderá prosseguir com os sócios remanescentes” (STJ, Embargos de divergência em Recurso Especial nº 111.294 – PR” 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, j. em 28.6.2006).

Conforme analisaremos oportunamente, a mencionada “hipótese jurisprudencial” surgiu em torno das mesmas conexões axiológicas feitas pelo intérprete do Código Comercial de 1850; ou seja, para promoção da finalidade de preservação da empresa, eleita como valor a ser tutelado. Paralelamente a isso, verificaremos como tal valor pode ser desdobrado em dois aspectos distintos: (i) a preservação da empresa-atividade; e, (ii) a preservação da empresa-sociedade.

O primeiro aspecto da finalidade da norma diz respeito à atividade produtiva e organizada, identificada como o perfil funcional da empresa, segundo lição de Asquini (*cf.* nota 50). No segundo aspecto, a empresa é vista como sujeito de direitos e de deveres (ou seja, sob o perfil subjetivo de Asquini – a própria sociedade).

Com relação ao segundo aspecto, é necessária uma breve explicação.

Considerando a empresa como sociedade, e sendo esta uma pessoa jurídica, Ascarelli destaca que a ela seria aplicável um regime jurídico destinado aos homens que dela fazem parte, de sorte que somente têm interesse os homens “nascidos de ventre de mulher”¹⁸⁹. Nesse aspecto, ao identificarmos a necessidade de tutela da sociedade, ao lado da análise do interesse social, poderíamos buscar a análise do interesse societário (dos sócios)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ A esse respeito, a fim de diferenciar interesse social e o interesse individual do sócio, Ascarelli recorre à disciplina do patrimônio separado, no sentido de que seria justamente pela constituição da pessoa jurídica que se delimitaria os interesses sociais e o identificaria, em contraposição aos interesses individuais: “[p]atrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, admitindo a constituição do patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição. (...). O direito unifica a coletividade dos sócios, através da personalidade jurídica; os limites da responsabilidade dos sócios para com terceiros resultam justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005, pp. 383-384).

¹⁹⁰ A linguagem figurada a respeito do “interesse da empresa” sugere a ideia de atividade empresarial e pode se distanciar dos interesses dos sócios, como alerta Comparato, ao relembrar o célebre caso julgado pelo Tribunal de Michigan entre Ford Motor Company e sua acionista minoritária Dodge, em 1919: “O conflito entre o interesse da empresa e o interesse dos acionistas ressalta, antes de tudo, quanto ao destino a dar aos lucros apurados em balanço. Enquanto os acionistas-investidores desejam receber o máximo em dividendos, a diretoria procura destinar a maior parte dos lucros líquidos à formação de reservas facultativas, quando não amputa largas parcelas apara a constituição de provisões do mais variado tipo. (...). Tal foi, por exemplo, a solução dada pelo Tribunal de Michigan no célebre litígio que opôs a Ford Motor Company à sua acionista minoritária Dodge em 1919. Possuindo reserva de 112 milhões de dólares, para um capital de 2 milhões, a companhia Ford pretendeu reinvestir a maior parte dos lucros líquidos anuais, distribuindo aos acionistas um dividendo irrisório. Julgando procedente a ação, o Tribunal condenou a Ford a pagar aos seus acionistas uma

Ainda que na LSA tenha prevalecido a chamada teoria institucionalista sobre a teoria contratualista, também parte ela da ideia de sociedade como contrato plurilateral¹⁹¹⁻¹⁹², o que é, inclusive, expressamente reconhecido pelo artigo 981 do CC/02¹⁹³. Assim, a despeito da inegável existência de preocupação da LSA em tutelar elementos externos à sociedade (comunidade, trabalhadores etc.), seguimos Comparato para identificar, paralelamente ao caráter institucional da companhia, o interesse conjunto dos sócios de realização do escopo comum, partes do contrato plurilateral que são¹⁹⁴.

Tal interesse conjunto de realização do escopo social compreende o interesse comum dos sócios, relacionado ao interesse de cada um deles em receber a parcela de lucro que lhe é devida em razão das respectivas participações societárias¹⁹⁵. De fato, nos termos

bonificação em dinheiro dezesseis vezes superior ao dividendo anunciado, declarando que “uma sociedade é constituída e existe unicamente em proveito dos seus sócios ou acionistas. Os poderes dos administradores devem tender a realizar esse objetivo. O poder discricionário dos administradores deve exercer-se sobre a escolha dos meios próprios à realização desse objetivo, escolha dos meios próprios para a realização desse objetivo, mas não pode ir ao ponto de alterá-lo, de reduzir os lucros ou de não declarar ou distribuir dividendos aos acionistas, no intuito de destiná-los a outros fins” (COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 52-53).

¹⁹¹ “O direito positivo brasileiro também não enseja dúvidas sobre a natureza contratual da companhia. (...) A LSA admite expressamente a natureza contratual, ao dispor (no art. 83) que o ‘projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e contera as normas pelas quais se regerá a companhia” (BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 91 e 92).

¹⁹² É interessante observar que também para a teoria da sociedade como organização há o reconhecimento da natureza contratual da sociedade a despeito da natureza institucionalista, conforme explica Calixto Salomão: “[o] caráter institucionalista (ao menos nos princípios) da lei societária compatibiliza-se com a ideia contratual na medida em que o contrato constitutivo da sociedade tenha como objetivo a criação de uma organização. Essa organização passa a ter o objetivo de organizar os vários interesses envolvidos pela sociedade (segundo o próprio art. 116, parágrafo único, da Lei 6404/76, os acionistas, os trabalhadores e a comunidade em que atua). Daí a sua necessária institucionalização. Nota-se que essa construção permite utilizar a sistemática contratual para compreender e disciplinar a constituição da sociedade, ao mesmo tempo em que se aplica a sistemática institucional para as atividades sociais pós-constituição até a sua extinção” (SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 149-150).

¹⁹³ “O Código Civil de 2002 manteve a classificação da sociedade no gênero dos contratos, enfatizando isso no enunciado do artigo 981” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa – comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 122).

¹⁹⁴ “Mas o interesse social não é redutível a qualquer interesse dos sócios e sim, unicamente, ao seu interesse comum de realização do escopo social. A comunhão de interesses existe tanto na sociedade quanto na comunidade. (...). Os sócios reúnem-se para a realização de um objetivo comum. O interesse social consiste, pois, no interesse dos sócios à realização desse escopo. Daí a possibilidade de existência de um conflito entre sócio e sociedade, na medida em que aquele persegue, enquanto sócio, objetivos diversos desse escopo comum” (COMPARATO, Fábio Konder. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 330). Em sentido semelhante, identifica Auletta: “nella società, l’avvenimento che soddisfa l’interesse di tutti i contraenti è unico (lo svolgimento dell’attività di produzione)” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 34).

¹⁹⁵ “(...); chaque associé est donc en société pour partager avec les autres le profit social. L’intérêt dans la société est de retirer de l’enrichissement collectif un enrichissement individuel; cet intérêt est le même pour chacun des associés: il leur est commun. Ainsi une décision sociale qui produit des effets dans le patrimoine des associés, par exemple la décision de distribuer un dividende, sert l’intérêt commun si chaque associé

do próprio artigo 981 do CC/02, os sócios se obrigam reciprocamente a cooperar “para a partilha entre si dos resultados”. Em outras palavras, há, entre todos os sócios, o interesse comum de que a empresa sobreviva¹⁹⁶ e siga sendo explorada da maneira mais eficiente.

Assim, o interesse societário não se limita ao aspecto da legítima expectativa de percepção dos resultados decorrentes do exercício da empresa. Compreende ele o interesse comum e o interesse conjunto de exploração da atividade (objeto social) – meio para o atingimento do fim (objetivo social). A esse respeito, conforme ressalta Dominique Schmidt, o atingimento do interesse comum é ditado pela noção de sociedade e pela exigência de lealdade entre os sócios¹⁹⁷. O que equivale a dizer que apenas por meio da exigência de lealdade entre os contratantes – de que todos ajam conforme os termos contratados, em adimplemento dos respectivos deveres sociais e em prol do escopo comum – é que o interesse comum torna-se alcançável. Conforme verificaremos no próximo capítulo, estendemos a ideia de Dominique Schmidt à colaboração, outro dever acessório da boa-fé contratual.

Nesse sentido, o segundo aspecto da finalidade da norma de exclusão seria a proteção do interesse societário (de realização do escopo comum e de percepção dos resultados), por meio da preservação do relacionamento societário, notadamente o aspecto de confiança e fidelidade entre os sócios, imprescindível para a realização do objeto e atingimento do objetivo social. Destaque-se que é justamente pela observância da boa-fé entre os contratantes que as obrigações sociais serão todas devidamente adimplidas, tornando viável o escopo social e, por conseguinte, atendendo-se ao interesse comum.

Passa-se a seguir a verificar cada um desses dois desdobramentos da finalidade da norma de exclusão de sócio de maneira mais detalhada, para, a partir daí, analisar a hipótese jurisprudencial de exclusão de acionista.

*reçoit ce qui lui est dû au titre de s'appart légal ou statutaire dans les bénéfices” (SCHMIDT, Dominique. De l'intérêt commun des associés. In **La Semaine Juridique (JCP)**. N. 48, janeiro/1994, pp. 535-538, p. 535).*

¹⁹⁶ “Ciò con una netta affermazione dell'interesse comune alla sopravvivenza dell'organismo nonché dello stesso ente alla sua sopravvivenza rispetto a quella del singolo socio a conservare, ad ogni costo, la propria partecipazione sociale” (ESPOSITO, Ciro. *L'esclusione del socio nelle società di capitali*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 49).

¹⁹⁷ Cf. SCHMIDT, Dominique. *De l'intérêt commun des associés. In **La Semaine Juridique (JCP)**. N. 48, janeiro/1994, pp. 535-538, p. 538.*

2.2.1. PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE NEGOCIAL

A questão da preservação da empresa como uma das finalidades da norma de exclusão facultativa é evidente. Inclusive, conforme verificado no capítulo antecedente, a evolução jurisprudencial a partir do Código Comercial de 1850 deixou claro o posicionamento da jurisprudência e do legislador do CC/02, ao procurar no “princípio conservativo” o fundamento axiológico para legitimar a aplicação da medida de exclusão de sócio.

É nesse sentido, aliás, que se posiciona Michele Perrino, ao identificar na exclusão de sócio uma medida de salvaguarda da companhia contra um de seus membros que se posiciona como obstáculo ao exercício da atividade comum, de maneira a possibilitar a preservação e continuidade da própria atividade social¹⁹⁸. Tratar-se-ia, portanto, de uma medida de tutela da própria atividade social¹⁹⁹.

O entendimento coaduna-se à lição de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo von Adamek, que ensinam que “a exclusão tem, como elemento comum de justificação, o não cumprimento ou a impossibilidade de o sócio adimplir os seus deveres essenciais, inviabilizando ou colocando em risco a continuidade da própria atividade social”²⁰⁰. No mesmo sentido, Avelãs Nunes, ao afirmar que a sociedade poderá sempre excluir o sócio “que prejudica a realização do fim comum ou não contribuiu para

¹⁹⁸ “[L]’esclusione del socio un mezzo di tutela intimamente aderente alla sostanza associativa della società, ed in primo luogo, allora, alle esigenze ed alle caratteristiche dell’attività comune. Un mezzo di tutela che – ad una analisi il più possibile depurata da ogni sovrapposizione con concetti ed istituti coerenti a fenomenologie contrattuali diverse – si rivela quale strumento volto a consentire l’estromissione dal gruppo di quel membro, dal quale possa provenire un pregiudizio, un ostacolo o in intralcio all’esercizio dell’attività comune, assicurando al contempo la conservazione (degli strumenti e dei risultati) e la continuità dell’attività medesima; quale rimedio inteso, cioè alla salvaguardia dell’interesse alla funzionalità ed all’efficienza dell’agire comune” (PERRINO, Michele. *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 133).

¹⁹⁹ “Tutti elementi, questi ora richiamati, che in definitiva evidenziano il rilievo anche qui centrale ascrivibile al dato dell’attività comune; ed allora il ruolo essenzialmente esplicito dall’esclusione del socio, qui come nelle società di persone, di strumento di salvaguardia (della continuazione, dei mezzi e dei risultati, o più ampiamente) del significato dell’attività” (PERRINO, Michele. *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 136).

²⁰⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 122.

sua prossecução” – em outras palavras, aquele sócio que, por sua ação ou omissão, comprometer da atividade empresarial²⁰¹.

Nesse contexto, não há que se confundir a “conservação da sociedade” com a “preservação da empresa”. Conforme já mencionado no capítulo 1, sociedade e empresa não são sinônimos automáticos, considerando ainda tratarmos aqui de empresa sob o perfil funcional – como atividade econômica produtiva e organizada.

Renato Ventura Ribeiro faz uma correlação interessante entre empresa e sociedade e chega a afirmar que “a exclusão de sócio, mais do que forma de preservação da empresa, é meio de conservação da sociedade”, uma vez que, segundo seu raciocínio, o fim da sociedade não implicaria necessariamente o fim da empresa, que poderia permanecer em desenvolvimento por meio de outra sociedade ou por iniciativa individual²⁰². De tal forma que a finalidade da lei seria, para o autor, a de conservar a sociedade enquanto ente empresarial (ou seja, sob seu perfil subjetivo).

Embora sua posição faça sentido, nos parece, todavia, que a finalidade de preservação da *empresa* é valor que supera a ideia de conservação da sociedade, ainda que de alguma forma a abranja. A esse respeito, Daniel Ávila Vio chega a defender que a tutela da sociedade seria consequência decorrente da necessidade de preservação da atividade produtiva, não constituindo, por si só, um valor a ser tutelado pela norma²⁰³.

²⁰¹ Prossegue Avelãs Nunes: “O direito de excluir o sócio indesejável (entendido este direito como actividade de tutela do ordenado e profícuo desenvolvimento do escopo comum) tem a sua origem no próprio contrato que visa à obtenção desse escopo comum (exploração tão eficiente quanto possível da empresa social), tem por fundamento, afinal, aquela soma de objectivos práticos a cuja prossecução é preordenada a formação do ente social. O poder de a sociedade eliminar os elementos perturbadores ou inúteis é um meio de defesa que necessariamente lhe advém da própria finalidade para que os sócios a criaram”. (AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 61).

²⁰² “A dissolução e extinção da sociedade não implicam, necessariamente, o fim da empresa. A atividade empresarial deixa de ser exercida pela sociedade, mas pode continuar a ser desenvolvida por outra sociedade ou por iniciativa individual. Uma das formas para manutenção da empresa pode ser o próprio fim da sociedade, com a continuidade do exercício empresarial por um sócio individualmente. Tem-se o fim da sociedade, mas a preservação da empresa. A exclusão de sócio, mais do que forma de preservação da empresa, é meio de conservação da sociedade. Tem por escopo não só a continuidade da empresa, mas seu exercício pela sociedade. Inclusive nas sociedades constituídas para a prática de um só negócio, antes de preenchido o seu fim, pode excluir o sócio, para não prejudicar aquela atividade empresarial. A exclusão de sócio é, portanto, meio de preservação da exploração da atividade pela sociedade, tutelando concomitantemente a empresa e a sociedade” (VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 163-164).

²⁰³ Cf. ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Ainda que assim seja, não se pode negar que a ideia de empresa (valor a ser protegido) está intrinsecamente ligada à ideia de conservação da sociedade. Tanto é assim que a lei procura tutelar o exercício da atividade justamente por *determinado* ente associativo, de forma a preservar o valor gerado pela dada sociedade em funcionamento regular, como empregos, a contratação de serviços e o desenvolvimento da comunidade ao seu redor²⁰⁴. É justamente nesse sentido a proposição de Dalmartello, ao atribuir à exclusão de sócio (embora seja instituto de direito privado, cujo interesse primeiro envolvido é o dos sócios; não tratando-se de exercício um “poder disciplinar” ou de “sanção legal”), um caráter de preservação da *função econômica* da atividade empresarial, que transcenderia à ideia de preservação da sociedade²⁰⁵.

Nesse sentido, embora se admita que a preservação da atividade empresarial seja o escopo da norma de exclusão, é necessário deixar registrado que tal preservação abrange a proteção da continuidade do exercício da atividade empresarial por aquela

São Paulo, defendida em 21mai2008, p. 69: “O favorecimento do grupo de sócio que pretende continuar com a atividade empresarial não representa uma escolha (doutrinária e legislativa) óbvia ou neutra, mas que, ao contrário, desafiou os preceitos tradicionais do Direito das Obrigações e exigiu que o princípio da resolução contratual por inadimplemento se adaptasse às necessidades do Direito Societário. É evidente, portanto, que o desenvolvimento normativo em tal campo tenha sido impulsionado por um claro movente, a conservação da sociedade. Não que a sociedade represente por si só um valor ser resguardado pelo ordenamento. A conservação do ente societário se justifica apenas na medida em que este reveste juridicamente a atividade empresarial e com ela se entrelaça, e é exatamente aí que se encontra o principal elemento teleológico da exclusão facultativa por inadimplemento”.

²⁰⁴ Nesse sentido, Comparato, ao admitir que ao poder de controle empresarial deve ser aplicada norma em respeito à função social da propriedade, considerando que “no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” que ela atua. Não há certamente dificuldade alguma em entender em que consistem os deveres negativos do empresário, relativamente a esses múltiplos interesses. Eles representam a mera aplicação do princípio geral *neminem laedere*” (COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, empresa e função social*. In **Revista dos Tribunais**. V. 732, outubro/1996, pp. 38-46, p. 44).

²⁰⁵ “L’evoluzione è andata più innanzi. Appena si era riusciti a salvare *la società* dalle cause dissolutive inerenti alle persone dei singoli soci, si è fatta sentire l’esigenza nuova di salvare l’impresa gerita dalla società – non nella sua struttura giuridica di impresa sociale, ma nella sua funzione economica di centro d’attività commerciale – in tutti quei casi in cui, dopo l’esclusione di uno o più soci, la società sarebbe rimasta composta di una sola persona, e sarebbe quindi necessariamente cessata per il mancare della pluralità dei soci. Evidentemente, in simili ipotesi, non era in alcun modo possibili l’attuazione del principio conservativo dell’ente sociale; dubbia perciò, l’ammissibilità stessa della esclusione; quasi certa, di conseguenza, la necessità di liquidazione totale data l’inevitabilità della fine della società, a seguito del venir meno della collettività. Un duplice interesse apparve sacrificato dall’azione pura e semplice delle regole ora illustrate: innanzitutto quello del socio incolpevole, che insorgeva contro lo sfacelo di una vitale impresa di commercio a causa delle vicende o, peggio, delle colpe di uno o di più altri soci; secondariamente quello generale della pubblica economia che per ragioni intuitive non era indifferente ed estranea alla conservazione di quei centri vitali di attività commerciale o industriale, che erano le imprese delle società così immolate” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 29-30 – sem grifos no original).

determinada sociedade, em virtude do valor econômico que, ela própria e por seu funcionamento, produz em favor da comunidade.

A empresa enquanto sociedade (como sujeito de direitos e deveres – sob seu perfil subjetivo) é, portanto, importante na definição dessa primeira finalidade da norma de exclusão apenas indiretamente. O perfil subjetivo de empresa será mais diretamente importante para determinar a segunda finalidade da norma de exclusão, conforme a seguir.

2.2.2. TUTELA DOS DEMAIS CONSÓCIOS

Com relação à segunda finalidade axiológica da exclusão de sócio, relacionada à tutela dos consócios do excluendo (vale dizer, da legítima expectativa de que todos os demais contratantes cumprirão os respectivos deveres sociais e, a partir disso, de que perceberão o resultado do atingimento do fim comum), é necessário fazer uma breve digressão a respeito da diferença existente entre sociedade de pessoas e sociedade de capitais. A partir disso, procura-se verificar qual é a racionalidade da existência de previsão legal expressa de hipóteses de exclusão facultativa de sócio para além da hipótese de sócio remisso no CC/02 e não havê-la na LSA.

A distinção entre sociedades de pessoas e sociedade de capitais surge após a criação das sociedades anônimas que, centradas na figura do capital, rompem com a concepção personalista da sociedade²⁰⁶⁻²⁰⁷. Nesse contexto, fica reservada às sociedades ditas de pessoas a natureza de sociedades *intuitu personae*, elemento que acusa geneticamente a constituição e a vida da sociedade de pessoas, de sorte que a morte de um

²⁰⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970, pp. 87-88.

²⁰⁷ Sobre a classificação entre sociedade de pessoas e sociedade de capitais, é pertinente a crítica que se faz sobre a impropriedade, em certa medida, da classificação, considerando que todo tipo societário é composto, necessariamente, por pessoas e capitais. No entanto, a classificação busca a demonstrar apenas – e daí sua importância – a relevância de cada um desses elementos (pessoas/capital) em cada tipo societário diferente. Nesse sentido, é válida a lição de Carvalhosa, ao afirmar que “apesar da imprecisão terminológica das expressões usadas para classificar as sociedades como sendo de pessoas ou de capitais – uma vez que todas as sociedades invariavelmente reúnem-se tanto pessoas quanto capitais –, essa classificação se mostra útil para a definição das regras a incidir sobre determinado tipo societário e para a interpretação destas” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 35-36).

dos sócios acarreta a dissolução da sociedade. Nesse contexto, é evidente a relevância da confiança recíproca entre os sócios para o atingimento do escopo comum²⁰⁸.

Como sociedades de pessoas podem ser classificadas a sociedade simples, a sociedade em nome coletivo, a comandita simples e a sociedade cooperativa. Embora a sociedade limitada seja classificada pela doutrina italiana como sociedade de capitais em virtude da responsabilidade limitada dos sócios²⁰⁹, há algumas considerações importantes a serem feitas a esse respeito no que se refere ao direito brasileiro.

Com a promulgação do CC/02, o direito brasileiro parece ter permitido a aproximação das sociedades limitadas às sociedades de pessoas. A começar pela atribuição expressa de responsabilidade solidária entre os sócios com relação à obrigação de conferimento, embora sejam eles limitadamente responsáveis ao valor de integralização das quotas sociais (artigo 1.052 do CC/02), característica própria das sociedades de pessoas. Em segundo lugar, vale notar a inexistência de previsão legal para a delegação do poder de administração, havendo regra expressa no sentido de que a designação de não sócio para exercer a administração da sociedade depende de aprovação unânime dos sócios enquanto não integralizado o capital, e de pelo menos 2/3 do capital social depois de integralmente integralizado. Tal regra acaba por desmotivar a eleição de administradores não sócios – o que vai contra a tendência atual de ter administradores profissionais como medida de eficiência empresarial²¹⁰ e igualmente contra a natureza de sociedade de capitais.

Embora o legislador tenha deixado espaço à autonomia da vontade das partes contratantes a fim de que, no ato de constituição da sociedade, os sócios a aproximem mais de uma sociedade de pessoas ou de uma sociedade de capitais²¹¹ – referimo-nos, por

²⁰⁸ “Sociedade de pessoas ou *intuitu personae* são as sociedades constituídas mediante contrato complexo, por duas ou mais pessoas, em geral com laços de parentesco ou de amizade, vinculadas por confiança recíproca, em que se prioriza, para a consecução do objeto social, mais o talento e o esforço dos sócios, do que a contribuição de recursos econômicos e/ou financeiros para a formação do capital” (LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 5-6).

²⁰⁹ Cf. GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15a. ed. Bologna: Zanichelli, 2005, p. 30.

²¹⁰ Cf. SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil*. In **Revista de Direito Privado**, V. 22, abril-junho/2005, pp. 250-262, p. 265.

²¹¹ “O Projeto permite que a sociedade tome o feitiço mais pessoal ou mais capitalístico, dentro das possibilidades criadas em relação aos assunto principais” (MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 20-21).

exemplo, ao artigo 1.057, *caput* do CC/02²¹², que permite um regime particular sobre a cessão de cotas a ser previsto em contrato social –, as sociedades limitadas parecem estar mais próximas das sociedades pessoais, na medida em que, tomando-se o mesmo exemplo (a cessão de quotas sociais a terceiros), o regime legal prevê, como regra, que a cessão apenas ocorrerá se não houver a oposição de mais de $\frac{1}{4}$ o capital social (artigo 1.057, *caput* do CC/02)²¹³.

Com efeito, no contexto em que se inserem, de relevância da pessoa dos sócios – do que diretamente decorre a impossibilidade de livre cessão de quotas a terceiros –, justifica-se a existência de hipóteses legais de exclusão facultativa de sócio baseadas (i) na ocorrência falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente (artigo 1.030 do CC/02); ou (ii) pelo risco à continuidade da empresa que um sócio possa representar, em virtude de atos de inegável gravidade (desde que prevista a hipótese de exclusão por justa causa no contrato social – artigo 1.085 do CC/02).

Isso porque, parece evidente, o legislador preocupou-se em tutelar os consócios do inadimplente. Diante da sujeição, como regra, à anuência prévia de pelo menos $\frac{3}{4}$ do capital social para ceder a terceiros suas quotas²¹⁴, caso fosse inexistente a possibilidade de

²¹² Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

²¹³ “O Novo Código Civil, como já se viu, mantém o princípio relativamente a sociedade simples, ao estabelecer que “a cessão total ou parcial da quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e a sociedade” (art. 1.003). E, quanto às sociedades limitadas, o art. 1.057 estatui a possibilidade da cessão da quota, na omissão do contrato, a quem seja sócio, independentemente da anuência dos outros. Mas no que diz respeito a estranhos, a cessão somente poderá se dar “senão houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social”. (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Alguns aspectos referentes à cessão de quotas no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=7>>. Acesso em 27abr2012, p. 2).

²¹⁴ “[P]ara a cessão de quotas de sócio para não sócio é necessário que haja a anuência expressa ou tácita de quantos representem $\frac{3}{4}$ do capital social. No cálculo dessa maioria qualificada são incluídas as quotas do sócio alienante. Trata-se da mesma maioria exigida para a alteração do contrato social (CC, arts 1.071 e 1.706). Pela redação da norma, parece ser possível que o sócio transfira sua quota a terceiro, desde logo, sem consultar os demais, e submeta o instrumento de cessão à averbação na Junta Comercial, porquanto a prova da inexistência de oposição é negativa. Não é assim, porém. Esclarece o parágrafo único que o instrumento de cessão precisa ter a assinatura dos sócios anuentes. Aliás, do contrário, o terceiro adquirente ficaria exposto a uma insegurança quanto ao direito de se tornar sócio, pela possibilidade de a oposição ser apresentada em momento ulterior ao negócio de cessão, já que dele só tomam conhecimento formal pela publicidade do registro. Diante da clareza da norma, não é sequer possível que o sócio notifique os demais para que, em prazo razoável, declarem se aceitam ou não o novo sócio, valendo a falta de manifestação como anuência tácita. O instrumento de cessão assinado pelas partes e por sócios que representem a maioria qualificada antes referida é hábil para ser averbado à margem da inscrição da sociedade e para, então, operar a transmissão de quotas do cedente para o cessionário com efeitos em relação a todos os eventuais interessados” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa – comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 320 – sem grifos no original).

excluir o sócio inadimplente da sociedade, ao consócio apenas restaria a alternativa de permanecer associado àquele que se portou de maneira contraditória ao quanto contratado, tendo como resultado a frustração da consecução da atividade e, via de consequência, da expectativa de perceber o retorno do investimento feito (dado que os deveres sociais inadimplidos devem importar para o escopo comum).

É precisamente esse o segundo fundamento axiológico da norma de exclusão facultativa de sócio: evitar que o sócio adimplente se torne refém do consócio inadimplente na sociedade contratada que já não lhe rende o resultado legitimamente esperado.

Poderia ser argumentado, a esse respeito, que, ainda que o legislador não tivesse colocado à disposição dos consócios as hipóteses de exclusão facultativa, restaria ao sócio descontente a possibilidade de retirar-se da sociedade. No entanto, deve-se registrar que, apesar de os sócios de sociedades simples por prazo indeterminado disporem da possibilidade de se retirarem da sociedade sem justificativa (artigo 1.029 do CC/02), nas sociedades limitadas, o direito de retirada aplica-se apenas para determinadas e específicas hipóteses (artigo 1.077 do CC/02), além de estabelecer um regime de apuração de haveres consideravelmente desfavorável àquele que se retira (valor contábil das quotas).

Nesse sentido, embora haja, de fato, a possibilidade de exercício do direito de retirada, a possibilidade de exclusão do consócio inadimplente, em especial nas sociedades limitadas e nas sociedades simples por prazo determinado, parece medida salutar, a fim de preservar as legítimas expectativas dos contratantes, por meio da manutenção do relacionamento societário de boa-fé entre eles.

Essa é uma realidade, no entanto, bastante distante daquela prevista pela LSA.

Diante do restrito quadro normativo da LSA quanto à exclusão de acionista, indaga-se qual seria o fundamento para a inexistência de outras hipóteses legais permissivas de exclusão sob o âmbito das sociedades por ações, nos moldes do que se encontra no CC/02.

Segundo a clássica divisão das sociedades entre sociedades “de pessoas” e “de capitais”, aludida linhas atrás, às companhias, em virtude da natureza, em tese, de

sociedade de capitais, a figura do acionista seria indiferente, de sorte que o dever de colaboração e o dever de lealdade, ainda que existentes, seriam significativamente menos profundos do que aqueles encontrados nas sociedades de pessoas. Tendo como pressupostos a livre circulabilidade das ações, seria irrelevante a pessoa do acionista quanto à identificação da sociedade²¹⁵, uma vez que “à variabilidade das pessoas dos sócios contrapõe-se a fixidez do capital social²¹⁶”. Nesse contexto, no universo das companhias, o dever de conferimento seria o dever manifestamente relevante para o atingimento do escopo comum.

Em conformidade com o preceito da circulabilidade de ações emitidas, é livremente transferido o risco inerente à participação acionária, de maneira que apenas permanece como acionista aquele que de livre e espontânea vontade assim o escolhe, assumindo o risco que sua participação acionária implica²¹⁷.

Assim, a ideia de exclusão facultativa de acionista em virtude de descumprimento de dever social (para além da hipótese de acionista remisso, ou seja, de descumprimento do dever de conferimento), como ocorre nas sociedades sob a égide do CC/02, parece se tornar incompatível com a natureza das sociedades anônimas. De fato, sendo irrelevante a figura pessoal do acionista²¹⁸ e, nesse sentido, havendo a livre circulação de ações, na hipótese de inadimplemento de algum dever social de colaboração ou de lealdade pelo acionista, o *way out* daquele que se sentiu lesado, a princípio, seria bastante simples, notadamente nas companhias abertas. Em outras palavras, a tutela

²¹⁵ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005, pp. 462-463.

²¹⁶ “Ser a pessoa do sócio indiferente à caracterização jurídica da sociedade, sendo, por isso, possível a mudança da pessoa do sócio, independentemente de uma modificação do contrato social e do consentimento dos demais sócios. (...). A pessoa do sócio desaparece e, ao contrário, campeia o capital; à variabilidade das pessoas dos sócios contrapõe-se a fixidez do capital social” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, pp. 480-481).

²¹⁷ “os riscos dos acionistas podem ser transferidos a outros que tenha interesse em assumi-los, sem que tal transmissão acarrete qualquer alteração na estrutura da companhia” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 236).

²¹⁸ “antes e durante os atos da constituição da sociedade anônima, não passa despercebido o elemento pessoal, visto não serem os capitais ou as ações que a organizam, porém os subscritores do capital, os sócios. Depois de constituída, a mais absoluta impersonalidade é o seu sinal característico. Os associados não se conhecem; a morte de qualquer deles não reflete sobre a sociedade. No dia em que a falência lhe bate às portas, não há outra responsabilidade civil a apurar senão a da sociedade. A sociedade anônima, como se vê, é por excelência o tipo da sociedade de capitais, é mera “associação de capitais”. Naturalmente, o acionista nela figura para realizar as suas prestações, para nomear administradores e fiscais, para tomar-lhes contas, para votar nas assembleias sem mencionarmos o direito que tem à parte proporcional da renda líquida da sociedade (dividendo)” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V 3. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 287).

concedida pela norma de exclusão facultativa de sócio inadimplente, em tal contexto, parece mesmo desnecessária.

Além disso, há que se recordar que a LSA prevê, ela própria, mecanismos para sancionar infrações dos acionistas, como por exemplo a suspensão de direitos (*cf.* art. 120 da LSA) e o pagamento de perdas e danos (no caso do acionista controlador, *cf.* art. 117 da LSA). Tal constatação poderia tornar prescindível, em uma primeira análise, a possibilidade de exclusão de um acionista inadimplente dos deveres de colaboração e lealdade, que poderia ser sancionado de outras maneiras, em perfeito acordo com a sistemática da LSA e com a própria estrutura de uma companhia.

Nesse contexto – em que (i) a própria LSA prevê sanções às condutas abusivas dos acionistas (controlador ou não); e, (ii) as vicissitudes pessoais entre os acionistas são irrelevantes para a condução da atividade empresarial e a consecução do fim social; cuja consequência jurídica relevante é a existência, como regra, da circulabilidade das ações – a lei societária restringiu as hipóteses de exclusão de acionista apenas à situação de acionista remisso, considerando, nesse sentido, que o único dever rigorosamente exigido do acionista e de imprescindível cumprimento seria, até pelo caráter *intuitu pecuniae* da sociedade, a integralização das ações subscritas²¹⁹ (o dever de conferimento).

Dessa breve análise dos dispositivos da lei sobre exclusão facultativa de sócio, depreende-se que o bem jurídico protegido por ela, ao lado da própria *atividade empresarial*, é também o *interesse societário* – vale dizer, as legítimas expectativas dos sócios enquanto contratantes de um escopo comum – de forma **imediata**.

Essa conclusão fica clara ao confrontarmos os dois regimes jurídicos acima. O CC/02 prevê a limitação da livre circulação das quotas sociais e, em contrapartida, concede hipóteses expressas na lei para a exclusão facultativa de sócios por inadimplemento do dever de colaboração e do dever de lealdade. A LSA, por outro lado, prevê como regra a livre circulação das ações, assegurando a transmissibilidade das ações e a não sujeição à

²¹⁹ Nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, “no que tange às sociedades anônimas, verifica-se a falta de mandamento legal específico quanto à exclusão forçada do acionista decorrente do entendimento secular de que a obrigação fundamental e irretratável do acionista, imposta por lei, é de pagar integralmente o preço de emissão das ações que subscreveu ou adquiriu, uma vez que o capital social é sobre tudo a garantia dos demais acionistas e de terceiros que venham a se relacionar com a companhia” (STJ, Recurso especial 917.531-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 8.11.2011).

maioria dos acionistas, mesmo na contratação de restrições à circulação; deixando, em virtude disso, de conceder hipóteses legais expressas para a exclusão facultativa de acionista por inadimplemento dos citados deveres.

Eis aí o segundo aspecto da finalidade da norma de exclusão.

2.2.3. HIPÓTESE JURISPRUDENCIAL

Considerando a finalidade da norma de exclusão facultativa de sócio (a preservação da atividade e a tutela dos interesses dos demais consócios), a jurisprudência passou a admitir, gradualmente até a pacificação da matéria, (i) a dissolução parcial *strictu sensu* das sociedades anônimas; e (ii) a possibilidade de exclusão de acionista, mesmo sem qualquer previsão expressa na LSA. Procurando decifrar a racionalidade comum a tais decisões²²⁰, concluímos que em ambas as hipóteses jurisprudenciais de dissolução parcial *lato sensu* de companhia, a *ratio decidendi*²²¹ foi a preservação da empresa no sentido de atividade empresarial e no interesse dos demais consócios²²².

Não se pretende, nesse trabalho, analisar a hipótese de dissolução parcial *strictu sensu* das companhias. O que importa registrar a esse respeito, na medida que será

²²⁰ Segundo nos explica Conrado Hübner Mendes, da SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, a respeito desse trabalho de decifrar a racionalidade comum de diferentes decisões, devemos procurar “cortar, na medida exata, os fatos do caso concreto que não se generalizam, e preservar aqueles que são fundamentais e que se prestam como parâmetros jurídicos para situações semelhantes. Estamos montando, peça por peça, a partir de uma decisão específica, uma hipótese normativa abstrata. De uma decisão concreta passada, temos de extrair uma orientação geral para o futuro” (MENDES, Conrado Hübner. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão*, p. 7. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Acesso em 6nov2014).

²²¹ O fundamento definitivo para decidir, que poderá ser aplicado a casos futuros (*cf.* MENDES, Conrado Hübner. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão*, p. 2. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Acesso em 6nov2014).

²²² “Sempre tendo em vista o interesse público encontrado na atividade empresarial da companhia, entendem os tribunais que não pode o minoritário impor sua vontade de dissolver a companhia sobre a vontade contrária dos acionista majoritários e controladores” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 206 a 242*. V. 4. T. I. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 45). E mais a frente prossegue o mesmo autor: “Não é apenas o interesse público que leva à construção pretoriana da dissolução parcial. Também têm interesse em salvar a companhia da dissolução os seus acionistas em maioria, que desejam conservá-la e, nela, a atividade empresarial. O princípio do interesse privado funda-se na constatação de que a dissidência de um sócio em minoria não desfaz a convergência do interesse dos demais na continuidade da companhia. Assim, no âmbito dos interesses dos acionistas, prevalece o princípio de que a dissidência de um deles não pode representar a morte da companhia, impondo-se, portanto, sua conservação, por razões públicas e privadas” (Op. Cit., p. 48).

importante para a hipótese jurisprudencial que objetivamos tratar, é que a possibilidade de dissolução parcial parece estar hoje pacificada pela jurisprudência brasileira nas seguintes circunstâncias: (i) apenas em companhias fechadas e familiares²²³; e, concomitantemente, (ii) quando os acionistas remanescentes, excetuando-se daquele que formula o pedido de dissolução parcial, desejem continuar com a sociedade. Nessas hipóteses, em havendo o pedido de dissolução parcial *stricto sensu* por quebra de *affectio societatis*, a medida – típica de sociedade de pessoas – torna-se aplicável, segundo a jurisprudência, com base no art. 206, inciso II, alínea *b*, da LSA²²⁴.

Foi na esteira da construção jurisprudencial sobre dissolução parcial *strictu sensu* de companhias que a jurisprudência brasileira²²⁵ passou a admitir a exclusão de acionista, adotando-se, para tanto, o mesmo raciocínio, embora o dispositivo legal de fundamento seja outro:

“caracterizada a sociedade em tela como fechada personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial – fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas –, é de se entender pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: “A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código”. Ademais, a Lei 6404/76 não veda que o estatuto social prescreva hipóteses e procedimentos de exclusão de sócio, tendo em vista o caráter regulamentador que assume tal ato constitutivo das sociedades anônimas²²⁶”.

Com efeito, as sociedades anônimas fechadas de cunho familiar apresentam todas as características de uma sociedade de pessoas, ambiente em que prepondera a consideração pessoal e confiança recíproca entre os acionistas²²⁷. Diferentemente do que

²²³ Cf. STJ, Recurso especial 917.531-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 8.11.2011. Para o Relator do recurso, é a caracterização da sociedade anônima como fechada e personalista “o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial – fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas” (fls. 17 de seu voto).

²²⁴ Cf. STJ, Embargos em Recurso Especial 111.294-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. em 28.6.2006; STJ, Recurso Especial 1.128.431-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 11.10.2011; STJ, Embargos em Recurso Especial 419.174-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 4.8.2008; STJ, Agravo Regimental 1.079.763-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 5.10.2009.

²²⁵ Para o fim a que a pesquisa jurisprudencial pretendeu neste trabalho, foram analisados os repertórios de jurisprudência digital do STJ (critério de pesquisa: exclusão + acionista) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (critério de pesquisa: exclusão + acionista + sociedade + anônima).

²²⁶ STJ, Recurso Especial 917.531-RS, Des. Rel. Luís Felipe Salomão, julgado em 17.11.2011 – extrato do voto.

²²⁷ “[O] conceito de *affectio societatis* é perfeitamente aplicável às sociedades de capital fechadas, tanto que “nas sociedades de sociedade”, o que se procura na pessoa jurídica sócia, ou o que dela se espera, não é apenas uma contribuição de capital, absolutamente anônima e fungível, mas, antes de tudo, uma experiência tecnológica acumulada, a tradição comercial, a capacidade gerencial, o fato de o controlador ter a nacionalidade do país em que se vai atuar, e assim por diante. Daí ser possível falar, escusado o neologismo jurídico, em “sociedades anônimas de pessoas”, ao lado de “sociedades anônimas de capitais”, sublinhando-

ocorre nas demais companhias, abertas ou fechadas, e que segundo Comparato seriam as “verdadeiras sociedades anônimas²²⁸”, a jurisprudência entende que nas sociedades anônimas fechadas familiares decorreria sempre um elevado grau de importância da figura dos acionistas, o que evidenciaria o elemento *affectio societatis* e sua importância para o regular exercício da atividade empresarial.

Nesse contexto, a ideia de que a animosidade entre os consócios poderia levar ao impedimento da atividade empresarial – ideia “importada” das sociedades de pessoas – levou o intérprete a adotar o mesmo fundamento axiológico da medida de “expulsão” prevista no CC/02 de maneira a preservar a empresa. E é inegável a inspiração do julgador: a exclusão facultativa, embora medida atípica para as sociedades ditas de capitais, pode ser empregada quando, de outra forma (ou seja, pela permanência da presença de determinado acionista), a sobrevivência da companhia estaria em xeque.

A hipótese jurisprudencial, no entanto, ainda oscila em seu fundamento jurídico-dogmático. Ora a jurisprudência entende que a mera quebra de *affectio societatis* seria suficiente para impedir o preenchimento do fim social, o que, portanto, autorizaria a exclusão de um dado acionista²²⁹, ora entende que seria necessário comprovar o descumprimento de um dever social por parte do acionista que se pretende excluir²³⁰.

se, pela contradição da primeira dessas expressões, a importância do *intuitu personae* e como pressuposto integrativo do pacto societário” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51).

²²⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões de conselho de administração*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 116-131, p. 121.

²²⁹ “Cuida-se de ação de exclusão de acionista de companhia fechada de caráter familiar, na qual predomina a relação pessoal entre os sócios, porquanto constituída com caráter *intuitu personae*. Considerando que a sociedade constituída pelas partes é de natureza contratual, familiar e personalíssima, a r. sentença bem decidiu a lide ao excluir o acionista Apelado, por quebra do *affectio societatis*, e determinar a apuração de haveres por meio de perícia” (TJSP, Apelação nº 1021367-06.2013.8.26.0100, Voto nº 14338, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, julgado em 1.7.2014).

“Há, certamente, uma grande celeuma no que toca ao tema de “exclusão de acionista” ou “dissolução parcial da S/A”. Admite-se, em princípio, que nas anônimas o direito de retirada não é concedido de forma generalizada. Não é dado ao acionista o direito de retirar-se quando assim o desejar, causando um ônus à sociedade; caso não queira mais continuar na sociedade deve transferir suas ações. Tampouco é garantido a ele o direito de retirada pela simples divergência em relação a deliberações da sociedade. Tal direito só é possível nos casos enumerados pela lei como autorizadores do exercício do direito de retirada. Concilia-se, assim, a autonomia da sociedade e dos acionistas, limitando-se o direito de retirada a hipóteses efetivamente relevantes. (...). Desse modo, em casos específicos, a sociedade anônima tem uma nítida natureza pessoal e, por isso, será permitido classificar como justo motivo para a retirada a simples quebra de *affectio societatis*”. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2040069-89.2013.8.26.0000, Voto nº 27653, Rel. Des. Enio Zuliani, julgado em 5.12.2013 – sem grifos no original. Ainda que que o processo diga respeito a pedido de dissolução parcial da SA em referência, o Desembargador Relator menciona a hipótese de exclusão,

De toda forma, tanto em um quanto em outro caso, a exclusão de acionista é justificada pelo fato de que a sociedade anônima em análise é de cunho familiar e, por essa razão, é fundamentada positivamente no artigo 1.030 do CC/02, em razão da regência supletiva do regime das sociedades simples às companhias, prevista no artigo 1.089 do CC/02. O mencionado fundamento será objeto de estudo no presente trabalho, quando buscarmos analisar o fundamento positivo processual e material da exclusão de acionista e, em especial, de acionista controlador.

A análise do fundamento jurídico-dogmático da hipótese jurisprudencial e as críticas desse trabalho a respeito da hipótese jurisprudencial serão efetuadas no próximo capítulo. O que interessa deixar registrado nesse ponto é o fato de que o fundamento axiológico do instituto da exclusão de sócio – notadamente na acepção da preservação da empresa – inspirou, de maneira inegável, a jurisprudência a adotar um passo importante no que se refere ao tema em estudo, passando a admitir a exclusão de acionista em sociedades anônimas fechadas e familiares.

Estabelecidas as premissas do trabalho, ou seja, o fundamento dogmático-jurídico e o fundamento axiológico da exclusão facultativa de sócio, dedicaremos o próximo capítulo aos requisitos de *admissibilidade* da exclusão facultativa de acionista. São dois e estão, cada um deles, relacionados a um dos dois fundamentos do instituto,

conforme transcrição).

“De acordo com as provas coligidas nos autos, é nítida a quebra da *affectio* entre os acionistas e, sendo assim, não devem ser obrigados a permanecer associados. Nessa esteira, no que toca ao pedido de declaração da culpa exclusiva do requerido a fim de que fosse excluído da sociedade, tal deve ser refutado, tendo em vista que diante das provas coligidas, não há que se falar em culpa, mas em quebra da *affectio*, bastando isso para se determinar a dissolução parcial da sociedade” (TJSP, apelação nº 0003579-80.2011.8.26.0224, Voto nº 26399, Rel. Des. Enio Zuliani, julgado em 21.5.2013 – sem grifos no original. Com relação a esse julgado vale destacar que, entendendo que a quebra de *affectio societatis* seria imputável a todos os acionistas, o Tribunal determinou a exclusão do acionista solicitada e o pagamento do valor de mercado das suas ações). Ainda no mesmo sentido: TJSP, Apelação com Revisão nº 197 694.4/4, Voto nº 15.800, Rel. Des. Justino Magno de Araújo, julgado em 29.5.2008, que manteve sentença de exclusão de acionista por quebra de *affectio societatis*.

²³⁰ “ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO. Ausência de comprovação ou existência de atos que justifiquem o pedido de exclusão de sócio. Sentença de improcedência, mantida. Recursos desprovidos” (TJSP, Apelação cível nº 386.684.4/1-00, Voto nº 9276, Des. Rel. Teixeira Leite, 10.12.2009).

“2. É bem de ver que a dissolução parcial e a exclusão de sócio são fenômenos diversos, cabendo destacar, no caso vertente, o seguinte aspecto: na primeira, pretende o sócio dissidente a sua retirada da sociedade, bastando-lhe a comprovação da quebra da “*affectio societatis*”; na segunda, a pretensão é de excluir outros sócios, em decorrência de grave inadimplemento dos deveres essenciais, colocando em risco a continuidade da própria atividade social. 3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo” (STJ, Recurso especial 917.531-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 17.11.2011 – sem grifos no original).

respectivamente: (i) a necessidade de comprovação de um grave inadimplemento de dever social (dever de colaboração ou dever de lealdade, já que o dever de conferimento está expressamente previsto na LSA) por parte do sócio excluendo; e, cumulativamente, (ii) a existência de restrição contratual à livre circulação de ações.

Conclusões parciais:

- (i) O fundamento axiológico do instituto da exclusão de sócio apresenta dois aspectos distintos e complementares: (i) a finalidade de preservação do perfil funcional da empresa (a atividade negocial); e (ii) a finalidade de preservação do perfil subjetivo da empresa (a sociedade e, por extensão, o interesse societário).
 - a. **Quanto à preservação da atividade:** a exclusão de sócio busca tutelar a continuidade da exploração da empresa e, consequentemente, os interesses institucionais envolvidos (funcionários, credores, comunidade, etc.).
 - b. **Quanto à preservação do relacionamento societário:** a exclusão social busca tutelar os sócios de maneira imediata, na medida em que está expressamente prevista nos tipos societários em que, como regra, não há a livre cessão de participação societária. Nesse contexto, o instituto jurídico estudado teria por finalidade a proteção do interesse societário (interesse conjunto dos contratantes e a respectiva legítima expectativa de realização do objeto social e de partilha de resultados), por meio da preservação do relacionamento de boa-fé entre eles.

3. A EXCLUSÃO DE ACIONISTA EM S.A.

Antes de abordar propriamente o tema que o capítulo pretende, há que se fazer breve digressão a respeito da lógica acionária; os princípios basilares da LSA que a tornam lei especial e que devem nortear a atividade de interpretação de seus dispositivos legais e a busca de solução para casos não expressamente regulados.

Sem o intuito de traçar aqui a evolução da história das companhias, cabe apenas situar a promulgação da LSA na história do Brasil.

Conforme descrevem Lamy e Bulhões, no início da década de 70 havia se tornado evidente a inadequação do Decreto-lei nº 2.627/1940, que tinha como modelo a sociedade anônima fechada, frente a então realidade econômica brasileira e o que se pretendia como modelo de desenvolvimento econômico. De 1940 a 1970, o Brasil havia experimentado ampla expansão – e não apenas em termos populacionais. O produto interno bruto e a taxa de urbanização e industrialização do país haviam adquirido novas dimensões e, nesse contexto, reclamavam nova “infraestrutura nacional”, que possibilitasse grandes investimentos por parte dos empresários nacionais, que se viam, àquela altura, excluídos das grandes iniciativas privadas (efetuadas, exclusivamente, pelo Estado ou por empresas estrangeiras ou multinacionais)²³¹.

Nesse cenário, desenhou-se a necessidade de institucionalizar uma alternativa de viabilização de grandes projetos de investimento aos empresários nacionais, proporcionando-lhes a possibilidade de acesso à fonte alheia de capital, de maneira que não mais dependessem do reinvestimento do lucro de suas empresas já existentes²³² ou da desordenada abertura da sociedade a novos sócios²³³. É nesse contexto que nasce a LSA,

²³¹ Cf. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 136-137.

²³² Cf. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 136-137 e, mais adiante, nas pp. 147-149.

²³³ “À medida que o processo de desenvolvimento econômico mudava a escala da empresa e a obrigava a crescer, para sobreviver, capitais sempre maiores precisavam ser mobilizados e o antigo “dono” – o empresário individual ou familiar – viu-se constrangido a abrir a sociedade, admitir novos sócios, quaisquer que fossem as consequências (inclusive perda de controle) porque seriam elas sempre melhores que a sanção da ineficiência, ou da incapacidade, que era a morte, ou seja, a falência” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 153).

como maneira de criar as condições para o mercado primário de ações no Brasil e viabilizar a organização e o funcionamento da grande empresa privada nacional²³⁴⁻²³⁵.

Nesse sentido, a fim de criar o modelo de companhia compatível à aspiração da “grande empresa privada”, os legisladores preocuparam-se em estabelecer algumas características próprias da companhia que (i) aperfeiçoasse o modelo de sociedade anônima utilizado pelas pequenas e médias empresas, permitindo a adoção do modelo por sociedades que pudessem se associar em *joint ventures*²³⁶; e (ii) as distinguisse das sociedades de pessoas até então existentes²³⁷. Dentre as principais características, mencione-se a participação societária em “ações” a partir da contribuição para o capital social; a livre transferência das participações societárias como regra; a limitação de responsabilidade dos acionistas ao valor aportado e a existência de uma definição de acionista controlador.

A partir dessas características é possível extrair dois pilares que nortearam a criação do modelo de sociedade que poderia estruturar a organização da “grande empresa privada”: a concentração de poder, do que desdobra o princípio majoritário, e o princípio da circulação de ações.

²³⁴ Lamy descreve outros tantos “reclamos por uma reforma da lei de sociedades anônimas”, como a inexistência de “certos mecanismos universalmente adotados para as *joint ventures*, como os acordos de acionistas”, a impossibilidade de emissão de certos títulos como os bônus de subscrição, a necessidade de “defesa eficiente do público investidor”, etc. (Cf. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 136-138 e exposição de motivos da LSA, *In op. Cit.*, pp. 143-144). Por razões metodológicas, optou-se por abordar, no texto da tese, apenas um desses “reclamos”, notadamente a necessidade de viabilizar a arrecadação de grandes volumes de capital por meio da associação da poupança de terceiros (público investidor).

²³⁵ “A reforma da Lei das S.A. é uma precondição para a existência desse Mercado primário, pois busca restaurar o verdadeiro significado da grande instituição e possibilitar a plenitude do seu funcionamento como instrumento insubstituível para conseguir a associação de milhares de investidores na formação do capital de risco exigido pela grande empresa” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 151).

²³⁶ Cf. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143.

²³⁷ “Quando se pretende reformar a Lei das S.A., com o objetivo de criar o quadro institucional para a grande empresa privada, é indispensável conhecer a estrutura jurídica da grande empresa nas economias contemporâneas de mercado, que apresentam características distintas da companhia empresária do século XIX, objeto da disciplina das primeiras leis sobre sociedades anônimas” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 151-152). “Esta é a nova realidade empresarial, a nova S.A., que embora utilize os institutos e revista a forma da antiga (o que aconselha regulação comum) nada tem a ver as demais sociedades de pessoas – o que afasta, a não ser por amor à simetria, o proposto Código de Sociedades” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 153).

Embora a realidade de dispersão acionária não fosse desconhecida dos autores da LSA²³⁸, a organização da grande empresa nacional foi pensada tomando-se por modelo a concentração de poder acionário e a consequente definição da figura de um acionista controlador (conforme artigos 116, 243, parágrafo 2º e 265, parágrafo 1º da LSA), o que, segundo os autores da LSA, poderia garantir a necessária estabilidade de comando da sociedade e a gestão eficiente da grande empresa²³⁹⁻²⁴⁰.

Como meio de incentivar minoritários a participar das sociedades com poder de controle definido e, com isso, atingir o objetivo da lei (de mobilizar grande volume de capital e viabilizar a constituição e funcionamento da grande empresa nacional), a LSA estabeleceu a soberania decisória da assembleia geral (conforme artigos 121 e 122), tendo

²³⁸ Conforme demonstra a inclusão, na LSA, de institutos típicos da realidade de dispersão acionária, como a oferta pública de aquisição de controle, nos termos do artigo 263 e seguintes (Cf. OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, nota 81, p. 46). A escolha do modelo de concentração acionária, segundo o autor, poderia ser explicado pelo fato de que “o estágio evolutivo das companhias brasileiras era tão incipiente que não faria qualquer sentido, à época, criar uma disciplina complexa ou mesmo querer organizar a empresa sob a premissa da dispersão acionária” (OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, pp. 45-46).

²³⁹ “Na fase de criação da empresa, a necessidade da função do empresário-empresendedor, exercida pelo acionista controlador, é óbvia. Nunca ninguém ouviu falar de empresa que nascesse espontaneamente pela reunião de investidores do mercado e administradores profissionais, sem um ou alguns líderes que desempenhassem a função do empreendedor. Mas essa necessidade continua a existir mesmo na empresa aberta que tem 50, 70, 90 ou 95% do capital em mãos do público investidor. E a razão é simples: não há empresa que sobreviva sem estabilidade de direção, e é a existência do acionista controlador que cria essa estabilidade na companhia de mercado que não atingiu o estágio da macroempresa institucionalizada. (...). Se o capital da companhia se acha pulverizado, de modo que nenhum acionista detém maioria, e se alguns acionistas não se aglutinam para assumir o controle, as deliberações em cada assembleia passam a depender de maiorias ocasionais, conforme a mistura dos acionistas presentes. (...). Transformar-se-ia, assim, a utópica “empresa de todos” na “empresa de ninguém” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 193-194).

²⁴⁰ A respeito da análise da eficiência econômica do poder de controle concentrado *vis à vis* ao controle gerencial, ver PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *A estabilidade da firma: o alinhamento esperado do poder de controle na Sociedade por Ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 90-113.

por corolário o princípio majoritário²⁴¹, consolidado por meio da atribuição do direito de voto a cada ação²⁴².

É inquestionável a previsão, na LSA, de duas classes de acionistas, distintas por vantagens financeiras e pela possibilidade de supressão do direito de voto para a classe dos preferencialistas. Segundo os próprios autores da LSA, haveria que se diferenciar os acionistas que se interessam pela empresa e “acompanham sua vida” daqueles que apenas lhe aportam capital²⁴³. Ao prever a soberania das assembleias gerais, a LSA parece demonstrar preocupação em incentivar a associação de minoritários “participativos” da vida da empresa – ainda que o estímulo à participação de acionistas “investidores” também seja evidente, dado o objetivo da reforma da regulação das sociedades anônimas: permitir a captação de grandes volumes de capital²⁴⁴.

Com efeito, o modelo de companhia proposto pela LSA, segundo sintetiza José Alexandre Tavares Guerreiro, “se fundava na segregação de ações votantes, de um lado, e de ações preferenciais não votantes, de outro, que haveriam de permitir a consolidação da dicotomia controle da empresa/capital não votante disperso. O controle seria assegurado mediante parcelas relativamente modestas do capital total em mãos do acionista controlador, individual ou plúrimo, ao passo que a capitalização em massa adviria da

²⁴¹ “é a regra do regime de funcionamento dos órgãos de deliberação colegiada da companhia segundo a qual as deliberações são tomadas por maioria de votos e, quando conformes com a lei e o estatuto social, vinculam todos os membros, ainda que ausentes ou dissidentes” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 808).

²⁴² “E para que a empresa possa subsistir, sem sobressaltos, apesar das divergências naturais entre tantos sócios, e para que a minoria aceite associar-se submetendo-se à lei da maioria – vale dizer, para que a S.A. possa exercer sua função insubstituível de mobilizar poupanças, e para que se crie um amplo mercado de capitais – o direito de voto terá que ser disciplinado e exercido responsavelmente. É evidente que ninguém participaria de uma sociedade em que a maioria pudesse tudo, inclusive deliberar no seu exclusivo interesse, ou contra o interesse da sociedade, ou em que imperasse a lei da selva, tão bem enunciada pelos italianos no “*soltanto il mio danaro é sacro, il resto all’inferno*”...” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 161 – sem grifos no original).

²⁴³ Cf. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 163-164.

²⁴⁴ “A coexistência de dois tipos de acionistas na sociedade anônima – o acionista-empresário e o acionista-capitalista a qual, de resto, nada mais faz do que reproduzir a estrutura acionária, da comandita – parece conatural à grande sociedade por ações” (COMPARATO, Fabio Konder. COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 54).

participação de investidores de mercado, com o que se estruturava a companhia com base, precisamente, numa engenharia de soluções equilibradas²⁴⁵.

Evidente aí a preocupação da LSA com a “dicotomia controle da empresa/capital não votante disperso”, que reflete uma preocupação de ordem mais profunda: a dicotomia acionistas controladores vs. acionistas não controladores²⁴⁶.

Por essa razão, buscando institucionalizar um contrapeso ao poder de controle e ao princípio do majoritário, de maneira a conciliar os interesses de todos os acionistas (controlador/não controladores)²⁴⁷, os autores da LSA estabeleceram (i) o poder de controle como posição jurídica própria, “*status* específico”, por meio do que se tornou centro de imputação de deveres e responsabilidades²⁴⁸ e, paralelamente, (ii) direitos essenciais à condição de sócio (direitos inalienáveis)²⁴⁹, dentre os quais se acha o “direito de saída da sociedade” nos casos previstos na lei²⁵⁰, medida que busca solucionar situações

²⁴⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo. E AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28, p. 21.

²⁴⁶ Segundo Erik Oioli, o sistema da LSA foi construído justamente a partir do modelo calcado no antagonismo entre acionistas controladores e não controladores (OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, p. 16).

²⁴⁷ “Isso não significa que não existam limites estruturais e comportamentais relevantes ao exercício do poder de controle na própria lei das sociedades anônimas. Esses limites são os pilares sob os quais se ergue a disciplina do poder de controle, que encarando a realidade de sua existência, têm como dever em certos casos limitá-lo ou mesmo eliminá-lo (limites estruturais), em outros casos restringir seu exercício submetendo-o à sua função (social) ou aos interesses da sociedade (limites comportamentais)” (SALOMÃO FILHO, Calixto. COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, nota 5, p. 42).

²⁴⁸ “Assim, reconheceu, com *status* específico, a figura do controlador, isto é, a pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas, que detém o poder majoritário nas assembleias e usa esse poder para geri-las, diretamente ou por intermédio de administradores que elegem. Esse acionista, ou grupo de acionistas – do qual depende, em grande parte, a sorte da empresa – responde pelos atos praticados com abuso de poder” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 195).

²⁴⁹ A respeito dos direitos essenciais dos acionistas, dispostos no artigo 109 da LSA, Marcelo Barbosa explica que “a inderrogabilidade estatuída em lei tem fundamento principalmente na necessidade de proteção do acionista – qualquer acionista – contra abusos por parte da maioria” (In *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 304). No mesmo sentido, Bulgarelli sintetiza: “[i]negavelmente, a construção dos chamados direitos essenciais dos acionistas decorreu da necessidade de se opor um limite ao poder quase absoluto das Assembleias, exercido pelas maiorias, entendendo-se que não obstante indispensável o princípio majoritário para a formação da vontade social, não poderia ir até o ponto de frustrar o “status” do acionista” (BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S.As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 46).

²⁵⁰ Especificamente sobre o direito essencial de “saída” do acionista, Bulhões Pedreira: “[o] direito de retirada surgiu como contrapeso à competência, reconhecida à assembleia geral, de modificar as bases

de discrepância inconciliável de entendimentos entre minoritário e controlador acerca dos rumos da companhia, por meio do que permite a saída do minoritário da sociedade mediante reembolso do valor de suas ações.

Os deveres e responsabilidades do acionista controlador, “mais amplos do que os dos acionistas não controladores e dos administradores²⁵¹”, serão objeto de estudo do próximo capítulo. O que é importante registrar nesse momento é a função que desempenham na LSA: de limite estrutural à organização do poder de controle²⁵².

No entanto, de acordo com o estipulado na LSA, há de se verificar que tais deveres e responsabilidades geram ao controlador, quando constatado exercício abusivo de seu poder, unicamente sanção de cunho obrigacional, a despeito da influência determinante de sua conduta na gestão de bens alheios. Não há, ao poder de controle, a previsão de sanção societária individualizada, compatível com a relevância da sua função de comando; tão-somente a sanção de suspensão dos direitos genérica a qualquer acionista²⁵³ (artigo 120 da LSA). Conforme explica o professor Calixto, “a gênese da lei societária se dá no período militar. Não deve espantar, portanto, a relevância dada por esta ao reforço do poder no interior da organização societária (o poder de controle) visto como instrumento de fortalecimento da grande empresa privada nacional²⁵⁴”.

Com relação ao direito de retirada, incidente qualquer das hipóteses legais autorizadoras²⁵⁵, ao acionista é permitido exercer o direito de ter sua participação societária

essenciais do contrato de companhia” *In Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326).

²⁵¹ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 788.

²⁵² Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 479.

²⁵³ “A suspensão deve abranger todos os acionistas em idênticas condições. Não pode ser discriminatória, alcançando determinados acionistas inadimplentes e excluindo, por conseguinte, os demais que se encontram na mesma situação” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860).

²⁵⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 20.

²⁵⁵ “Os fatos que autorizam o exercício do direito de retirada podem ser classificados em três grupos:

I – modificações nos direitos de participação dos acionistas (a) criação de ações preferenciais (inciso I do artigo 136 c/c 137); (b) aumento desproporcional de classe de ações preferenciais (inciso I do artigo 136 c/c 137); (c) alteração de direitos das ações preferenciais (inciso II do artigo 136 c/c 137) e (d) criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecida (inciso II do artigo 136 c/c 137);

II – outras modificações essenciais no contrato de companhia: (a) redução do dividendo obrigatório (inciso III do artigo 136 c/c 137); (b) transformação (artigo 221); (c) mudança do objeto social (inciso VI do artigo 136 c/c 137); (d) participação em grupo de sociedades (inciso V do artigo 136 c/c 137); (f) cisão (inciso IX

reembolsada pela própria sociedade. Diz-se que se trata de direito essencial na medida em que é direito inderrogável pelo estatuto ou assembleia geral – que não podem restringi-lo para além das hipóteses legais. Configura, portanto, garantia de saída do acionista minoritário da companhia “caso veja seus interesses prejudicados em função dos rumos imprimidos à companhia pelo acionista controlador”²⁵⁶.

Esse é um “contrapeso” ao poder de controle bastante significativo. Embora o princípio majoritário assegure a soberania decisória da assembleia geral, e, segundo os autores da LSA, busque incentivar a adesão de minoritários à sociedade, há de se convir que, em um ambiente de controle definido (majoritário ou minoritário), o comando da sociedade será determinado, em última análise, exclusivamente pelo acionista controlador²⁵⁷.

A esse respeito é válido registrar que o princípio majoritário relativiza o “princípio fundamental do direito contratual de que as estipulações do contrato ajustadas pelas partes contratantes somente podem ser alteradas por novo consenso dos contratantes²⁵⁸” – que efetivamente protegeria os minoritários contra decisões unilaterais do controlador –, dado que, pela natureza da companhia (e da potencialidade de sua

do artigo 136 c/c 137); (g) conversão em subsidiária integral mediante incorporação de ações (parágrafos 1º e 2º do artigo 252); (h) sucessão de companhia aberta por companhia fechada (parágrafos 3º e 4º do artigo 223); e, (i) desapropriação do controle pelo poder público (parágrafo único do artigo 236) e

III – aquisição de controle de sociedade empresaria que constitua investimento relevante ou com pagamento de prêmio superior a 50% do valor das ações (artigo 256)” (In LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 341-342). Também seria possível citar os artigos 230, 256, parágrafo 2º e 270, parágrafo único, da LSA e a hipótese de oferta pública de aquisição de ações para cancelamento de registro de companhia aberta (artigo 4º, parágrafo 6º, da LSA) e em decorrência da alienação do controle (artigo 254-A da LSA) (Cf. OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, p. 48-49).

²⁵⁶ OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, pp. 48-49.

²⁵⁷ “Acresce que, mesmo nas economias mais desenvolvidas, há, na maioria das companhias abertas, um acionista ou grupo de acionistas que é titular de direitos de voto que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria nas deliberações da Assembleia Geral. Nessas companhias ocorre, como nas macroempresas institucionalizadas, uma modificação de fato na estrutura da companhia: o poder supremo da companhia que, segundo o modelo de sociedade democrática somente é exercido durante as reuniões da assembléia geral, passa a ser exercido, de modo permanente, independentemente de reunião da Assembleia, pelos administradores (na macroempresas institucionalizada) ou pelo acionista controlador (nas demais companhias)” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 801).

²⁵⁸ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 809.

dimensão), poderia se tornar inviável a obtenção de consenso entre todos os acionistas para efetuar cada alteração do estatuto social, o que, por sua vez, poderia representar entraves à consecução da atividade da sociedade, que pode requerer ajustes no curso do tempo.

Importante ressaltar que não se está a falar que o direito de recesso procura tutelar os acionistas não controladores contra abusos de maioria. Embora o direito de recesso seja de fato um “limite ao império a maioria”, conforme lição de José Alexandre Tavares Guerreiro, o direito de retirada não pressupõe uma atuação ilegal ou abusiva do poder de controle – pelo contrário, seu pressuposto é justamente a existência de uma deliberação válida²⁵⁹.

O direito de retirada, por constituir-se “válvula de escape do contrato associativo²⁶⁰”, relaciona-se, nessa medida, com o princípio da circulação das ações, fundado, por sua vez, na previsão de que “a propriedade do título compreende a faculdade de dele dispor²⁶¹”. Quando aqui mencionamos a relação entre direito de retirada e circulação de ações, não fazemos referência à liquidez das ações propriamente, mas apenas à característica de serem valores mobiliários *transferíveis* por sua própria natureza²⁶².

²⁵⁹ “O direito de retirada assume, portanto, o caráter de exceção à atuação incondicionada do princípio majoritário, ainda que exercido este licitamente e de forma regular (ou seja, de forma não abusiva)” e “[q]uando se alude ao recesso, portanto, não se cuida nem de reação contra prática de ilicitude ou, tampouco, de combate ao abuso da maioria. (...) [o direito de retirada] não se torna meio de eliminar as ilicitudes ou os abusos que eventualmente se possam conter na deliberação da Assembléia Geral. Bem ao revés, o recesso pressupõe um *prius* de licitude e legitimidade, expresso na deliberação válida da Assembléia Geral. À vista das considerações precedentes, pode-se admitir, sem dúvida, que o recesso configura limite ao exercício do poder preponderante nas deliberações da Assembléia Geral, ou até mesmo que representa atenuação pontual de sua força, (...)” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio do majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 13-21, respectivamente, p. 15 e p. 20).

²⁶⁰ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 327.

²⁶¹ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 522. De fato, o “[d]ireito de dispor da ação está compreendido no direito de propriedade, e reforça uma das características da ação: a circulabilidade” (BARBOSA, Marcelo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 437-438).

²⁶² Embora a LSA tenha excluído o direito de retirada na hipótese de fusão, incorporação e participação em grupo de sociedade quando as ações da companhia aberta tiverem liquidez e estiverem dispersas no mercado (artigo 137, II da LSA), de maneira a reconhecer a prescindibilidade de assegurar o direito de retirada ante a possibilidade de o acionista descontente transferir rapidamente suas ações a terceiro por meio do mercado, é somente em tais casos de reorganização societária que “a liquidez desponta como fator decisivo para a configuração do direito de retirada”, conforme ressalta José Alexandre Tavares Guerreiro (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio do majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 13-21, p. 15). Também poderia ser citada a possível intenção do dispositivo legal, inserido pela Lei

Além disso, o princípio da circulação parece conformar-se, também, à caracterização do modelo de companhia como técnica de organização da “grande empresa privada”, que pressupõe, em princípio, a fungibilidade dos sócios²⁶³ e a possibilidade, daí decorrente, de os sócios se retirarem da sociedade sem a necessidade de anuência dos demais consócios²⁶⁴.

Com efeito, a possibilidade de transferência das ações permite que a companhia conduza a atividade de maneira ininterrupta e, de outra parte, aumente a liquidez das participações acionárias, além de possibilitar que os acionistas componham e mantenham uma carteira de investimentos diversificada²⁶⁵.

Portanto, o princípio da circulação de ações está em consonância, reciprocamente, com o princípio majoritário e demais dispositivos legais, bem como com o

9.457/1997, de evitar que os acionistas exercessem o direito de retirada apenas para se beneficiar de eventual valor de reembolso (estipulado segundo o estatuto social – ou, em seu silêncio, fixado pela lei no valor de patrimônio líquido contábil da ação demonstrado no balance da companhia) maior do que a cotação da ação no mercado.

²⁶³ A respeito do modelo de companhia caracterizada como sociedade de capitais, Rachel Sztajn: “[n]ão havendo forte vínculo entre o exercício da atividade e a pessoa dos sócios, a fungibilidade destes é admitida e a cessão da participação societária, sem o consentimento dos demais membros, se torna factível” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 75). No mesmo sentido, Bulgarelli, para quem: “[a] transmissibilidade das ações tem sido admitida pacificamente pela doutrina, como um direito irrevogável, considerada como da essência das sociedades anônimas fator de atração de capitais além da sempre afirmada indiferença pela pessoa do acionista, característica das sociedades de capital e que não se verifica nas sociedades de pessoas” (BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S.As.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 94).

²⁶⁴ “A livre circulação das ações, facilitada pela sua incorporação em valores mobiliários, constitui característica fundamental da companhia. Ela aparece, desde a Companhia Holandesa das Índias Orientais, como atrativo da participação nesse tipo de sociedade: uma vez realizada a contribuição do sócio, não há razão para obrigá-lo a continuar na companhia: a transferência da participação é indiferente (em princípio) aos demais sócios e aos credores, ao mesmo passo que representa, para os que se associam, a enorme vantagem de poderem (quando quiserem ou desejarem) retirar-se do negócio, realizar sua parte mediante venda a terceiros, sem depender de ato de modificação do contrato social assinado pelos demais acionistas” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 71-72). Na doutrina norte-americana, há também a menção do princípio da transferência de ações como um dos elementos caracterizadores da grande empresa, confira-se: “[c]onsider, in this regard, the basic legal characteristics of the business corporation. To anticipate our discussion below, there are five of these characteristics, most of which will be easily recognizable to anyone familiar with business affairs. They are: legal personality, limited liability, transferable shares, delegated management under a board structure, and investor ownership. These characteristics respond – in ways we will explore – to the economic exigencies of the large moderns business” (ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *What is corporate law? In The anatomy of Corporate Law – a comparative and functional approach*. 2^a ed. Nova York: Oxford University, 2009, p. 1).

²⁶⁵ “Transferability permits the firm to conduct business uninterruptedly as the identity of its owners changes, thus avoiding the complications of member withdrawal that are common among, for example, partnerships, cooperates and mutual. This in turn enhances the liquidity of shareholders’ interests and makes it easier for shareholders to construct and maintain diversified investment portfolios” (ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *What is corporate law? In The anatomy of Corporate Law – a comparative and functional approach*. 2^a ed. Nova York: Oxford University, 2009, pp. 11-12).

próprio sistema da LSA na medida em que (i) compõe a resposta do legislador no sentido de conjugar e acomodar os interesses de acionistas minoritários frente ao poder de controle definido, buscando compensar os investidores pela ausência de ingerência no comando da companhia (direito inalienável de saída); e, (ii) caracteriza o modelo de companhia como sociedade de capitais, de natureza diferente das sociedades de pessoas, em que se pressupõe, naquela, a fungibilidade entre as pessoas dos sócios.

Dessa maneira, a circulação das ações, por ser pilar importante para a caracterização da “grande empresa privada” e da própria LSA²⁶⁶, apenas pode ser restringida diretamente pela lei ou dentro de limites legais, quando decorrente de contratação pelas partes²⁶⁷. Entre as limitações legais tem-se (i) o artigo 29 da LSA, que limita a negociabilidade das ações da companhia aberta antes da integralização de 30% do preço de emissão e (ii) o artigo 30, que veda a negociação da companhia com as próprias ações²⁶⁸ para além das hipóteses legais previstas no parágrafo primeiro do referido artigo.

Por outro lado, a LSA previu a possibilidade de limitação contratual à circulação de ações – hipótese que verdadeiramente interessa para o fim desse trabalho.

O primeiro ponto a ser registrado a esse respeito é o de que a LSA não admite a referida limitação *estatutária*²⁶⁹ nas companhias abertas porque poderia prejudicar o funcionamento dos mercados de valores mobiliários²⁷⁰. Ademais, o artigo 36 da LSA prevê que o estatuto da companhia fechada pode prever limitações à circulação de ações, desde que, nas palavras da lei, “regule minuciosamente tais limitações e não impeça a

²⁶⁶ “O princípio consagrado na Lei das S.A. é o da transmissibilidade das ações” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 236).

²⁶⁷ Cf. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 522.

²⁶⁸ Cuja finalidade não se relaciona à circulação de ações propriamente, mas à tutela do capital social, cifra que deve constar do estatuto social e somente ser alterada em conformidade com a lei (cf. artigos 5 e 6 da LSA), conforme Guerreiro: “[e]sta vedação deriva do princípio da intangibilidade do capital social. Sua finalidade, portanto, é resguardar o capital social, em vista dos interesses da companhia e de seus credores. Conforme assinalado por Philomeno da Costa, em monografia clássica sobre o tema, isso ocorre em virtude de operações com as próprias ações poderem acarretar redução ilegal do capital social” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Contratos coligados, swap, vedação de negociação com as próprias ações e proibição de comportamento contraditório*. In **Processo Societário**. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 371-382, p. 375).

²⁶⁹ “Tendo em vista que o acordo de acionistas obriga apenas as partes contratantes, nada obsta a que os “acordos de bloqueio” sejam pactuados em companhias abertas. Neste caso, a limitação à circulação de ações não decorrerá de regra estatutária, prevalecendo, portanto, a liberdade de contratar” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. V. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 240).

²⁷⁰ Cf. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 522.

negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas”. Além disso, não se poderá impor tais restrições aos acionistas via alteração contratual (artigo 36, parágrafo único da LSA).

A mencionada “dualidade de tratamento”, segundo Fernando Neto Boiteux, refletiria a própria dualidade de tratamento do sistema legal, ao disciplinar a existência de companhias abertas e fechadas, que buscaria atender, segundo o autor, a ambas as estruturas do mercado de capitais e da empresa familiar²⁷¹.

Voltaremos a tratar desse assunto ao longo do capítulo. O que é necessário deixar registrado nessa introdução do capítulo 4 é que o dispositivo contratual (estatutário ou parassocial) que limita a circulação de ações é dispositivo que excepciona um princípio basilar da LSA²⁷², considerando-se que a livre circulação de ações é coerente com os demais dispositivos legais e com a lógica do anonimato, brevemente descrita acima. Nesse aspecto, é importante esclarecer que, no entanto, a possibilidade de limitar a circulação de ações contratualmente não *contradiz* o sistema, uma vez que a LSA exige regulação minuciosa e determinada a esse respeito, e que tal medida não impeça a negociação das ações²⁷³ – ainda que, conforme ressalta Carvalhosa, tal possibilidade de limitação da transmissibilidade das ações tenha evoluído “na razão inversa do próprio conceito do que seja uma sociedade anônima^{274,275}”. Ao assim permitir a restrição à circulação de ações, a

²⁷¹ “Essa dualidade de tratamento reflete exatamente a do sistema legal, que visa atender tanto à estrutura do mercado de capitais quanto às empresas familiares que se servem de forma anônima para realizar seus negócios” (BOITEUX, Fernando Netto. *Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controlada*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 23-24).

²⁷² “O dispositivo estatutário que limita a circulação dos valores mobiliários excepciona o princípio da sua circulabilidade; devem portanto, ser interpretado de modo estrito, e não admite aplicação analógica” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 522).

²⁷³ “[E]mbora não conste no elenco dos direitos essenciais do acionista expresso no art. 109 da Lei 6.404/76, ninguém põe em dúvida que a possibilidade de transferência das ações constitui uma dessas prerrogativas. Trata-se, com efeito, de um dos princípios fundamentais das sociedades acionárias. Mas a possibilidade de transferência, pelo acionista, das ações que possui, não implica, necessariamente, a completa liberdade de transferência. Quase todas as legislações admitem, expressamente, que os estatutos sociais contenham cláusulas restritivas da circulação das ações desde que, como é intuitivo, não acarretem a intransferibilidade prática da posição acionária” (COMPARATO, Fabio Konder. *COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179).

²⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 1 a 74*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 447.

²⁷⁵ No mesmo sentido, Manuel Broseta Pont, que afirma, a respeito da possibilidade de restrição da livre circulação de ações, que “mixtifican parcialmente la que parece ser en la actualidad la función de la sociedad anónima” (PONT, Manuel Broseta. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p.17).

LSA autoriza a criação de sociedades de perfil diferenciado (fechada, de cunho familiar, por exemplo), embora sob a disciplina geral do tipo comum (sociedade anônima)²⁷⁶.

A lógica da LSA pressupõe, portanto, a figura de um controlador definido e a presença de minoritários com direitos essenciais assegurados como alguma espécie de compensação pela ausência de poder de comando²⁷⁷, dentre esses direitos, a prerrogativa de inquestionavelmente deixar de ser sócio, ao exercer seu direito de recesso nas hipóteses taxativas da lei ou ao transferir sua participação acionária.

Ao criar e regular esse modelo organizacional da grande empresa privada, calcado na figura de um acionista controlador e de minoritários necessários à capitalização da empresa (a quem fica assegurado o direito potestativo de saída em compensação pela ausência de ingerência direta no comando da empresa), Lamy e Bulhões reconheceram que a companhia “nada tem a ver [com] as demais sociedades de pessoas – o que afasta, a não ser por amor à simetria, o proposto Código de Sociedades²⁷⁸”. Está aí o reconhecimento da LSA como um *sistema próprio* – e não subsistema de qualquer código relativo às demais sociedades²⁷⁹⁻²⁸⁰ – ainda que a sociedade anônima, por força dos próprios dispositivos da LSA, possa adquirir perfis diferentes (*intuitu personae/intuitu pecuniae*).

²⁷⁶ “Fully transferable shares do not necessarily mean freely tradable shares. Even if shares are transferable, they may not be tradable without restriction in public markets, or rather just transferable among limited groups of individuals or with the approval of the current shareholders or of the corporation. Free tradability maximizes the liquidity of shareholdings and the ability of shareholders to diversify their investments. It also gives the firm maximal flexibility for at least one class of corporation. However, free tradability can also make it difficult to maintain negotiated arrangements for sharing control and participating in management. Consequently, all jurisdictions also provide mechanisms for restricting transferability. Sometimes this is done by means of a separate statute, while other jurisdictions simply provide for restraints of transferability as an option under a general corporation statute” (ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *What is corporate law? In The anatomy of Corporate Law – a comparative and functional approach*. 2^a ed. Nova York: Oxford University, 2009, pp. 11-12).

²⁷⁷ “Criou-se, assim, um sistema de compensação para os acionistas minoritários, em face da concentração de poder do acionista controlador e a consequente possibilidade de apropriação de benefícios particulares decorrentes de tal posição” (OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, p. 87).

²⁷⁸ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 153.

²⁷⁹ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo. In Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo. E AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28.

²⁸⁰ Em sentido semelhante: “[o] Anteprojeto não foi elaborado como um exercício de técnica jurídica, mas com o fim prático de modificar determinados padrões de comportamento e estruturas sociais. Por isso, na apreciação do seu sistema, assim como de cada um de seus dispositivos e soluções, um dos principais

De fato, a LSA foi elaborada como um sistema que criou “todo o quadro institucional necessário à formação de macroempresas institucionalizadas²⁸¹”. E, por essa razão, contempla dispositivos ordenados e que apresentam uma relação de coerência com o todo e entre si²⁸², pelo que “não comporta emendas setoriais”, que podem justamente comprometer a ordem que confere coerência à lógica sobre a qual a ideia da grande empresa nacional está sustentada²⁸³. Sem tal coerência, o conjunto de normas perde sua sistematicidade – pressuposto epistemológico que é de um sistema –, em prejuízo da segurança jurídica²⁸⁴⁻²⁸⁵.

Nesse sentido, de acordo com a *coerência interna*²⁸⁶ estabelecida no âmbito da LSA, Lamy e Bulhões instituíram, *sistematicamente*, a posição jurídica do acionista controlador, seu respectivo regime de deveres e responsabilidades, os direitos inalienáveis de todos os acionistas e os princípios gerais de maioria e da circulação de ações.

critérios de julgamento há de ser a sua funcionalidade, no quadro da realidade brasileira atual, como instrumento para atingir seu objetivo maior – de criar um mercado primário de ações” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 156).

²⁸¹ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 801.

²⁸² Segundo a definição de sistema normativo de Bobbio, trata-se de: “uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de ordem, é necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, senão que também estejam em relação de coerência entre eles” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. SOLON, Ari Marcelo (trad.). 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2011, p. 79).

²⁸³ “toda lei de S.A. constitui, ou deve constituir, um sistema, que não comporta emendas setoriais que a desfigurem e comprometam seu objetivo maior que é assegurar o bom funcionamento da empresa, a célula base da economia moderna” (LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.As – Exposições Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 177).

²⁸⁴ A sistematicidade não deriva da organização da matéria normativa, baseada na classificação de normas. Para Bobbio, um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não devem coexistir normas incompatíveis – tem a coerência como pressuposto epistemológico da sistematicidade do ordenamento, o que garante a exigência da segurança das expectativas e o princípio da igualdade de tratamento das partes (Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. SOLON, Ari Marcelo (trad.). São Paulo: Edipro, 2011).

²⁸⁵ A respeito da definição de sistema legal, vale registrar o resumo bastante elucidativo feito por Canaris: “[a]ssim, por exemplo, segundo Savigny, o sistema é a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”, segundo Stammler, “uma unidade totalmente coordenada”, segundo Binder, “um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitário”, segundo Hegler, “a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada”, segundo Stoll, um “conjunto ordenado” e segundo Coing uma “ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e (trad.), 2008, pp. 10-11).

²⁸⁶ “coerência interna” como “sistema” da LSA, cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo. E AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28, p. 27.

Embora dotado de ordem e coerência, não há como pressupor a inexistência de hipóteses não expressamente reguladas no sistema. Em tais casos, o aplicador do direito deverá buscar a solução no próprio sistema, por meio da *interpretação sistemática*, que permita “esclarecer uma norma obscura ou até mesmo integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”²⁸⁷”.

De fato, inexistindo norma específica para regular determinado caso, é possível ao intérprete do direito “extrair nova regra (...) a partir de todo sistema ou de parte dele”. É o que Bobbio denomina de *analogia iuris*²⁸⁸; método de *autointegração* por meio do que se recorre aos princípios gerais do próprio sistema para resolver determinado caso concreto. Nesse contexto, propõe-se analisar a LSA com o *pragmatismo* que se faz necessário em virtude da própria natureza das sociedades anônimas – que se pretendem sempre contemporâneas – e que imprimem a necessidade de tratamento jurídico adequado das companhias ao tempo e demandas supervenientes²⁸⁹.

Não se menciona, nesse momento, se há ou não lacuna na LSA. Conforme verificado no capítulo anterior, o fato de a LSA não prever expressamente hipóteses de exclusão de acionista em decorrência de inadimplemento dos deveres de cooperação, a princípio, não parece uma lacuna, condizente que se mostra com o sistema. De toda forma, o que se quer registrar é que a interpretação sistemática é instrumento de grande utilidade e valia na busca de solução de problema posto e que não guarda, à primeira vista, regra expressa e específica que lhe pareça aplicável.

²⁸⁷ Segundo explica Bobbio, a interpretação sistemática é “aquela forma de interpretação que extrai seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o direito privado, o direito penal) constituem uma totalidade ordenada (ainda que depois se deixe um pouco vago o que se deve entender com essa expressão) e, portanto, possa-se esclarecer uma norma obscura ou até mesmo integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, ainda que indo de encontro ao que resultaria de uma interpretação meramente literal” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. SOLON, Ari Marcelo (trad.). São Paulo: Edipro, 2011, p. 83).

²⁸⁸ “o procedimento com que se extrai uma nova regra para um caso imprevisto não a partir da regra que se refere a um caso singular, como ocorre na *analogia legis*, mas a partir de todo sistema ou de uma parte dele” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. SOLON, Ari Marcelo (trad.). São Paulo: Edipro, 2011, pp. 149-150).

²⁸⁹ Para tanto, sustentamo-nos na lição de Guerreiro, para quem “[i]mportante é a liberação dos sistemas e dos modelos, para que a disciplina das sociedades anônimas possa se adequar às variadas (e variáveis) necessidades de sua economia, que vão desde as conveniências das empresas fechadas, familiares e de propósitos específicos, até as grandes “*corporations*”, que já se desenvolvem notavelmente na conjuntura. Soluções flexíveis estão na raiz dessas necessidades e a Lei parece, nesse particular, suficientemente hábil a satisfazer todas as demandas, Ou, pelo menos, a grande maioria delas. Esse é (e vem sendo, pelos séculos afora), o pragmatismo essencial das companhias e seu tratamento jurídico” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo. E AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28, p. 28).

De fato, “[m]uitas das preocupações subjacentes aos antigos sistemas e modelos já não subsistem²⁹⁰”, e hoje acabam por traduzir-se em “brechas por onde pode penetrar a crítica ao “modelo” de 1976²⁹¹”. Da mesma forma, outras demandas não contempladas expressamente na LSA podem surgir. No entanto, conforme reflexão de José Alexandre Tavares Guerreiro, “o “sistema”, mesmo desfigurado, não retira da Lei seu enorme potencial de servir às necessidades reais da economia e do mercado^{292,293}. Nesse cenário, torna-se possível, por meio da interpretação sistemática ensinada por Bobbio e de maneira a preservar o exercício da empresa, solucionar questões de fato propostas pela realidade, como a existência de inadimplemento grave de dever social pelo acionista controlador, lançando-se mão, inclusive, de recurso não expressamente previsto na LSA, mas absolutamente compatível (seja no mérito, seja processualmente) com a coerência interna do sistema da lei.

Nesse sentido, sendo “da maior importância saber se é possível ou não a exclusão de acionistas²⁹⁴”, o que se consigna como intuito desse trabalho é a intenção de utilizar o mencionado pragmatismo proposto por Guerreiro para buscar soluções adequadas ao tema de estudo com a coerência interna da própria LSA, seja no que se refere ao fundamento dogmático-jurídico, como o inadimplemento de dever social, seja com relação ao fundamento positivo material e processual da exclusão de acionista.

²⁹⁰ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. Cit., p. 27.

²⁹¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. Cit., p. 24.

²⁹² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. Cit., p. 24.

²⁹³ “Dentre os muitos fatores que contribuem para essa modificação crescente do cenário, o desenvolvimento do próprio mercado, com o alargamento da liquidez a um número cada vez maior de ações, de um número também cada vez mais promissor de companhias, tende a reduzir a importância de determinadas tensões que, no passado, pareciam invencíveis” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo. E AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28, p. 24). Nesse sentido, Guerreiro aponta, por exemplo: “a superação completa da preocupação com a existência de mecanismos adequados para a captação de recursos” (Op. Cit., pp. 24-25); “o modelo da companhia aberta brasileira é, hoje, diverso daquele que vigorava à época da promulgação da Lei” (Op. Cit., p. 23); “a antiga polêmica sobre a desproporção entre acionistas as preferenciais e acionista ordinárias, que marcou o início de vigência da Lei de Sociedades anônimas, assume, portanto, novas perspectivas, transformando-se na dialética oposição entre maioria e minoria, entre controle e não controle” (Op. Cit., p. 26).

²⁹⁴ “[D]a maior importância saber se é possível ou não a exclusão de acionistas, isso porque há, certamente, casos em que o abuso do direito de voto, a disciplina do abuso, a suspensão do exercício de direitos na sociedade não são remédios adequados para prejuízos extremos que possa causar o acionista dentro do mecanismo da sociedade anônima” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 43).

Nesse contexto, já se manifestou Comparato a respeito da inexistência, no então vigente Código Comercial, de possibilidade de exclusão de sócio para além da hipótese de sócio remisso (artigo 289). Segundo o professor, tal dispositivo legal representaria “mera aplicação de um princípio geral: a falta de integralização da cota subscrita por um sócio dá aos outros o poder de excluí-lo do contrato, sem dissolver a sociedade”²⁹⁵. Prossequindo sua explicação, Comparato esclarece que a falta de integralização de participação societária subscrita “é apenas um dos muitos casos de inadimplemento, pelo sócio, dos deveres que assumiu contratualmente, e que podem se reduzir a uma ideia genérica: a colaboração”²⁹⁶. A partir daí, o autor então conclui que:

“O remédio jurídico, em tais circunstâncias, não é apenas a dissolução da sociedade, como previsto no art. 336, 3, do velho Código de Comércio, mas também a exclusão do sócio prevaricador. Não importa que essa solução não tenha sido prevista no contrato, porque ela decorre do princípio geral da resolução contratual por inadimplemento, aplicada à situação especial dos contratos plurilaterais. O que a previsão contratual confere a mais é o direito potestativo de exclusão, sem necessidade de recurso ao Judiciário (cláusula resolutiva expressa). Por isso mesmo, a disciplina do voto majoritário só é importante neste último caso; na hipótese de a expulsão do sócio por sentença, o fundamento da decisão não é a deliberação da maioria e sim o poder resolutório conferido aos prejudicados, pelo inadimplemento do dever de colaboração social, sejam eles, ou não, majoritários. A maioria não se confunde nunca com a sociedade, e o seu interesse próprio pode contrastar com o da empresa, por ela explorada. São essas algumas verdades elementares, que o Direito moderno vem iluminando sempre mais intensamente”²⁹⁷.

A lição de Comparato acima transcrita compreende, em linhas gerais, o que o presente trabalho pretende abordar nesse capítulo, na medida em que defende a hipótese de exclusão de um sócio por inadimplemento do dever de cooperação a despeito da inexistência de previsão legal ou contratual, mas a partir da própria lógica do sistema²⁹⁸.

²⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 140 – sem grifos no original.

²⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, pp. 140-141 – sem grifos no original.

²⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 141 – sem grifos no original.

²⁹⁸ Comparato baseia a ideia da exclusão de sócio por inadimplemento do dever de colaboração social, principalmente, no artigo 119, parágrafo único, do então vigente Código Civil, que dispunha que “a condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando-se, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo”. Por tratar-se de dispositivo legal da parte geral do Código Civil/1916, Comparato afirmou que restaria clara, a partir daí, “a intenção do legislador de não limitar o poder resolutório tão-só aos contratos bilaterais, para os quais, aliás, foi editada a regra específica do art. 1092, parágrafo único” (COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 140). Nesse contexto, o Professor trata da “possibilidade judicial de exclusão de sócio com base nos princípios gerais do direito contratual, aplicados à sociedade. Ainda que na ausência de norma específica

Para tanto, dado que, diferentemente de Comparato, abordaremos a hipótese no âmbito da LSA, iniciaremos o capítulo com o estudo do contrato de sociedade e dos deveres inerentes ao *status socii* dos contratantes.

Nesse contexto, relembre-se que os autores da LSA identificaram a companhia como “um dos institutos mais importantes do moderno direito da economia”, dado o significativo papel desempenhado na estrutura econômica contemporânea, relacionados à capacidade de “mobilizar *capitais* e congregar *técnicas e pessoas* na consecução de um objetivo comum” e tornar viáveis os empreendimentos de ordem expressiva, necessários para o desenvolvimento econômico do país²⁹⁹.

A par das características jurídicas da companhia, da descrição acima é possível extrair os dois elementos básicos de sua formação e imprescindíveis para a consecução do escopo comum de um contrato de longa duração: capital + cooperação³⁰⁰ (técnicas e pessoas). E é com base no elemento cooperação que avaliaremos o relacionamento societário (assim entendido aquele mantido entre os sócios) do contrato de sociedade anônima fechada e os deveres dos sócios a ele inerentes, notadamente relacionados ao dever de colaboração e de lealdade. A partir daí, avaliaremos tais deveres sob a perspectiva do controlador da sociedade anônima fechada.

Vale notar que, nesse ponto do estudo, não abordaremos o dever social de conferimento (relacionado ao elemento *capital*), já abordado brevemente no item 2.1.1, bem como a hipótese de exclusão de acionista pelo correspondente inadimplemento, tratada no item 2.2.2.1. Nesse contexto, a partir de agora nos dedicaremos ao tema central

ou de expressa cláusula do pacto social” (Op. cit., p. 143). Embora o princípio da resolução do vínculo contratual por inadimplemento seja um pressuposto desse estudo, abordaremos a consistência da hipótese de exclusão de acionista controlador como decorrente, também e principalmente, da lógica da própria LSA.

²⁹⁹ LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 27 – sem grifos no original.

³⁰⁰ “os deveres que assume o sócio podem, todos, reduzir-se a uma mesma ideia: a colaboração. Até mesmo nas sociedades ditas de capitais, não se pode enxergar, *a priori*, no sócio, um simples fornecedor de recursos materiais” (COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 145). Nesse contexto, “[a]s sociedades comerciais, inclusive as por ações, são manifestações do fenômeno associativo. O conceito de associação, em sentido lato, compreende todas as modalidades de conjuntos organizados de pessoas que cooperam em razão de um interesse comum” (LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 29-30 – sem grifos no original).

do estudo proposto, referente à possibilidade de exclusão de acionista para além da hipótese legal (exclusão de acionista remisso)³⁰¹.

3.1. CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA: O CONTRATO *BONAE FIDEI* E OS DEVERES SOCIAIS DE COLABORAÇÃO E LEALDADE COMO RECURSO À TUTELA DA FIDELIDADE E CONFIANÇA ENTRE OS ACIONISTAS

Conforme verificado no início desse trabalho, a sociedade constitui uma unidade organizacional em prol de um escopo comum³⁰², concebida por meio de um contrato plurilateral celebrado entre os sócios que, para fins de consecução do mencionado escopo comum, aportam em favor da sociedade os elementos capital³⁰³ e cooperação³⁰⁴. Essa é, inclusive, a própria dicção do artigo 981 do CC/02, aplicável a todas as sociedades, que prevê expressamente que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

A par da evidente importância do elemento patrimonial – essencial para a formação do capital social, garantia dos credores³⁰⁵ –, nos deteremos nesse ponto do estudo apenas sobre o elemento cooperação, “essência do fenômeno societário³⁰⁶”.

³⁰¹ O objeto de estudo se restringirá às sociedades anônimas fechadas uma vez que um dos pressupostos de admissibilidade da medida de exclusão de acionista, defende-se, é a existência de restrição à circulação de ações (ao lado da existência de um inadimplemento social grave). Mencionaremos oportunamente o caso das companhias abertas apenas no tocante à hipótese de eventual acordo de bloqueio entre os acionistas.

³⁰² Cf. Wiedemann, para que a sociedade “constitui uma comunhão de interesses e formalmente uma unidade organizacional. O contrato de sociedade é necessariamente um contrato de constituição de comunhão e de regra um contrato de constituição de organização” (WIEDMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, Bad II: *Recht der Personengesellschaften*. Munique: C.H. Beck, 2004, par. 2 I 1, pp. 91-92, tradução de ADAMEK, Marcelo M. von. *In Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, p. 27).

³⁰³ “A sociedade comercial surge do contrato mediante o qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição para um fundo, o capital social, destinado ao exercício do comércio, com a intenção de partilhar os lucros entre si” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V III. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 14).

³⁰⁴ “Os sócios cooperam para o escopo comum e, em lugar dos interesses antagônicos ou opostos, que se observam em outros contratos, no de sociedade, todos os sócios se esforçam para o mesmo resultado, no qual estão empenhados” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V III. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 14).

³⁰⁵ “Apesar de a garantia dos credores ser, em verdade, todo o patrimônio da sociedade, a proteção do capital social se impõe, tendo em vista sua intangibilidade” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Contratos coligados, swap, vedação de negociação com as próprias ações e proibição de comportamento*

Com efeito, o contrato de sociedade³⁰⁷ exige reiterado “relacionamento colaborativo”^{308 - 309} entre os sócios, dado que pretende prolongar-se no tempo. E, justamente pela dimensão que adquire o elemento de cooperação entre as partes de um contrato de sociedade – que, como bem asseverou Ascarelli, distinguem-se das partes de um contrato de permuta pela “unificação” dos interesses antagônicos, por meio da finalidade comum³¹⁰ –, outros elementos ganham relevância: a fidelidade e a confiança³¹¹.

contraditório. In Processo Societário. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 371-382, p. 375, nota 11). No mesmo sentido, o mesmo autor: “o capital social não constitui a única nem a mais significativa garantia dos credores sociais. Mas não se pode olvidar que todo o aparato legislativo votado à conservação de sua integridade confere ao capital social a referida função de garantia” (In Regime jurídico de capital autorizado. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 80).

³⁰⁶ “Essência do fenômeno societário: a cooperação de indivíduos para a consecução de um fim comum” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por fata grave no regime do Código Civil. In Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos. Marcelo Vieira von Adamek (coord.), 2011, pp. 185-215, p. 215).*

³⁰⁷ Na esteira do quanto ensinado por Nelson Eizirik, não distinguiremos o contrato de sociedade do *nomen iuris* “estatuto social” que, para os fins desse trabalho, serão expressões utilizadas de maneira indistinta: “[o] estatuto aprovado pelos acionistas constitui o contrato que regulará a vida interna da companhia; tendo em conta os preceitos legais, prevê um direito interno, particular, característico da entidade de direito privado, de acordo com a vontade de seus integrantes” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 496). Mais a frente o mesmo autor sumariza: “[s]ob o aspecto estrutural, o estatuto constitui um contrato plurilateral, de comunhão de escopo, de colaboração” (Op. Cit., p. 498).*

³⁰⁸ CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 173.*

³⁰⁹ “We must recognize that commercial transactions and relationships are not all of the same kind. There are those where the parties’ interests are always in opposition, that is antagonistic relationships, and there are those where the parties associate to serve joint goals and interests, that is collaborative relationships. (...) In order to collaborate the parties must trust one another and in a collaborative relationship we are likely to find a fiduciary relationship based on mutual trust and confidence” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. xliii).*

³¹⁰ Para Ascarelli, os contratos de sociedade (“contratos de comunhão de fim”) apresentam uma finalidade comum, por meio do que os interesses contrastantes das várias partes são unificados (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, Campinas: Bookseller, 2005, p. 411). No mesmo sentido Auletta, para quem, embora seja possível apontar interesses particulares de cada sócio, haveria uma identidade de interesses entre todos eles, na qualidade de sócios, relacionada à elaboração da atividade social, conforme sumariza: “nella società, l’avvenimento che soddisfa l’interesse di tutti i contraenti è unico (lo svolgimento dell’attività di produzione)” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale. Milão: Giuffrè, 1937, p. 34). Confirma-se o raciocínio do autor que o leva a tal conclusão: “[è] vero che nella società ogni socio persegue un suo interesse individuale; ogni socio sacrifica un proprio interesse (l’interesse all’apporto) per attuarne un altro (interesse a partecipare ai guadagni sociali). È altresì vero che ricorre una diversità e quindi una contrapposizione son solo degli interessi sacrificati, ma altresì degli interessi attuati attraverso la conclusione del contratto; l’interesse del socio A ad avere una parte dei guadagni ha l’identico contenuto, ma è diverso, anzi antitetico all’interesse del socio B ad avere il resto dei guadagni, giacché l’attribuzione d’una maggiore quota ad A importa necessariamente un minore quota di B. D’accordo quindi che l’interesse ultimo (realizzazione del guadagno), che porta alla conclusione del contratto di società, i presenta i contraenti in una posizione di contrapposizione; è quanto si è già riconosciuto affermando la esistenza d’un conflitto d’interessi nella costituzione della società. Ma bisogna riconoscere che, per attuare lo scopo determinante del contratto, la realizzazione del guadagno, bisogna prima raggiungere uno scopo-mezzo, lo svolgimento della produzione sociale o, in altre parole, il raggiungimento dello scopo sociale; è proprio in relazione allo scopo sociale che s’intende parlare di comunione di scopo, in quanto dal raggiungimento de tale scopo dipenda la possibilità di realizzazione, inscindibilmente contemporanea, degli interessi di tutti i contraenti” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale. Milão: Giuffrè, 1937, p. 33). Ratificando a mesma posição, Gerard Bean, para quem: “[t]he parties aim to create an association to serve joint goals and objectives. Thus at some point during the negotiation process that creates the relationship the parties shake off the character of antagonists and take on***

Fidelidade dos contratantes aos termos contratados, garantindo a previsibilidade das condutas, e confiança recíproca entre os sócios, de que cada um se comportará de maneira colaborativa a fim de alcançar o escopo comum. É sob esse aspecto que os referidos elementos adquirem caráter de *dever*, conforme ensina Comparato³¹².

De fato, a fidelidade e a confiança que permeiam o relacionamento entre sócios enfeixam-se mesmo em um dever: o dever de boa-fé, positivado em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 422 do CC/02. Trata-se de regra de conduta cogente imposta aos contratantes³¹³ que os compele a preservar, reciprocamente, as respectivas legítimas expectativas de cumprimento dos termos contratados – que pretendem prolongar-se no tempo³¹⁴.

A partir da celebração do contrato de sociedade, todos os contratantes consentem em se submeter a uma “disciplina coletiva”, composta por todas as obrigações necessárias para a consecução do objeto social³¹⁵. A constituição de disciplina coletiva

that of collaborators, making their own interests subservient to the joint interest. Collaboration is the joining together to achieve a common goal” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 52 – sem grifos no original).

Em sentido contrário, Giuseppe Ferri, para quem o reconhecimento da existência de contraposição de interesses entre os sócios impossibilitaria falar em “comunhão de escopo”, que pressuporia uma comunhão de interesses (Cf. FERRI, Giuseppe. *La fusione delle società commerciali*. Roma: Foro, 1936, pp. 89-90).

³¹¹ “Most commercial transactions or relationships are antagonistic. Nevertheless, in some particular matter within an antagonistic relationship a party may be required to act in the other party’s interests (on their joint interests) without affecting the overall character of the relationship. Thus a fiduciary duty may arise in an antagonistic relationship” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. xliii).

³¹² “A fidelidade é o escrupuloso respeito à palavra dada e ao entendimento recíproco que presidiu à constituição da sociedade, ainda que o quadro social se haja alterado, mesmo completamente. Por outro lado, a confiança é também um dever de sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 40).

³¹³ Nesse sentido, ampara-se em Guerreiro, para quem: [a]o ser positivada pelo atual Código Civil, a boa-fé deixou de ser princípio geral do direito para se transformar em verdadeira norma jurídica, com observância obrigatória por todos. Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva é regra de conduta baseada no respeito à confiança e imposta aos contratantes, de onde derivam deveres de comportamento anexos ao contrato celebrado, como o de agir lealmente e o dever de colaboração” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Contratos ligados, swap, vedação de negociação com as próprias ações e proibição de comportamento contraditório*. In **Processo Societário**. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 371-382, pp. 381-382).

³¹⁴ “Ora, essa exigência de perseverança em certo e determinado acordo social – único e infungível – acarreta, por via de consequência, a exigência de acendrada boa-fé” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 38).

³¹⁵ “L’esprit d’union qui conduit des personnes étrangères les unes aux autres à s’associer autour d’un projet commun suppose que chacune ait consenti à se soumettre à une discipline collective, sans laquelle la vie en société serait anarchique et dégénérerait en conflits entre individus ayant des intérêts contradictoires. Les

propõe, além da própria viabilidade da atividade, a manutenção da confiança recíproca entre as partes contratantes, no sentido de legitimar as respectivas expectativas de que todos os contratantes, e cada um em particular, cumprirão suas obrigações sociais na exata medida do que lhes foi atribuído – legal ou consensualmente – em virtude da celebração do contrato de sociedade³¹⁶.

A legítima expectativa criada entre os contratantes transcende os termos contratados e implica, da mesma forma, na legítima expectativa de “funcionalidade das normas” incidentes ao tipo contratual a que ficam sujeitos os contratantes³¹⁷.

Nas palavras de Gerard M. D. Bean, em um contexto de colaboração recíproca em busca do atingimento de um escopo comum, como nos parece seja a contratação de uma sociedade, o fim comum e as contribuições necessárias para atingir o dado fim criam a expectativa de que os colaboradores não agirão de maneira contrária ao seu alcance³¹⁸. De fato, “a realidade societária exige que as pessoas possam confiar umas nas outras, pelo menos funcionalmente³¹⁹”, motivo porque o ordenamento jurídico tutela a expectativa recíproca de cumprimento das normas legais e convencionais que regulam o

doits reçus de la qualité d'associé doivent donc être contrebalancés par le respect d'un certain nombre d'obligations nécessaires à l'harmonie de la vie sociale” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris : Economica, 1999, p. 87).

³¹⁶ Nesse sentido, o dever de boa-fé como a instituição de “determinados padrões para não frustrar a confiança da outra parte” (GOUVEIA, Eduardo de Oliveira. *Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual – principais inovações*. In **Revista Forense**. V. 99, setembro/2003, p. 80).

³¹⁷ “[A] tutela da confiança opera em defesa das representações legítimas de continuidade que os diversos operadores jurídicos sempre colocam nas múltiplas ocorrências em que assentem a sua actividade. A sociedade é uma abstracção. Apenas a confiança que os particulares tenham na sua consistência e na funcionalidade das normas que a rodeiem permite a operacionalidade do sistema”. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades – das sociedades em geral*. V.1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 237).

³¹⁸ “In a collaborative setting, such as a joint venture, the joint goal and the joint contributions to achieve this goal give rise to an expectation that the collaborators will not act to defeat the achievement of joint goal” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 34).

³¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades – das sociedades em geral*. V. 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 238. Em sentido similar, a respeito das relações colaborativas fiduciárias, como nos parece ser o caso da contratação de uma sociedade, Bean, para quem: “The collaborative fiduciary relationship is born out of the parties’ combining together to achieve a common end. Usually it will be an association of equals or whose that are roughly equal in status, but it need not be so, and its fiduciary nature is not based on any disparity between the collaborators. Rather, its basis is mutual trust and confidence between the collaborators: in order to collaborate towards a joint goal each party must trust the other. The collaborative fiduciary relationship requires each party, as a fiduciary, to act in the interests of the enterprise in dealings and decision-making” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 139-140 – sem grifos no original).

relacionamento societário pelos contratantes³²⁰, a fim de tornar possível o atingimento do escopo comum contratado³²¹.

Para tanto, a contratação de uma sociedade impõe aos contratantes a obediência às regras legais típicas do contrato e às regras convencionadas por meio contratual, buscando, com isso, preservar o que Bean chamou de “*relação colaborativa fiduciária*” entre os contratantes, para ao atingimento do fim comum³²². Nas palavras de Paulo Nalin:

“face aos reflexos exteriores decorrentes da boa-fé objetiva, a ela também é atribuída a terminologia de boa-fé lealdade e confiança, pois as expectativas criadas junto ao outro contratante jamais devem ser frustradas, sob pena de violação do princípio em tela. Se espera do contratante, estando em curso a execução da prestação, que atue de modo diligente e leal, vindo a satisfazer a confiança depositada na declaração de vontade originalmente emitida, quando da formação do negócio³²³”.

A fim de implementar o dever de agir com boa-fé reciprocamente, e, com isso, preservar a “relação colaborativa fiduciária” que necessariamente deve existir entre os sócios contratantes, ficam eles obrigados a outros “deveres de comportamento anexos ao contrato celebrado³²⁴”. Conforme leciona Judith Martins-Costa, a regra de boa-fé na teoria geral dos contratos enseja a criação de outros deveres de comportamento que, embora nasçam de maneira paralela – e concomitante – ao objeto do contrato, passam a integrar o conteúdo contratual³²⁵ e, acrescentamos, a calibrar o relacionamento entre os contratantes.

Nos termos do quanto ensinado por Laurent Godon, o dever de boa-fé traduz dever complexo, de execução sucessiva, sustentado pela ideia de que a sociedade configura

³²⁰ É nesse sentido que Hodge O’Neal reconheceu a tutela da legítima expectativa dos consócios de companhia fechada pelo ordenamento jurídico, declarando que: “expectations, therefore, must be gleaned from the parties’ action as well as their written documents” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 120).

³²¹ “A boa-fé objetiva, a seu turno, caracteriza-se por padrões de moralidade e ética aos quais são comparadas as atitudes dos contratantes, que devem obrar no sentido de permitir que o negócio produza todos os efeitos a que se destina e que legitimamente espera a outra parte” (CVM, Processo Nº RJ 2004/1660, Diretora Relatora Norma Jonsenn Parente, julgado em 18.5.2004 – sem grifos no original).

³²² Cf. BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 139-140.

³²³ NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 196 – sem grifos no original.

³²⁴ Vide nota 313 acima.

³²⁵ “Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 440).

contrato de longa duração; e multiforme, na medida em que se desdobra em dever de lealdade e dever de colaboração, que compreendem obrigações de fazer e não fazer, com vistas a preservar a própria sociedade, a atividade, o interesse comum da comunidade de sócios e de cada um dos sócios, em particular³²⁶.

Com efeito, o dever de boa-fé entre os sócios contratantes pode ser analisado por diferentes perspectivas, nos termos da lição de Godon, tornando possível verificar o dever de lealdade e de colaboração dos contratantes em relação à sociedade, à atividade, ao relacionamento entre os sócios e a cada um dos sócios individualmente. Para este trabalho, é especialmente importante a análise dos referidos deveres entre os sócios, como meio de tutela da perenidade do relacionamento societário (a comunidade de sócios) pela não frustração da legítima expectativa de cada um de que os demais adimplirão o quanto reciprocamente contratado para o atingimento do escopo comum.

A comunhão de escopo torna-se núcleo do contrato de sociedade, ou a “estrela polar do universo societário” na definição de Wiedemann³²⁷, de maneira a (i) determinar os direitos e deveres dos sócios perante a organização societária e perante os outros sócios (o *status socii*); e (ii) interpretá-los em busca do atingimento do fim social³²⁸. Dentre tais deveres, a que os sócios ficam sujeitos ao celebrar o contrato de sociedade, encontram-se, justamente, o dever de colaboração e o dever de lealdade³²⁹, que nascem a partir da

³²⁶ “Le devoir général de bonne foi fait figure d’un devoir complexe; devoir à exécution successive, calqué sur la durée de la société ou de la participation de l’associé, de caractère universel en ce qu’il concerne chaque associé (même unique) de toute société, il est aussi *polyforme* et s’entend aussi bien d’un devoir de loyauté (rejet des abus de vote soumission à un contrôle de certaines conventions) que de coopération (interdiction circonstanciée de concurrence), d’une obligation de faire que d’une obligation de ne pas faire. (...). (...), le devoir de bonne foi s’apparente alors à une sorte de précepte déontologique gouvernant les comportements collectifs et individuels des associés en vue de préserver de multiplex intérêts: ceux de la personne morale, de l’entreprise, de la communauté des associés e même les intérêts personnels légitimes de chacun” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris : Economica, 1999, p. 127).

³²⁷ “A cláusula do objeto ou cláusula da finalidade (Zweckklausel) dos estatutos constitui a “estrela polar” do universo societário, pela qual todos os órgãos e membros deve se orientar” (WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 67). Segundo ressalva de Erasmo Valladão, “a expressão Zweck (finalidade, objetivo, intenção) é utilizada por Wiedemann nas locuções Gesellschaftszweck ou Verbandszweck (finalidade ou objetivo social) em sentido amplo, abrangendo tanto o objeto, como o fim social” (Op. Cit., p. 67, nota VI).

³²⁸ “La comunione dello scopo è da tenersi costantemente presente, nella determinazione e nella interpretazione degli obblighi dei soci; questi pongono come fine essenziale del loro accordo il raggiungimento de tale scopo” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 56).

³²⁹ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Contratos coligados, swap, vedação de negociação com as próprias ações e proibição de comportamento contraditório*. In **Processo Societário**. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 371-382, pp. 381-382. No mesmo sentido, Wiedemann, que identifica como deveres inerentes ao *status socii* o dever de contribuir,

celebração do contrato de sociedade e passam, a partir daí, a integrar a própria condição de sócio³³⁰.

Os deveres de colaboração e lealdade parecem não se confundir, ainda que decorram do dever de boa-fé e tenham por finalidade a tutela da legítima expectativa de continuidade do contrato celebrado³³¹. A referida legítima expectativa envolve o estabelecimento de um padrão de conduta (leal e colaborativo) e o cumprimento das obrigações legais e convencionais assumidas reciprocamente entre os sócios.

O dever de colaboração traduz-se na noção de atuação direcionada a um objetivo comum; ou seja, o comprometimento conjunto de agir (ou deixar de agir) para o atingimento de uma finalidade determinada, por meio do cumprimento das obrigações sociais assumidas (legalmente ou de maneira convencional). Trata-se, por essa razão, de

o dever de colaborar para a gestão social e o dever de lealdade (WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 68).

³³⁰ “Ora, quando se afirma que as ações dão aos seus titulares o *status socii*, o que se indica é a posição jurídica que o titular das ações tem em relação à sociedade (como unidade) e aos demais membros dessa sociedade, em oposição à posição jurídica que têm as pessoas não sócias. (...). Indubitavelmente, participar de uma sociedade implica assumir um conjunto de deveres e obrigações ao lado de direitos que decorrem dessa mesma participação no grupo formado.

O sócio não tem apenas direito de participar dos lucros ou de receber informações sobre a condução dos negócios da sociedade. Tem também a obrigação de pagar as contribuições que lhe caibam (participação no capital ou mensalidades), o dever de abster da prática de atos que possam produzir prejuízos à sociedade, de concorrência desleal, o dever de colaborar para que o escopo comum seja atingido, etc.” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47 – sem grifos no original).

³³¹ “A boa-fé opera, por vezes, através de princípios medianes. Destes, o mais significativo é o da tutela da confiança. Contracenando com a autonomia privada, a tutela da confiança opera em defesa das representações legítimas da continuidade que os diversos operadores jurídicos sempre colocam nas múltiplas ocorrências em que assentem a sua actividade. A sociedade é uma abstração. Apenas a confiança que os particulares tenham na sua consistência e na funcionalidade das normas que a rodeiam permite a operacionalidade do sistema” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades – das sociedades em geral*. V.1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 237 – sem grifos no original).

consequência necessária para a existência do escopo comum societário³³² e da própria vida da sociedade³³³.

O dever de lealdade no âmbito da teoria geral dos contratos – e do contrato de sociedade em particular –, por outro lado, refere-se à característica de atuação com correição e previsibilidade³³⁴, de maneira a comprometer a conduta dos contratantes com a palavra empenhada (as obrigações legais assumidas e os termos expressamente contratados) e, a partir daí, legitimar uma expectativa de comportamento (conforme o contratado) nas contrapartes contratantes, demais sócios³³⁵. O imperativo de lealdade dos contratantes na execução do contrato de sociedade decorreria diretamente do princípio geral de boa-fé³³⁶ e trataria, segundo Menezes Cordeiro, do contraponto da confiança; já que é o sujeito leal que a inspira na contraparte³³⁷.

É nesse sentido, portanto, que Wiedemann aponta que “o dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para uma correta colaboração de

³³² “[o] dever de colaboração dos sócios, nesse passo, demonstra-se como consequência necessária do escopo comum e da noção mesma de sociedade, vez que se não houvesse o comprometimento das partes em colaborar, a associação societária careceria de sentido. Mais que uma noção etérea de colaboração, os sócios encontram-se concretamente ligados ao dever de agir em prol de sua associação comum, devendo ser sancionadas condutas que, ao contrário, sejam inconciliáveis com esse dever” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 168). No mesmo sentido, Auletta, para que “[t]ale obbligo deriva da tutti i contratti con comunione di scopo” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 56, nota 68).

³³³ “momento logico indefettibilmente attinente alla nascita della società, no pare debba costituire, poi, anche un momento necessario alla sussistenza ed allo svolgimento della vita della società medesima” (INNOCENTI, Omidia. *L’esclusione del socio*. Pádua: Cedam, 1956, p. 90).

³³⁴ “A lealdade traduz a característica daquele que actua de acordo com uma bitola correcta e previsível. Perante uma pessoa leal, o interessado dispensa a sua confiança. (...). Se procurarmos decompor os elementos em que assenta a lealdade, encontramos dois, já aludidos: (i) a previsibilidade da conduta; (ii) a sua correcção” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A lealdade no direito das sociedades*, p. 1. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54129. Acesso em 12mar2014).

³³⁵ “Justamente por o interessado poder, subjectivamente, prognosticar a actuação futura de uma outra pessoa, surge, da parte dele, a convicção que permite a preferência, a entrega e o investimento. A pessoa imprevisível não é leal” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A lealdade no direito das sociedades*, p. 1. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54129. Acesso em 12mar2014).

³³⁶ “l’exigence de bonne foi s’apparente plus à un devoir, à un précepte général fondant un impérative de loyauté des parties tout au long de l’exécution du contrat” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris : Economica, 1999, p. 91).

³³⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A lealdade no direito das sociedades*, p. 1. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54129. Acesso em 12mar2014.

todos os participantes a fim de atingir o fim social³³⁸”, na medida em que impõe a previsibilidade do comportamento colaborativo de todos os contratantes em prol do atingimento do escopo contratado.

Os referidos deveres de colaboração e lealdade podem ser analisados sob duas perspectivas: a relação *sócio/companhia* e a *relação sócio-sócio*³³⁹⁻³⁴⁰. Quando celebrado o contrato de sociedade, a posição jurídica societária adquirida pelos contratantes individualmente desdobra-se em duas: a posição do sócio *na sociedade* (que determina seu relacionamento com os demais sócios) e a posição do sócio *frente à sociedade*³⁴¹.

É nesse aspecto, por exemplo, a posição de Manuel Broseta Pont, ao explicar o *status socii* adquirido pelos contratantes de uma sociedade sob essa dupla perspectiva. O autor afirma que, da qualidade de sócio assumida em razão da celebração de um contrato de sociedade ou do posterior ingresso, decorre a assunção de direitos e obrigações que “ligam todos os sócios entre si” e que ligam cada um deles à nova entidade então constituída, a sociedade³⁴².

³³⁸ Gesellschaftsrecht, Band II, cit. 3 II parágrafo 3, p. 192. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 120, nota 37.

³³⁹ “a participação societária como relação jurídica enseja prerrogativas entre os sócios e a sociedade, mas também entre os próprios sócios. Essa dualidade de orientação de prerrogativas tem significado, sobretudo, para os deveres de lealdade e consideração, até a justificativa para deveres de ressarcimento de danos” (Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, p. 552, tradução de CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 165, nota 396 – sem grifos no original). No mesmo sentido, WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 68.

³⁴⁰ “En définitive, le principe de bonne foi a une portée considérable en droit des sociétés et s’impose autant dans les relations entre associés, qu’avec la personne morale, voire avec l’entreprise elle même entendue comme un ensemble de moyens en travail et en capital imposant le respect de l’intérêt des salaries, des créanciers, des fournisseurs, voir de l’Etat lui-même” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, pp. 90-91).

³⁴¹ “Il socio sta sempre *di fronte* alla persona giuridica, ed è sempre *soggetto giuridico a se*, rispetto alla persona giuridica, concepita come termine soggettivo ideale di riferimento dei rapporti giuridici sociali” (DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 176 – grifos no original).

³⁴² “La cualidad de socio constituye una “condición personal” que se adquiere *originariamente* al prestar el consentimiento en un momento constitutivo total o parcial, o derivativamente cuando, sin intervenir en él, se sucede a quien lo ha hecho. En ambos casos, de esta “condición” se derivan especiales derechos y obligaciones que ligam a todos los socios entre sí a cada uno de ellos respecto a una entidad nueva: la sociedad” (PONT, Manuel Broseta. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, pp. 17-18).

No que se refere à posição do sócio *na sociedade*, Dalmartello explica tratar da posição do sócio internamente na sociedade como sujeito de direitos e de obrigações, o que traduziria a ideia da sociedade em suas relações internas; ou seja, o relacionamento entre os sócios no âmbito de uma sociedade (*collettività interna dei soci*³⁴³)³⁴⁴. É nesse sentido, aliás, que Antonio Pedrol, fazendo expressa referência à doutrina de Dalmartello, corrobora a existência de um “sinalagma funcional”, que liga os contratantes todos por meio das prestações reciprocamente contratadas em razão do escopo comum³⁴⁵.

A existência de um relacionamento de boa-fé entre os sócios, que pode ser identificada de maneira paralela a esta relação sócio/sociedade, está, inclusive, expressa no próprio artigo 981 do CC/02, preceito geral aplicável a todas as sociedades no Direito Brasileiro. O mencionado artigo evidencia o dever de cooperação de cada um dos sócios perante uns aos outros (relação sócio/sócio: “*as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir*”), cuja implementação se faz necessária para o exercício da atividade e partilha dos resultados (relação sócio/sociedade)³⁴⁶.

A mencionada coletividade societária, portanto, não se confundiria com a outra relação jurídica nascida com a celebração do contrato societário, igualmente necessária

³⁴³ Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 30.

³⁴⁴ “questo complesso delle persone dei soci, che si presenta internamente come soggetto di diritti e di obblighi in opposizione al singolo socio, altro non sia se non la persona giuridica nelle sue relazioni interne, deve indurre la constatazione che ogni rapporto interno si rifrange, nei suoi effetti pratici e concreti, sulla struttura, sulla consistenza patrimoniale, sulle possibilità di vita della società persona giuridica” (DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 30).

³⁴⁵ “El sinalagma de los contratos plurilaterales es solo genético o funcional? Algunos autores sostienen que solo es genético, porque las obligaciones sólo se asumen frente a la sociedad y no frente a los otros socios, y una vez constituida la sociedad (...) no existe ya correspondencia entre las prestaciones de los socios. Creo más acertada la opinión de Dalmartello, según la cual existe también un sinalagma funcional cuya finalidad es alcanzar el equilibrio entre las ventajas conseguidas por los contrayentes. Esta interpretación del sinalagma funcional debe ser hecha, no obstante, con un sentido elástico, mientras se alcance debidamente el fin común de tanta relevancia causal en estos contratos” (PEDROL, Antonio. *La anónima actual y la sindicación de acciones*. Madri: Editorial revista de derecho privado, 1969, p. 47).

³⁴⁶ Nas palavras da lei: “para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

para a sociedade: a relação jurídica interna entre cada sócio e a sociedade³⁴⁷. Trata-se do comprometimento dos sócios para com o fim social³⁴⁸.

Parece ainda se coadunar a esse contexto a posição de Dominique Schmidt ao diferenciar o interesse social (relação sócio/sociedade) do interesse comum (compartilhado por todos os sócios – âmbito do relacionamento societário). Nas palavras do autor, cada qual dos “interesses” identificados possuiria sua própria dimensão: o interesse social faria referência à relação entre os sócios e a companhia, enquanto o interesse comum seria atinente à relação entre os consócios³⁴⁹. Nesse contexto, a celebração de um contrato de sociedade trata, nas palavras de Laurent Godon, do reconhecimento formal de uma comunidade de interesses que obriga os consócios à adoção de um comportamento leal – que se traduz no dever de agir com boa-fé em relação (i) a seus pares; e, paralelamente, (ii) à própria sociedade³⁵⁰.

³⁴⁷ “Le osservazioni fin qui svolte consentono di stabilire un duplice dato di carattere positivo e costruttivo: 1) impossibilità logica e giuridica di costruire rapporti esclusivamente individuali nella sfera sociale interna; 2) necessità, al contrario, di relazioni giuridiche interne tra il singolo socio e la persona giuridica sociale” (DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 30).

³⁴⁸ “a obrigação de fidelidade do acionista perante a sociedade é, justamente, um dos postulados da teoria da “empresa em si” (Unternehmen an sich), formulada por Rathenau, tal como transposta para o campo jurídico por Geiler e Netter. Este dever de fidelidade (Treupflicht) não visa as relações entre os sócios no sentido de affectio societatis, (...). Quando a doutrina alemã faz menção a tal dever, tem em mira a obrigação de fidelidade do acionista e administradores tendo em vista o interesse da empresa” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Dissolução e dissolução parcial. Pedido de dissolução parcial de sociedade anônima como sucedâneo para o recesso. Inadmissibilidade. Interpretação e aplicação do disposto na norma do art. 206, II “b”*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. N. 159/160, julho-dezembro/2011, pp. 317-343, p. 329 – sem grifos no original).

³⁴⁹ Dominique Schmidt define interesse comum como o interesse «*de retirer de l’enrichissement collectif un enrichissement individuel*», ou seja, relacionado ao interesse de cada sócio à parte do lucro que lhe cabe. É incontroversa a identificação, pelo autor, da existência de um relacionamento societário (entre os sócios) que não se confunde com a relação sócios/companhia. O autor ainda afirma que o respeito ao interesse comum é ditado pela noção de sociedade e pela exigência de lealdade entre os sócios. Em suas palavras: «[i]ls ont chacun leur domaine. L’intérêt social, “concept à contenu variable”, indique ce qui est bon pour la société. Au contraire, l’intérêt commun, concept à contenu strictu, implique que chaque associé participe à l’enrichissement social en proportion de ses droits individuels. L’intérêt social concerne les relations entre les associés et la personne morale, alors que l’intérêt commun concerne les relations entre associés. Notre propos ne traite que de l’intérêt commun qui commande que toute décision oscille emportant des effets sur le patrimoine des associés alloue à chacun son dû» (SCHMIDT, Dominique. *De l’intérêt commun des associés*. In **La Semaine Juridique (JCP)**. N. 48, janeiro/1994, pp. 535-538, p. 536). E, mais a frente: «(...) l’intérêt commun, dicté par la notion de société et par la exigence de loyauté entre associés » (Op. cit., p. 538).

³⁵⁰ «La reconnaissance formelle de cette communauté d’intérêt rejaillit naturellement sur la situation personnelle des associés en les obligeant, aussi longtemps qu’ils participent à la société, à l’adoption d’un comportement loyal à l’égard de leurs pairs et de la personne morale. Cette exigence de loyauté peut, au demeurant, apparaître comme la traduction du devoir de bonne foi demandé par l’alinéa 3 de l’article 1134 du code civil dans l’exécution de toute convention et particulièrement du contrat de société, contrat à exécution successive» (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 88).

Utilizando-se os ordenamentos de Wiedemann para buscar situar cada uma dessas relações, poderíamos concluir que as relações individuais sócio/companhia pertenceriam predominantemente ao Ordenamento Patrimonial (que compreende a ideia de “patrimônio especial próprio da organização societária (Verband), com o qual a finalidade social deve ser alcançada³⁵¹” e a apuração da “responsabilidade nas relações internas” à sociedade quanto à esfera patrimonial, “centro da vida da sociedade³⁵²”), na medida em que compreende a relação de cada sócio para com o interesse social, no sentido de agir em seu propósito (sob pena de, se assim não o fizer, reparar os prejuízos causado pela conduta abusiva, nos termos dos artigos 115, parágrafos 3º e 4º, e 117 da LSA). Por outro lado, as relações sócio/sócio pertenceria predominantemente ao Ordenamento Societário (deveres inerentes ao *status socii* – colaboração, lealdade e conferimento – reciprocamente assumidos para o alcance do fim social³⁵³).

Parece importante registrar que, na perspectiva do relacionamento entre os sócios, as obrigações sociais assumidas reciprocamente não implicam, per se, a imprescindibilidade dessa composição inicial de sujeitos para a sobrevivência do contrato de sociedade. Trata-se do relacionamento entre os sócios nessa qualidade; ou seja, em razão das *posições jurídicas de sócio* que se conectam entre si na medida de que intencionam o mesmo escopo.

É, pois, como reflexo do dever de fidelidade (que compromete reciprocamente cada sócio aos termos respectivamente contratados e legalmente assumidos), e do dever de confiança entre os sócios (que os identifica como colaboradores na realização de um interesse comum, construído justamente pelo escopo social comum), que nascem, a partir da celebração do contrato de sociedade, deveres inerentes à posição jurídica de sócio que os obrigam a agir com colaboração e lealdade (i) perante a empresa e (ii) reciprocamente³⁵⁴. Nesse sentido, além do fim social, o elemento boa-fé é essencial para

³⁵¹ Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 69.

³⁵² Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 70.

³⁵³ Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 68.

³⁵⁴ “De modo especial – é preciso enfatizar – o escopo comum norteia as relações que se travam entre os sócios, levando à instauração – não apenas perante a sociedade, mas também entre eles – de deveres”

interpretar e entender a natureza e função dos deveres inerentes ao *status socii*. Não por outra razão, aliás, é que Comparato denominou o contrato de sociedade (notadamente de sociedade anônima fechada, com restrição à livre circulação de ações, objeto desse trabalho) como um contrato *bonae fidei*³⁵⁵.

A contratação de uma sociedade anônima *fechada* agrega deveres ao *status socii*, de maneira a tornar exigíveis colaboração e lealdade de alcance mais profundo *vis à vis* aos acionistas de uma sociedade anônima aberta, dado que os acionistas de uma sociedade anônima fechada deixam de ser “meros investidores de capital” para se tornarem “colaboradores específicos em um empreendimento comum”^{356,357}.

De acordo com o quanto registrado por Carlos Klein Zanini, há “a necessidade de conferir tratamento diverso às sociedades anônimas conforme sejam elas abertas ou

(CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 164). Em sentido similar, a mesma autora complementa: “[t]rata-se de deveres decorrentes do mandamento geral da boa-fé na execução do contrato de sociedade e da necessária confiança que deve haver entre os sócios, os quais devem ser observados para maior segurança nas relações societárias, ainda quando não haja disposições legais expressas que o determinem. (...) Instrumentalmente, são necessários à consecução do escopo comum e da manutenção da relação societária entre as partes” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 165-166 – sem grifos no original).

³⁵⁵ “Em toda sociedade, estabelece-se um quadro geral de relações entre os sócios, fundadas na fidelidade e confiança recíprocas. É a *affectio* ou *bona fides societatis*. Esse relacionamento especial de boa-fé e de verdadeiro intuitus personae pode existir na sociedade anônima fechada, notadamente a que conta, complementarmente ao estatuto, com acordo particular entre todos os acionistas, regulando o exercício do voto em assembleias gerais, o poder de fiscalização da minoria, a obrigação de prestações acessórias e o direito de preferência recíproco à aquisição de ações. Especificamente em relação a esse último direito, o comportamento dos acionistas deve se pautar pela mais rigorosa boa-fé, (...). É que a venda de ações, em tal hipótese, deixa de ser um contrato bilateral isolado, em que cada parte persegue interesses próprios que se contrapõem, mas insere-se no contexto de um relação plurilateral, na qual a satisfação dos interesses individuais fica subordinada à realização do interesse comum” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 49-50 – sem grifos no original).

³⁵⁶ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 37.

³⁵⁷ No mesmo sentido, Hodge O’Neal cita duas decisões norte-americanas que explicitam a ideia de que em companhias fechadas, os “deveres fiduciários” entre os acionistas são mais destacados, de maneira semelhante ao que ocorre nas sociedades de pessoas: “[i]n the case of a close corporation, which resembles a partnership, duties of loyalty extend to shareholders, who owe one another substantially the same duty of utmost good faith and loyalty in the operation of the enterprise that partners owe too one another, a duty that is even stricter than that required of directors and shareholders in corporations generally (Demoulas v. Demoulas Super Markets, Inc. 424 Mass. 501, 677 N. E. 2d 159, 179 (1997)). “[C]lose corporation shareholders owe duties to each other similar to fiduciary duties among partners. (Estate of Schroer v. Stamco Supply, Inc., 19 Ohio App. 3d 34, 482 N. E. 2d 975 (1st Dist. Hamilton County 1984))” (In O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 151, nota 4 – sem grifos no original).

fechadas³⁵⁸”. A necessidade de tal diferença de tratamento decorre, em grande medida, das características específicas de cada subespécie do tipo societário do anonimato, que imprimem na sociedade calibrações próprias do dever de boa-fé. É por esse aspecto, aliás, que Wiedemann declara, no que se refere especificamente à intensidade do dever de lealdade, que esta “orienta-se, no caso concreto, de acordo com a real estrutura da organização societária³⁵⁹”. O mesmo, evidentemente, vale para a calibração da identidade do dever de colaboração.

É de se ressaltar que o dever de boa-fé – e os deveres de colaboração e lealdade daí derivados – sempre existirão na contratação de uma sociedade anônima, tanto no que se refere à relação acionista/companhia (comprometimento de cada contratante com o objeto social e, como contraparte, o direito de cada sócio ao resultado da empresa³⁶⁰), quanto na relação acionista/acionista (comprometimento recíproco entre os contratantes quanto ao cumprimento dos termos contratados), como reflexo da natureza de contrato de escopo da sociedade³⁶¹ e da obrigação fundamental de aporte de capital³⁶²⁻³⁶³. No entanto, tais

³⁵⁸ ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos fiduciary duties no Direito Norte-Americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico**. V. 109, 1998, pp.137-149, p. 145.

³⁵⁹ Gesellschaftsrecht, Band II, cit. 3 II parágrafo 3, p. 194. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 120, nota 38.

³⁶⁰ É da sociedade a obrigação de pagamento de haveres aos sócios (Cf. AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 56).

³⁶¹ “Daí distinguir-se tanto dos demais contratos consensuais, como a compra e venda e o mandato, em que o acordo de vontades não precisa ser continuamente renovado, quanto das situações de comunhão não contratual, nas quais não se manifestou acordo algum criador de obrigações. Sem dúvida, esse estado de ânimo continuativo diz respeito a todos os elementos do contrato social, notadamente à pessoa dos sócios, ao objeto e ao objetivo comum” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 38).

³⁶² “essa é, sem dúvida, a mais importante dentre as obrigações e os deveres dos acionistas. Antes de mais nada, por ser a única obrigação que se estende a todos os acionistas, indistintamente. É obrigação que não pode ser afastada por meio de decisão assemblear ou previsão estatutária. E mais: a obrigação de realizar o capital toca no âmago do que é ser sócio, ao sujeitar aquele que subscreve participação societária a contribuir, com recursos seus, para o financiamento da sociedade. É da essência de toda sociedade personificada que tenha um capital social formado com contribuições dos sócios (C. Civil, art. 997, III e IV), e na companhia a norma do artigo 106 da LSA é fundamental no regime legal do capital social, que a lei impõe para proteger os credores sociais, porque a responsabilidade patrimonial dos acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. A imperatividade das normas da LSA sobre a obrigação do acionista de realizar o capital se explica por essa função do capital social” (BARBOSA, Marcelo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 283).

³⁶³ A respeito da existência do dever de fidelidade em todo contrato de sociedade, inclusive na anônima: “[e]ntre los deberes de los socios, aparte del de realizar la aportación y eventualmente cumplir prestaciones accesorias, suele mencionarse también el deber de fidelidad de socios o accionista” (RODRÍGUEZ. Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho**

deveres passam a permear com mais intensidade a relação *entre os sócios* na medida em que se torna *relevante* a preservação do relacionamento societário para a consecução do fim social. Nesse sentido, tratando-se de uma sociedade anônima fechada, os deveres de colaboração e lealdade adquirem uma exacerbação. Explica-se.

Veja-se, inicialmente, o elemento fidelidade – ou seja, o comprometimento de honrar a “palavra dada”, nos termos da definição de Comparato³⁶⁴; cumprir o compromisso assumido – de que deriva o dever de lealdade. Em uma sociedade anônima aberta, com dispersão acionária, o referido dever de lealdade manifestar-se-á na relação acionista/companhia³⁶⁵ e acionista/administradores³⁶⁶, inexistindo, a princípio, relevância *entre os acionistas*³⁶⁷, embora seja inegável haver um relacionamento societário entre eles, partes do contrato plurilateral que são³⁶⁸⁻³⁶⁹.

mercantil. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 454).

³⁶⁴ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51.

³⁶⁵ “[N]as sociedades de capitais, em que a personalidade jurídica repousa na estrutura corporativa da instituição, as relações não se estabelecem entre os acionistas, mas entre estes e a sociedade. A figura é absorvida pela unidade. Daí porque não é possível afirmar a presença da *affectio societatis* nas sociedades de capitais. Tanto assim é que, quando se fala em dever de lealdade dos acionistas (*Treupflicht*), tem-se em vista postulado da teoria institucionalista, conforme o qual os interesses destes submetem-se àquele maior da empresa em si mesma. Com este teor o dever de fidelidade do acionista é para com a companhia e não dos acionistas entre si” (FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Manual de direito comercial: sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. V. 2. São Paulo: RT, 2005, pp. 247-248).

“Nas sociedades anônimas, a personalidade jurídica repousa na estrutura corporativa da instituição, motivo pelo qual as relações não se estabelecem entre os acionistas, mas entre estes e a sociedade. A figura do sócio é absorvida pela unidade. Eis porque não é possível afirmar a presença da *affectio societatis* nas sociedades de capitais. Nesse sentido, quando se fala em dever de lealdade dos acionistas, tem-se em vista a teoria institucionalista, conforme a qual os interesses dos acionistas submetem-se aos da empresa em si mesma. O dever de fidelidade do acionista é para com a companhia e não dos acionistas entre si” (TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Rodrigo Tellechea. *O acordo de acionistas e o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários*. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano IV. Nº 15, julho-setembro/2007, pp. 27-42, p. 31, nota 9 – sem grifos no original).

³⁶⁶ “Até se atingir o ápice da evolução dessa forma societária, absolutamente desprovida do *affectio societatis*, em que desaparece por completo a figura do empresário-controlador, restando uma massa de investidores que deposita sua confiança – fidúcia – em um quadro de administradores independentes para maximização de seu investimento” (OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013, p. 27). Vale destacar que não apenas na situação de dispersão acionária os administradores da companhia ficam adstritos a deveres fiduciários, dada a positividade no artigo 155 da LSA. De toda forma, na dispersão acionária, o relacionamento acionista/administrador ganha relevância em razão da inexistência da figura do acionista controlador nos termos definidos pelo artigo 116 da LSA.

³⁶⁷ Nesse sentido, ensina Vera Helena Mello Franco: “a estrutura da sociedade anônima repousa, justamente, nesta ideia de corpus ou de corporação que surge, por si, com individualidade própria que se não confunde com aquela da comunidade que a compõe. Por tal razão, os vínculos que se estabelecem não são entre os sócios, mas entre estes e a sociedade. A pessoa do sócio, aqui, não tem qualquer relevo. (...). O princípio não é o da estabilidade do quadro societário” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Dissolução e dissolução*

O mesmo ocorre com o elemento confiança – ainda segundo Comparato, o dever do acionista de tratar os demais acionistas como colaboradores na realização de um interesse comum –, do que deriva o dever de colaboração. Tratando-se de uma sociedade anônima aberta, com dispersão acionária, o dever de colaboração acabará por se restringir ao dever administrador/acionista e, no que diz respeito à relação acionista/acionista, ao dever negativo de não agir de maneira a prejudicar a atividade social³⁷⁰.

Com relação a esse ponto, é interessante registrar a opinião de Vera Helena de Mello Franco. Para a autora, nas companhias não existiria vínculo entre os acionistas – o que a autora denomina de *affectio societatis*³⁷¹ – na medida em que, sendo a sociedade anônima fechada familiar ou aberta, para a autora, o vínculo associativo seria estabelecido unicamente entre o acionista e a sociedade³⁷². Em sentido semelhante, Cristiano Gomes de Brito, para quem, no que se refere à constituição de uma companhia, haveria a adesão dos acionistas “sem nada contratarem entre si”³⁷³. Ainda que se concorde que *affectio societatis* – sentimento subjetivo de afeição, conforme visto – pode de fato não existir entre

parcial. *Pedido de dissolução parcial de sociedade anônima como sucedâneo para o recesso. Inadmissibilidade. Interpretação e aplicação do disposto na norma do art. 206, II “b”*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. N. 159/160, julho-dezembro/2011, pp. 317-343, p. 336).

³⁶⁸ Ainda no que diga respeito, exclusivamente, à obrigação de cumprir o compromisso assumido reciprocamente de aportar capital em favor da sociedade (integralização das ações subscritas).

³⁶⁹ A respeito da suposta existência de dever de fidelidade entre os acionistas de companhia aberta, ver Jorge Miguel Rodríguez, para quem: “[e]n sociedades abiertas, en cambio, esa exigencia [deber de fidelidad] también tiene sentido, pero solamente referida a los socios que tiene un mayor poder, los accionistas significativos, esencialmente los denominados accionistas de control” (RODRÍGUEZ, Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 455 – sem grifos no original).

³⁷⁰ “no mínimo existe um dever negativo, ou seja, a abstenção da prática de atos que causem danos à sociedade, ou que possam pôr em risco o êxito empresarial (...), a doutrina estrangeira tem sustentado que sempre existe um certo dever de cooperação por parte do acionista, mesmo nas grandes sociedades por ações. Trata-se de uma obrigação de não fazer, ou seja, de não criar obstáculos que impeçam ou dificultem a realização dos objetivos sociais, (...)” (PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, pp. 83 e 87). No mesmo sentido, GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 144-145.

³⁷¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Dissolução e dissolução parcial. Pedido de dissolução parcial de sociedade anônima como sucedâneo para o recesso. Inadmissibilidade. Interpretação e aplicação do disposto na norma do art. 206, II “b”*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 159/160, julho-dezembro/2011, pp. 317-343, p. 341.

³⁷² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Dissolução e dissolução parcial. Pedido de dissolução parcial de sociedade anônima como sucedâneo para o recesso. Inadmissibilidade. Interpretação e aplicação do disposto na norma do art. 206, II “b”*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 159/160, julho-dezembro/2011, pp. 317-343, p. 336.

³⁷³ BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 147-159, p. 148.

os acionistas de determinada companhia, não se concorda com a alegação de inexistência de vínculo entre os sócios, dado o liame contratual criado reciprocamente entre eles na celebração do contrato de sociedade, conforme deixa claro o artigo 981 do CC/02. O que estamos a analisar, nesse tópico do estudo, é, para além da existência de tal liame contratual – pressuposto, inclusive, do contrato plurilateral –, qual seria a dimensão dos deveres de boa-fé dos acionistas para com a companhia e entre si.

Em uma sociedade anônima fechada, ambos os deveres de lealdade e colaboração tornam-se exacerbados porque o relacionamento entre os acionistas nessas sociedades adquire relevância. Cumpre-nos analisar o porquê dessa relevância a conferir um reforço aos deveres de boa-fé entre os contratantes, a fim de evitar uma atribuição subjetiva de tal exacerbação dos deveres de colaboração e lealdade meramente à natureza “personalista” da companhia.

Conforme Leães, ainda que a exigência de boa-fé seja ínsita a qualquer contrato de sociedade, torna-se mais incisiva em sociedades anônimas fechadas em que haja estipulação (estatutária ou parassocial) no sentido de tornar a pessoa do acionista um *elemento causal do negócio*, por meio de obrigações acessórias³⁷⁴ – partir do que se enxerga, “por detrás do tênue véu do anonimato”, a figura dos sócios, “com suas intenções, palavras e obras³⁷⁵”. Com efeito, sustentando-se em Comparato e Antônio Junqueira de Azevedo, é possível afirmar que a estipulação de obrigações acessórias entre os acionistas acentua a importância pessoal dos sócios contratantes e, via de consequência, aumentando-se as prestações contratadas, o próprio papel da boa-fé contratual³⁷⁶.

³⁷⁴ “A regra de boa-fé deve estar presente em todo e qualquer negócio jurídico, (...). Essa exigência de boa-fé, porém, é mais acendrada nos chamados contratos *intuitu personae*, onde a pessoa do contratante – não importa se pessoa física ou jurídica – passa a ser elemento causal do negócio, como nas chamadas sociedades de pessoas (anônimas ou não) e nos pactos parassociais” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 447).

³⁷⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 40.

³⁷⁶ Conforme ensina Antônio Junqueira de Azevedo: “vale salientar que os pactos parassociais levam à acentuação do elemento pessoal, inclusive nas chamadas sociedades de capitais, como a anônima. Esse ponto é importante para o caso em exame, porque acentua o papel da boa-fé, como logo se perceberá” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125).

As referidas obrigações são ditas acessórias porque vão além da “normal responsabilidade capitalística pelo pagamento das ações subscritas ou adquiridas³⁷⁷” e “não substituem a obrigação fundamental de realizar o capital social, que somente pode ser formado com contribuições em dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação em dinheiro³⁷⁸”. Conforme ensina Comparato, “[e]las consistem, por exemplo, na obrigação, a título oneroso ou gratuito, de o acionista fornecer matérias-primas à companhia, adquirir parte de sua produção, prestar-lhe assistência técnica, financiá-la dentro de certas condições, ou, então, não exercer atividade concorrencial à sociedade³⁷⁹”.

As obrigações acessórias podem constituir-se em um fato positivo (fazer ou dar) ou em um fato negativo (não fazer) e podem ser imprescindíveis para a consecução da empresa – a despeito da denominação de *acessórias*, dado que tais obrigações teriam por função específica a de promover o atingimento do fim social³⁸⁰. A esse respeito, Egon Donusberghi-Donnersberg diferencia as obrigações acessórias do ponto de vista jurídico e do ponto de vista econômico: são juridicamente consideradas acessórias em razão da imprescindibilidade, apenas, do conferimento para a celebração de um contrato de sociedade; ao passo que, economicamente, podem assumir posição de essenciais para a empresa³⁸¹, seja para a própria execução da atividade, seja para sua execução de maneira mais eficiente³⁸².

³⁷⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 35. No mesmo sentido, Egon Donusberghi-Donnersberg, para quem as obrigações acessórias “sono caratterizzate dal fatto che l’obbligo di soci non si limita all’obbligazione normale del versamento della quota sociale, ma consiste in vere e proprie prestazioni di fare, di non fare o di dare una data cosa alla società” (DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egon. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, p. 4).

³⁷⁸ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 294-295.

³⁷⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 36.

³⁸⁰ Cf. DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egon. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, pp. 5-6 e p. 8.

³⁸¹ “Se, come detto, dal punto di vista giuridico, le prestazioni accessorie sono un elemento non necessario, ma eventuale e potenziale delle società commerciali, dal punto di vista strettamente economico, caratterizzato dal suo concetto teleologico, bene spesso le prestazioni accessorie assumono importanza primaria ed addirittura essenziale per la società” (DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egon. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, p. 6).

³⁸² “In altri termini, le prestazioni accessorie rappresentano un coefficiente necessario o utile, in vista del quale la società viene costituita. Senza di esse, due ipotesi sono possibili: quella in cui la società non può essere creata, perché senza le prestazioni, non può conseguirsi il fine (elemento economico necessario), e quella in cui lo scopo sociale sarebbe realizzabile, ma con maggiore difficoltà e quindi con minore profitto per i soci (elemento economico utile). Ed ecco che da questi due casi, si vede come le prestazioni accessorie possono assumere due funzioni economiche diverse, quella di mezzo necessario e quella di mezzo utile per il

As obrigações sociais diferenciam-se das obrigações assumidas entre os sócios privadamente. Naquelas, pressupõe-se a existência de um ente social, enquanto nas últimas, os sócios assumem as obrigações como terceiros, estranhos ao vínculo societário que permeia o relacionamento social entre eles³⁸³. Dessa maneira, há que se interpretar as obrigações assumidas na qualidade de sócio por meio do vínculo societário existente entre os contratantes³⁸⁴, de maneira a evidenciar sua diferença em relação a obrigações eventualmente assumidas em contratos bilaterais e que não digam respeito ao escopo comum.

Conforme bem notado por Mariana Conti Craveiro, a boa-fé contratual que obriga reciprocamente os sócios deve prevalecer não apenas no que se refere à execução dos termos do estatuto social, mas também devem permear o relacionamento entre os sócios no que se refere aos eventuais pactos parassociais existentes entre eles³⁸⁵. Embora respeitável entendimento contrário³⁸⁶, este trabalho compartilha do entendimento de que os pactos parassociais que estabelecem obrigações aos sócios que digam respeito ao escopo comum, ao lado das obrigações estatutárias, integram o pacto societário e, por essa razão, acabam por complementar as respectivas “posições de sócio”³⁸⁷. Nessa medida, calibram a intensidade dos deveres de cooperação dos sócios signatários de tais pactos, incluindo-se aí os deveres de colaboração e lealdade.

soddisfacimento di determinati bisogni sociali” (DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, p. 6).

³⁸³ Cf. DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, pp. 12-13.

³⁸⁴ “Considerare le prestazioni accessorie come contratti bilaterali, ed applicare loro le relative norme giuridiche, sarebbe, dunque, incorrere in un errore di valutazione, perché il rapporto sociale al quale accedono le prestazioni accessorie, come elementi accidentali, altera profondamente i negozi giuridici apparenti, sì da modificarne la natura” DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, p. 14).

³⁸⁵ CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 171 – a respeito, especialmente, do dever de lealdade.

³⁸⁶ “A obrigação acessória é, por definição, estipulação do estatuto social. Qualquer obrigação do acionista para com a companhia não constante do estatuto não integra o pacto societário e sua natureza depende do negócio que é a sua fonte. (BARBOSA, Marcelo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 296).

³⁸⁷ “Ces divers instruments contractuels régissant la situation des associés, ne sont pas totalement indépendants de l’existence de la société, laquelle apparaît comme le centre d’un réseau de relations que l’unissent aux associés ou qui unissent ceux-ci entre eux ou même à des tiers. Le contrat de société se trouve donc en fait au centre d’une nébuleuse contractuelle proche de la notion de “groupe de contrats” mis en évidence par la doctrine au cours de ces vingt dernières années. Certes, les techniques contractuelles que l’on a décrites ne constituent pas à proprement parler des sous-contrats, il n’empêche qu’elles présentent l’image d’un “ensemble contractuel” formé autour de la société et unit par une identité de cause, à savoir, dans la plupart des cas, l’assouplissement du fonctionnement de la société et une meilleure définition des relations sociales” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, pp. 174-175).

Por fim, conforme registrado Lamy e Bulhões, sustentando-se no próprio Comparato, embora a LSA não tenha estipulado expressamente a possibilidade de contratação de prestações acessórias entre os acionistas, elas são compatíveis com o sistema da LSA³⁸⁸.

Nesse sentido, cabe a nós interpretar a sociedade anônima de acordo com as características próprias apresentadas na realidade. Devemos identificar a existência de obrigações contratuais acessórias reciprocamente contratadas para além do dever de conferimento a atribuir aos acionistas deveres de lealdade e colaboração mais robustos, na medida em que o elemento *cooperação* passa a adquirir importância positiva para o atingimento do fim social. Em tal contexto, os deveres de lealdade e colaboração ultrapassam a relação acionista/companhia e passam a permear o próprio relacionamento societário de maneira acentuada.

Além da questão das obrigações acessórias, em uma sociedade anônima fechada há inegável iliquidez de suas ações, notadamente daquelas de titularidade de acionistas minoritários, quando comparado às participações societárias de companhias abertas. Tal iliquidez pode ser apontada como resultado da impossibilidade de negociação em mercado e da baixa valorização de ações de titularidade de acionistas minoritários, nas quais, possivelmente, apenas os demais acionistas poderão ter algum interesse³⁸⁹.

Havendo, ainda, cláusulas estatutárias ou acordos parassociais a proceder a restrição à livre circulação de ações em uma sociedade anônima fechada, exacerbam-se ainda mais os deveres de colaboração e lealdade entre os acionistas, paralelamente a já pressuposta relação de colaboração e lealdade entre cada sócio e a finalidade social. A esse respeito, já se manifestou Comparato,

*“A fortiori, a estipulação de preferência à aquisição de bens não pode ser interpretada da mesma forma, entre sócios e não-sócios. Se a relação societária existe e se, ademais dela, foi estipulado um direito de preempção de ações, está fora de cogitação o absolutismo da propriedade (vender a quem quiser pelo preço que bem entender) e a máxima *caveat emptor*, pois não se cuida de interesses puramente individuais (*mea res agitur*). Trata-se, antes, de proteger e reforçar os laços de comunhão societária, dando-se aplicação ao princípio da fidelidade e da perseguição do interesse comum (*nostra res agitur*), que exclui toda manobra*

³⁸⁸ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 294-295.

³⁸⁹ Cf. O'NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, pp. 44-45. Para mais, ver CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 90.

tendente a descartar o direito de preempção, reconhecido aos sócios. Aqui, já não há poder arbitrário de alienar a qualquer preço, dado que a fixação de preço manifestamente superior ao valor venal da coisa pode representar uma maneira de fraudar a disposição estatutária ou a estipulação contratual que criou a preempção³⁹⁰.”

Com efeito, previsões contratuais dessa natureza tendem a acentuar a identidade de cada sócio como elemento causal do negócio, gerando, por conta disso, (i) uma relevância ainda maior do relacionamento societário para a consecução do fim social; (ii) “legítimas expectativas sobre a manutenção do quadro societário³⁹¹”; e, via de consequência, (iii) um reforço à exigência de boa-fé contratual entre os sócios. Em tal circunstância contratual, os outros deveres sociais (de colaboração e lealdade), reflexos do dever de boa-fé, passam a ser tão essenciais ao preenchimento do fim social quanto o dever de conferimento.

Nesse ponto, não se nega que os elementos objetivos acima identificados conferem, de fato, uma natureza personalista a qualquer sociedade anônima³⁹². No entanto, o *intuitu personae*, entendemos, deve ser tratado apenas como uma consequência natural desse arranjo contratual, irrelevante, *per se*, para a interpretação do regime jurídico aplicável ao tipo societário, dada a possibilidade de subjetividade na caracterização do que venha a ser, precisa e tecnicamente, o *intuitu personae*. O que se propõe, portanto, é a verificação da existência de tais cláusulas contratuais para o fim de imputar, à determinada companhia, deveres de boa-fé mais exacerbados entre os acionistas. Essa é uma preocupação presente e constante desse estudo: a de conferir tratamento objetivo a cada um dos pontos aqui tratados.

³⁹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 45 – sem grifos no original.

³⁹¹ “(...) os vários ajustes de restrição de circulação de ações demonstram-se mais que meras obrigações de fazer ou não fazer de um sócio a outro. Ao contrário, essa disciplina – escolhida e aceita pelos signatários – passa a compor seu estado de sócio, gerando legítimas expectativas sobre a manutenção do quadro societário e/ou sobre efeitos derivantes da saída dos sócios sobre seu relacionamento, considerados os diversos papéis desempenhados” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 102).

³⁹² “la società di capitali consenta l’adozione di schemi coerenti con il modello tipologico, ma (relativamente) più “personalizzati” rispetto allo schema legale, attraverso l’introduzione di clausole non contrastanti con il modello suddetto o disposte addirittura *ex lege*, le quali colleghino la partecipazione ad un connotazione d’*intuitus personae* (altrimenti tendenzialmente irrilevante), con la conseguente limitazione inevitabile alla trasferibilità del rapporto sociale verso i cessionari che non rispondano ai previsto requisiti” (MUSO, Alberto. *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*. 172 Quaderni di Giurisprudenza commercial. Milão: Giuffrè, 1996, p. 225).

Nesse contexto, embora Comparato sugira a utilização da *affectio societatis* (um “estado de ânimo continuativo”) como um “critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum³⁹³”, ao que é acompanhado por Alain Viandier³⁹⁴, optaremos por utilizar como tal critério a existência de cláusulas contratuais assumidas reciprocamente entre os sócios (prestações acessórias e restrição à livre circulação de ações, que tornem os acionistas elementos causais do negócio). De tal forma que, constatando-se em determinada companhia a contratação de cláusulas específicas nesse sentido (ou seja, demonstrando-se que a preservação do relacionamento societário é relevante para a consecução do fim social), sejam atribuídos deveres inerentes ao *status socii*, notadamente relacionados à colaboração e lealdade, mais exacerbados *entre os acionistas*.

A existência de um relacionamento societário apartado da relação de cada acionista para com a companhia, construído a partir das obrigações assumidas reciprocamente entre os sócios, parece corroborada desde o direito romano pela figura da *actio pro socio*³⁹⁵. Até pela razão de existir tal pretensão de um sócio contra outro a fim de compeli-lo à execução da obrigação assumida no âmbito do contrato consensual de sociedade – o que corrobora a importância de cada sócio como elemento causal do negócio³⁹⁶ – é que, na *societas* romana, inexistia a figura da exclusão³⁹⁷ e da preservação da *societas* a despeito da dissolução do vínculo entre sócio “retirante” e sociedade³⁹⁸.

³⁹³ “Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bonae fidei*”. (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 39).

³⁹⁴ “l’utilisation de cette notion [l’emploi de l’*affectio societatis* comme critère du contrat de société] dépasse le seul domaine de la distinction du contrat de société et des contrats voisins. En effet, certaines règles de fonctionnement des sociétés peuvent être fondées sur l’*affectio societatis*, ainsi des prérogatives reconnues aux associés, voire de la loi de la majorité et des cession d’actions” (VIANDIER, Alain. *La notion d’associé*. Paris: Librairie général de droit et de jurisprudence, 1978, pp. 75-76). Para o autor, a *affectio societatis* se confundiria com a manifestação, no contrato de sociedade, da obrigação geral de boa-fé, motivo porque constituiria um dos elementos componentes da « notion d’associé » (Cf. Op. cit., pp. 79-81).

³⁹⁵ Nos termos do quanto explicado na tese de doutorado de Andreia Bezerra Casquet, a *actio pro socio* era a única forma de pretensão de um sócio contra o outro no Direito Romano, cujo objeto era compeli-lo a cumprir a obrigação assumida no âmbito da *societas* (CASQUET, Andréia Cristina Bezerra, *Alienação de Controle: limitação do poder do controlador como mecanismo de proteção dos acionistas minoritários de companhias fechadas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 14mar2014, p. 269, em especial, nota 480).

³⁹⁶ Segundo explica Dalmartello, “il destaco di una persona importa il mancare di una delle originarie e fondamentali condizioni del *consenso*”, o que necessariamente levaria à dissolução da sociedade (ou a constituição de uma nova, caso surgisse um novo consenso superveniente com a substituição de um sócio (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, pp. 2-3).

Ao mencionarmos a *actio pro socio*, inauguramos o estudo do inadimplemento por um dos sócios contratantes da sociedade, o que nos leva a ao tema do próximo item, a seguir.

Conclusões parciais:

- (i) Conforme lição de Karsten Schmidt “a participação societária como relação jurídica enseja prerrogativas entre os sócios e a sociedade, mas também entre os próprios sócios³⁹⁹”. Tratando-se de uma sociedade anônima fechada, as “prerrogativas entre os sócios” ganham ênfase em razão da eventual *relevância da preservação do relacionamento societário* para o fim social.
- (ii) Elementos que conferem a referida relevância: contratação de prestações acessórias e restrição à livre circulação de ações, que tornam os acionistas elementos causais da empresa. A contratação de tais cláusulas resulta no incremento da legítima expectativa de cada um dos contratantes quanto (a) ao adimplemento de todas as obrigações sociais por cada um dos sócios e (b) à manutenção do quadro societário.

³⁹⁷ “L’istituto della esclusione dei soci non ha traccie nel diritto private romano; la *societas* è, anzi, nel suo spirito e nel suo ordinamento, decisamente contraria alla possibilità della eliminazione di un partecipante, essendo rigidamente condizionata, nella sua continuità di vita, alla costante presenza di tutte le persone che sono concorse a formala” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 2).

³⁹⁸ “A consequência lógica, expressamente afirmada nas fontes que acabo de citar, seria a dissolução da sociedade quando um só dos sócios falecesse, fosse declarado incapaz, ou falido, ou deixasse de compartilhar dessa intenção comum. Mas o rigor lógico desse resultado, para juristas tão aderentes às exigências vitais como os romanos, cedo pareceu aberrante em certos casos. Assim, embora admitindo que todo o vínculo social se desfça pela retirada de um dos sócios (o que o nosso Código Comercial chama de “despedida”), Gaio se apressa em acrescentar que se essa renúncia do sócio (na *societas omium bonorum*, obviamente) ocorre unicamente a fim de evitar que determinados bens, havidos por herança pelo retirante, sejam partilhados entre os seus companheiros, a sociedade não se considerará dissolvida (Institutas, III, 151). Aí está, pois, afirmada *ante litteram* a solução do abuso do direito. Analogamente, invocando o caso do sócio que vem a sofrer uma *capitis deminutio*, no curso da vida social, o mesmo Gaio não esconde a sua desafeição à rígida aplicação do princípio: (...). Não se trata de opinião do jurisconsulto, mas de outrem (*dicitur*); justificada não pela razão natural, mas pela lógica do sistema jurídico tradicional (*ratio civilis*). E Gaio não hesita em apontar o remédio para evitar a consequência indesejada: se os sócios remanescentes assim decidirem, entende-se que recomeça a existir nova sociedade; o que representa mero expediente formal para salvar as aparências”. (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 133 – sem grifos no original).

³⁹⁹ “a participação societária como relação jurídica enseja prerrogativas entre os sócios e a sociedade, mas também entre os próprios sócios. Essa dualidade de orientação de prerrogativas tem significado, sobretudo, para os deveres de lealdade e consideração, até a justificativa para deveres de ressarcimento de danos” (Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, p. 552 In CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 165, nota 396).

- (iii) Os fatores que conferem relevância ao relacionamento societário resultam na exacerbação do dever de boa-fé *entre os contratantes*, do que se imputa deveres de colaboração e lealdade mais profundos aos respectivos *status socii*. No mencionado arranjo contratual, tais deveres, inerentes ao elemento *cooperação*, adquirem importância positiva ao atingimento do escopo comum – tal como o dever de conferimento, inerente ao elemento *capital*.
- (iv) Ao fundamentar a relevância do relacionamento societário nas companhias fechadas em *elementos objetivos* procura-se distanciar a justificativa da exacerbação dos deveres de colaboração e lealdade entre os acionistas em características subjetivas, como a suposta existência de *affectio societatis* entre os acionistas ou a natureza *intuitu personae* da companhia.

3.2. INADIMPLENTO DE DEVER SOCIAL E QUEBRA DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*⁴⁰⁰): EXCLUSÃO DE AÇIONISTA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA BOA-FÉ CONTRATUAL NO RELACIONAMENTO SOCIETÁRIO

Conforme verificado no capítulo 2, a base teórica para o fundamento da exclusão de sócio, identificado nesse estudo como o fundamento dogmático-jurídico do instituto, é a ideia de inadimplemento no âmbito de um contrato plurilateral. Verificamos no item precedente (3.1) a existência dos elementos *fidelidade* e *confiança* inerentes ao contrato de sociedade, notadamente ao contrato de sociedade anônima fechada e os deveres de comportamento daí derivados que, a partir de sua celebração, passam a compor as posições jurídicas dos contratantes. Os referidos deveres guardam relação, assim, não apenas com o comprometimento de cada um dos sócios com a consecução do escopo comum; implicam também a assunção dos deveres de colaboração e lealdade reciprocamente entre eles, de maneira a tutelar a legítima expectativa, de cada um, de que todos os deveres sociais serão devidamente cumpridos pelos demais.

Nesse contexto, cabe verificar em que medida o mencionado inadimplemento pode ocorrer, qual seria seu fundamento no direito positivo e, comprovado, em quais hipóteses poderia ensejar a medida extrema de exclusão do acionista faltoso.

Na medida em que estamos no campo de obrigações contratadas por ocasião da celebração do contrato de sociedade, o mencionado inadimplemento diz respeito a deveres

⁴⁰⁰ Utilizamos a expressão no sentido de tutela do ordenamento jurídico da confiança e da legítima expectativa nas relações jurídicas e não na acepção técnica do “princípio de proibição ao comportamento contraditório”, uma vez que, para a aplicação do referido princípio, pressupõem-se, além da (i) legítima confiança de outrem na preservação do “sentido objetivo de uma conduta”; (ii) o comportamento contraditório, violador da confiança; e (iii) um dano ou potencial de dano; o *factum proprium*, que deve ser um comportamento inicial não vinculante, que se torna vinculante em razão da confiança que desperta no destinatário (Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 134-135). Nesse sentido, o referido comportamento inicial, tecnicamente, não se confundiria com as disposições contratuais, vinculantes desde o início entre as partes – embora seja inegável que a contratação gere, de fato, o dever de boa-fé entre os contratantes. Assim, a expressão *venire contra factum proprium* é empregada aqui nos termos do quanto afirmado por Comparato, ao declarar que “o sócio que descumpra disposição estatutária e, sobretudo contratual (pois a relação convencional é mais pessoal e concreta que a submissão a normas estatutárias), como e o caso de acordos de acionistas numa sociedade anônima, pratica falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*)” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 39-40).

assumidos reciprocamente pelas partes do contrato. Em outras palavras, haverá inadimplemento teoricamente apto a gerar a medida de exclusão social toda vez que se refira a um dever assumido por um acionista para com os demais no *âmbito da companhia*⁴⁰¹.

O inadimplemento deve relacionar-se ao fim social, embora possa relacionar-se, diretamente, ao descumprimento de obrigação assumida *entre os acionistas*. Daí, justamente, a necessidade de excluir o acionista inadimplemente; porque sua ação ou omissão compromete a atividade empresária e, por conseguinte, a finalidade de lucro, comum a todos.

Nas palavras de Avelãs Nunes, especificamente a respeito do dever de colaboração, cujo fundamento, para o autor, se encontra “na própria essência das sociedades como organizações que visam a realizar uma actividade económica através da participação de todos os sócios”, “[o] comportamento dos sócios releva na medida em que se reflectir na organização social, impedindo-a ou desviando-a da realização do escopo comum”⁴⁰². O mesmo se pode dizer com relação ao dever de lealdade, cuja quebra importa, para a presente tese, na medida em que se relacionar à “orientação das relações jurídicas societárias para um correta colaboração de todos os participantes a fim de atingir o fim social”⁴⁰³.

Além das obrigações contratuais (estatutárias ou parassociais), incluem-se no rol de obrigações sociais aquelas dispostas na lei, uma vez que tal como as obrigações assumidas contratualmente, aquelas de origem legal passam a compor o *status socii* tão logo celebrado o contrato de sociedade⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Obrigações assumidas na condição de sócio e em decorrência do contrato societário, ou seja, excluídas eventuais obrigações assumidas entre as pessoas dos sócios no âmbito da vida privada, em contratos sinalagmáticos.

⁴⁰² Cf. AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 86.

⁴⁰³ Para Wiedemann, o dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para o sentido de compelir todos os contratantes da sociedade agirem a fim de atingir o fim social (Cf. *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit. 3 II parágrafo 3, p. 192. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 120, nota 37).

⁴⁰⁴ “The rules of corporate law, which define the relationships of stockholders to each other and to management, constitute something like a “standard contract” to which all the actors who play the standard

A despeito de respeitável entendimento contrário⁴⁰⁶, as obrigações contratuais assumidas pelos acionistas estatutária⁴⁰⁷ ou parassocialmente⁴⁰⁸ parecem ser obrigações contratadas diretamente no âmbito do relacionamento societário, ou seja, tem por credores os demais acionistas⁴⁰⁹, partes que são do pacto, ainda que sejam contratadas em benefício do exercício da empresa e afetem a dinâmica interna da companhia. A esse respeito Dalmartello esclarece que são os sócios os executores do contrato, ainda que assim o façam no interesse e por conta da sociedade⁴¹⁰.

roles of shareholder, director, and officer automatically agree merely by virtue of their assuming these roles” (BRUDNEY, Victor; CLARK, Robert Charles. *A New Look at Corporate Opportunities*. In **Harvard Law Review**. N. 5. V. 94, 1981, pp. 997-1062, p. 1005).

⁴⁰⁵ “Como é sabido, a Lei das S/A estabelece duas obrigações para o acionista: art. 106 – realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, as prestações correspondentes às ações subscritas ou adquiridas; art. 115 – dever de exercer o direito de voto no interesse da companhia, evitando o abuso de direito e o conflito de interesses.

Diga-se que este segundo dever não se restringe somente ao exercício do voto. Deve ser entendido também como obrigação do acionista de se comportar perante a companhia de tal forma que não a prejudique, sendo que todos os seus atos devem ser convergidos a seu favor. O acionista não pode criar embaraços à administração da sociedade, gerando e espalhando boatos nos mercados, convocando assembleias irracionalmente, publicando declarações em jornais, etc., como se tem visto.

É o que se depreende das afirmações de Celso Barbi Filho no sentido de que a sociedade, como modelo institucional, for concebida para a segurança do capital investido, insuscetível de estar à mercê das insatisfações pessoais dos acionistas minoritários” (BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 147-159, p. 151 – sem grifos no original).

⁴⁰⁶ “Por terem como credora a companhia e serem objeto de previsão estatutária, as prestações acessórias deverão, necessariamente, estar relacionadas, ainda que indiretamente, ao atingimento dos objetivos sociais. Não se pode conceber a companhia como credora de prestação cujo objeto se lhe revele inútil ou incompatível com suas atividades” (BARBOSA, Marcelo. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 295).

⁴⁰⁷ A respeito das obrigações acessórias contratadas no âmbito do estatuto social: “[e]ssa possibilidade jurídica [da existência de “sociedade anônima de pessoas”] prende-se, também, ao reconhecimento de que os acionistas podem ter, para com a companhia, obrigações de prestação acessória, além da norma responsabilidade capitalística pelo pagamento das ações subscritas ou adquiridas. As chamadas prestações acessórias (*Nebenleistungen*, do direito alemão) podem ser estabelecidas no estatuto, dizendo respeito a todos os acionistas, ou somente aos titulares de uma espécie ou classe de ações. Elas consistem, por exemplo, na obrigação, a título oneroso ou gratuito, de o acionista fornecer matérias-primas à companhia, adquirir parte de sua produção, prestar-lhe assistência técnica, financiá-la dentro de certas condições, ou então, não exercer atividade concorrencial à sociedade”. (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 35-36).

⁴⁰⁸ A respeito das obrigações acessórias contratadas no âmbito dos pactos parassociais: “(...), os pactos parassociais podem dizer respeito ao exercício de direitos de sócio que acabem por afetar a organização e o funcionamento da companhia, notadamente quando fundados nos direitos políticos, mas igualmente podem ter por objeto direitos patrimoniais dos sócios que, em princípio, não afetariam a sociedade enquanto pessoa jurídica distinta. Em ambos os casos, plasmam e atingem o relacionamento societário entre as partes” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, nota 324, p. 145).

⁴⁰⁹ Cf. AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 46, para quem: “[n]ella società, poichè alla raggiungibilità dello scopo sociale possono cooperare ugualmente conferimento di diverso contenuto, muta l’oggetto del conferimento de socio colpevole, ma gli altri soci (creditori dell’apporto) vengono soddisfatti nell’identico interesse (raggiungimento dello scopo sociale)”.

⁴¹⁰ “è vero che i soci sono in definitiva i materiali esecutori del contratto, è anche vero che essi non lo sono come singoli individui, agenti ciascuno per sé, ma bensì come membri dell’unione, agenti ciascuno

Em sentido similar, as obrigações legais, embora dispostas na lei (artigos 106 e 115, *caput*, da LSA), passam a obrigar os sócios reciprocamente em favor do exercício da empresa. Nesse sentido, além dos efeitos previstos na própria lei pelo seu eventual descumprimento e das implicações para a companhia, há também que se considerar os efeitos de tal descumprimento para as partes do contrato de sociedade.

Independentemente de quem seja o destinatário das obrigações sociais (os demais sócios ou a própria companhia), no entanto, a assunção de tais obrigações (legais ou contratuais) gera entre os acionistas, reciprocamente, a legítima expectativa de que serão adimplidas. É por essa razão que, para o fim a que pretende o estudo, é possível dizer que seria irrelevante a identificação da fonte da obrigação inadimplida (contrato ou lei)⁴¹¹, considerando que a exclusão deverá ter como pressuposto sempre um inadimplemento de dever inerente ao *status socii* adquirido pela celebração do contrato de sociedade e que tenha relação com o exercício da empresa. É nesse sentido, portanto, que utilizaremos a expressão “obrigação social” (obrigações legais ou contratuais); e, de outra parte, “inadimplemento” como o não cumprimento (ou descumprimento) de uma obrigação social ou, em sentido mais amplo, de dever social.

Retomando a lição de Dalmartello a respeito do fundamento dogmático-jurídico da exclusão de sócio, relembre-se que se trata de uma resolução do contrato de sociedade com relação unicamente ao sócio inadimplente; ou seja, àquele que descumpre algum dever que compõe suas obrigações sociais⁴¹².

nell'interesse e per conto della collettività: l'attività di esecuzione del contratto non è, in altri termini, attività singolare, slegata e sconnessa, ma è attività che ha un centro unitario di riferimento: la società” (DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 88).

⁴¹¹ No mesmo sentido, Osmida Innocenti, a respeito da causa de exclusão voluntária de sócio das sociedades de pessoas no direito italiano: “[l]a prima causa di esclusione volontaria che ci accingiamo or ad esaminare, mostra, intanto, che mentre per il suo verificarsi è irrilevante la specie della fonte (contratto o legge) delle obbligazioni inadempite dal socio, potendo queste derivare tanto dal contratto quanto dalla legge, il “*pactum saliens*” della questione s’incentra, invece, nella gravità dell’inadempienza alle obbligazioni medesime. Da tal punto de vista, adunque, si deve constatare la perfetta equiparazione delle due categorie di norme, contrattuali e di diritto: constatazione indubbiamente rilevante sotto diversi aspetti, fra i quali, però, c’interessa qui metterne in opportune evidenza uno, e cioè il principio organico che, immedesimandosi nella “gravità” anzidetta, reduce a concetto unitario una varietà, astrattamente tanto imponente, di possibili inadempienze alle obbligazioni sociali” (INNOCENTI, Osmida. *L’esclusione del socio*. Pádua: Cedam, 1956, pp. 84-85).

⁴¹² “[L]a risoluzione del contratto di società nei riguardi del socio che si è reso inadempiente, con o senza sua colpa, ad uno o all’altro dei vari doveri che concorrono a formare la complessa obbligazione sociale” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 97).

Nesse sentido, sustentando-nos em Ascarelli e Leães, relembremos a natureza do contrato plurilateral de sociedade. Segundo os autores, há, na plurilateralidade contratual, uma relação sinalagmática indireta e mediata, por meio do que se estabelece um vínculo entre todos os acionistas e suas respectivas prestações, que funcionam em conjunto, como contrapartida recíproca das demais, na medida em que todos intencionam o escopo comum⁴¹³⁻⁴¹⁴. Nesse sentido, embora não haja dependência entre as obrigações contratadas entre os sócios, existe uma vinculação causal (em razão do escopo) entre todas elas⁴¹⁵, que tornam os acionistas credores recíprocos. Trata-se, segundo Auletta, de uma associação entre as prestações recíprocas que permite o atingimento do escopo social⁴¹⁶; ou, segundo Rafael García Villaverde, de um “enlace” entre as prestações recíprocas por meio do fim comum⁴¹⁷. Daí dizer indireto e mediato o sinalagma do contrato plurilateral de sociedade.

⁴¹³ “Na realidade, nos contratos plurilaterais o elemento fundamental não é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca das obrigações contrastantes, mas o escopo ou o objetivo comum, inexistente nos demais tipos contratuais. Ou melhor, nesse tipo de contrato a relação sinalagmática é indireta e mediata, como dizia Ascarelli, estabelecendo-se entre as partes contratantes um vínculo entre a prestação de cada e as de todas as outras, que funcionam em conjunto, como contrapartida daquela, na busca do escopo comum” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 443-452, p. 448).

⁴¹⁴ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 309.

⁴¹⁵ Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 443-452, p. 450: “a obrigação de uma das partes encontra-se vinculada, de forma causal, à obrigação das outras partes”.

⁴¹⁶ “Nei contratti di scambio ogni contraente acquista la prestazione dell’altro in ricompensa della propria, la prestazione dell’uno costituisce la controprestazione dell’altro. Nel contratto di società le parti uniscono insieme e associano le loro prestazioni per il raggiungimento dello scopo sociale; ogni contraente – è questo il momento degno di maggiore considerazione – trova il proprio corrispettivo non nelle prestazioni degli altri, ma nella partecipazione al risultato utile ottenuto attraverso l’associazione delle prestazioni. Il raggiungimento dello scopo sociale pone in essere, contemporaneamente, la condizione per il soddisfacimento dell’interesse, che ha indotto tutti i contraenti alla conclusione del contratto” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 32). Em outra passagem, o autor ressalta que: “l’associazione delle prestazioni non basta a realizzare gli interessi dei contraenti, ma è necessario lo svolgimento dell’attività di produzione; l’associazione delle prestazioni non rappresenta che il mezzo per il raggiungimento dello scopo sociale” (op. cit., p. 34, nota 7).

⁴¹⁷ “No juega aquí, como en los contratos con prestaciones recíprocas, la correlación entre prestación de una de las partes y satisfacción del interés de la otra. Un socio no realiza su aportación para satisfacer su interés personal con las aportaciones de los demás socios, sino para la realización de ese fin común, que es medio para la auténtica satisfacción de su propio interés. Por lo tanto, la relación sinalagmática, existente en los contratos con prestaciones recíprocas, no se da en esta estructuración del contrato base de la sociedad, sino que la relación es de tipo mediato o indirecto entre las prestaciones de las partes, que se enlazan a través de fin común. Por ello, mientras que en los contratos con prestaciones recíprocas la reciprocidad preside el juego de las vinculaciones y condiciona la vida del contrato, en las sociedades se produce una interposición de ente en mayor o menor grado que supone que la circulación se produce contando con la sociedad y se excluye el juego de “parte a parte” – (...) – porque aquella reciprocidad directa no se da” (VILLAVARDE, Rafael García. *La exclusión de socios – causas legales*. Madri: Editorial Mantecorvo, 1977, pp. 22-23).

De fato, o cumprimento das obrigações sociais por todo e cada acionista demonstra a realização plena do dever de colaboração reciprocamente contratado, conforme sintetiza Dalmartello:

“Ogni socio si obbliga, infatti, al conferimento e alla collaborazione, a condizione che tutti gli altri soci si obblighino reciprocamente alle medesime prestazioni. Solo così il contratto di società risponde al suo fine pratico ed economico, che è quello di potenziare le singole forze individuali, colla unione ad altre forze concorrenti verso il medesimo scopo; e solo così si evita che il socio sia un peso, invece di essere, come deve essere, un aiuto. La sinallagmaticità tra le obbligazioni sociali è, quindi, un naturale portato della stessa funzione pratica ed economica del contratto di società⁴¹⁸”.

Embora Dalmartello, nessa passagem, se refira ao caráter sinalagmático das obrigações sociais, o autor diferencia, nas páginas seguintes, o sinalagma do contrato plurilateral daquele apresentado pelos contratos bilaterais. Para tanto, deixa clara a existência do relacionamento societário advindo da contratação de uma sociedade, o que autoriza concluir que o sinalagma no contrato plurilateral permite conservar a sociedade com relação aos sócios que tenham adimplido suas respectivas obrigações sociais, tendo respeitado, entre eles, a “reciprocidade sinalagmática”; resolvendo-se, exclusivamente, o vínculo societário do sócio inadimplente⁴¹⁹.

Dito de outra forma, a exclusão social implicaria na dissolução do vínculo social entre sócio inadimplente e sociedade e do vínculo societário que o liga a todos os demais sócios contratantes⁴²⁰.

É nessa medida, portanto, que todas as obrigações assumidas pelos acionistas, seja em virtude de lei, seja em razão de contrato, cujo adimplemento é de interesse de todos os contratantes⁴²¹, passam a compor seus respectivos *status socii*. Nesse contexto, explica Auletta, cada sócio tem não apenas interesse, mas o “direito de pretender” o

⁴¹⁸ DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 98.

⁴¹⁹ “il sinalagma consente la permanenza del rapporto tra i contraenti che hanno effettivamente adempiuto alle loro obbligazioni ed hanno, con ciò, rispettato, tra loro, la reciprocità sinallagmatica; ma non consente la permanenza del rapporto tra tutti questi contraenti e il contraente inadempiente, in quanto che in questo più vasto gruppo la reciprocità sinalagmatica non è stata rispettata” (DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 100).

⁴²⁰ “A exclusão constitui modalidade de extinção do vínculo societário do sócio em relação à sociedade e aos demais sócios e, de acordo com a doutrina majoritária, uma especial modalidade de resolução do contrato de sociedade por fato imputável ao sócio” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 121).

⁴²¹ Cf. AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 34.

adimplemento das obrigações dos outros sócios, considerando-se que é por meio disso que o escopo social será atingido⁴²²⁻⁴²³. Trata-se, nas palavras de Dalmartello, do “direito ao adimplemento⁴²⁴”.

A contratação de obrigações acessórias e a assunção de obrigações legais gera, nesse contexto, a expectativa recíproca de que os sócios-contratantes agirão de maneira previsível; de acordo com o disposto na lei, no estatuto e pactos parassociais. Daí o dever de lealdade recíproco entre os sócios, a legitimar a expectativa de adimplemento de todas as obrigações sociais. As legítimas expectativas criadas nas partes contratantes da sociedade não devem ser frustradas; ao contrário, a correta e adequada prestação das obrigações assumidas é esperada a fim de (i) satisfazer os deveres de fidelidade e confiança inerentes às vontades reciprocamente declaradas para a formação do contrato⁴²⁵; e (ii) permitir o alcance do escopo social.

Assim, dado o aspecto de contrato *bonae fidei* da sociedade, o inadimplemento pode ser classificado como um comportamento contraditório de um acionista com relação ao quanto declarado aos demais acionistas na celebração do contrato de sociedade ou pacto parassocial e ao assumido legalmente por força da contratação, podendo levar à frustração

⁴²² “Ogni socio ha l’interesse a pretendere (e conseguentemente il diritto di pretendere) l’adempimento delle obbligazioni degli altri soci, poichè i vari conferimento favoriscono il raggiungimento dello scopo comune. Si tratta cioè non di un vincolo immediato, ma di un vincolo mediato, derivante dal fatto che il conferimento dell’altro socio agevola la raggiungibilità dello scopo, dal cui perseguimento si attende la propria controprestazione” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, pp. 53-54).

⁴²³ A respeito especificamente das obrigações contratadas por meio de pactos parassociais, Luigi Farença descreve o mesmo fenômeno, ao identificar uma natureza de “*negozio fiduciario*” em tais contratos: “E nel caso di specie non è dubbio che il socio abbia un interesse, anche personale, a che l’altro socio adempia la prestazione a favore della società. Così non è dubbio che, se oggetto del contratto parasociale è il trasferimento di determinati beni alla società da parte di alcuni soci, gli altri soci stipulanti abbiano interesse all’adempimento del contratto e possano richiederlo giudizialmente, come non è dubbio che ciò possa essere fatto dalla società” (FARENGA, Luigi. *I contratti parasociali*. Milão: Giuffrè, 1987, p. 295).

⁴²⁴ “il diritto all’adempimento nasce, col nascere del contratto e rappresenta la finalità essenziale del rapporto obbligatorio; la sua attuazione non porta modificazioni al rapporto convenzionale, ma pone in essere ciò che sin dall’inizio è necessità che avvenga” (DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 111).

⁴²⁵ A esse respeito, e conforme já explicitado no item precedente deste capítulo, Paulo Nalin sustenta que, “face aos reflexos exteriores decorrentes da boa-fé objetiva, à ela também é atribuída a terminologia de boa-fé lealdade e confiança, pois as expectativas criadas junto ao outro contratante jamais devem ser frustradas, sob pena de violação do princípio em tela. Se espera do contratante, estando em curso a execução da prestação que atue de modo diligente e leal, vindo a satisfazer a confiança depositada na declaração de vontade originalmente emitida, quando da formação do negócio” (NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In Luiz Edson Fachin (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 196).

do negócio. Trata-se, portanto, e nas palavras de Comparato, da “manifestação por excelência da falta de boa-fé⁴²⁶” por parte do sócio inadimplente.

Ainda conforme Comparato, especificamente a respeito de acionista que comete inadimplemento de obrigação contratual assumida perante os demais no âmbito de uma companhia fechada: “pratica [ele] falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*)⁴²⁷”.

Nesse contexto, o fundamento da tutela do “comportamento coerente” busca a proteção da fidelidade e confiança entre os contratantes – valores caros à segurança jurídica⁴²⁸⁻⁴²⁹. Eventual comportamento contraditório, para além do inadimplemento da obrigação social específica, representa descumprimento do dever de colaboração para com os demais contratantes, em desonra à palavra contratada⁴³⁰.

⁴²⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 39.

⁴²⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 39-40.

⁴²⁸ A respeito do fundamento do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* como tutela da confiança: “[a] tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância, com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial. Em outras palavras, é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium*” (SCHREIBER. Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 100).

⁴²⁹ Nesse sentido, Bean, a respeito, especificamente, de *partnerships*: “[b]ut when would exercising a power of expulsion be for the benefit of the partnership, especially as it destroys the existing partnership? Intuitively we may respond that if a partner is harming the partnership business its expulsion may be for the benefit of the partnership, but we must recognize that this equates the partnership with its business. We may argue that since a partnership is defined by reference to both its members and its business, it has an interest in preserving both its current membership and its business. However, the preservation of this membership is to protect the mutual trust and confidence between the members that would be destroyed if a stranger were admitted to the membership. When one partner is acting so as to destroy this mutual trust and confidence it may be expelled, as the protection of the mutual trust and confidence is paramount and provides the rationale for maintaining the current membership (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 188-189 – sem grifos no original).

⁴³⁰ Sobre a subsunção do inadimplemento de obrigações sociais ao inadimplemento do dever de fidelidade, Rafael Garcia Villaverde, a respeito do direito espanhol e italiano vigentes em 1977, em que dispunham sobre hipóteses específicas de obrigações sociais cujo inadimplemento poderia gerar a exclusão do sócio faltoso e, por outro lado, previa também um “tratamento genérico”, baseado no dever de fidelidade: “Esta técnica de tratamiento general de los incumplimientos supone la sanción a todo incumplimiento grave al deber de fidelidad. Exime de mayor especificación y permite recoger la gama de posibles fraudes a la

Por outro lado, o inadimplemento de uma obrigação social não se confunde com eventual inadimplemento de um contrato bilateral celebrado entre os sócios⁴³¹, de maneira que o vínculo societário existente em razão do relacionamento societário confere, àquela situação, possibilidade de tratamento jurídico diferente da mera responsabilidade civil por descumprimento contratual⁴³²; vale dizer, permite a aplicação de sanção de cunho *societário*. Eis aí configurado o fundamento dogmático-jurídico para a exclusão do acionista inadimplente.

Com efeito, a justa causa para a exclusão social “deve conectar-se necessariamente à relação societária; deve estar relacionada com o prosseguimento da relação societária”⁴³³. Ou seja, relaciona-se a um inadimplemento de dever social contratado entre os acionistas *na condição de sócios*, de modo a comprometer, de maneira imediata, o relacionamento societário e, mediatemente, o exercício da atividade empresarial. No mesmo sentido se manifesta Ferri, para quem a justa causa da exclusão social refere-se a um inadimplemento grave e inerente a uma obrigação devida pelo sócio

sociedad: en cuanto que supone una remisión a los deberes de socio en concreto, todo incumplimiento grave a los mismos aparece subsumido en la clausula. Por el contrario, el Código de comercio español, al igual que los italianos, especifica, por una parte, una serie de obligaciones de los socios, cuyo incumplimiento sanciona, por otra parte, con supuestos concretos de exclusión. Al dado de esto, presenta un tratamiento genérico de incumplimiento, (...), lo cual supone una necesaria remisión al mismo de aquellos incumplimientos concretos al deber de fidelidad que no reciban sanción en otros lugares de dicho precepto” (VILLAYERDE, Rafael García. La exclusión de socios – causas legales. Madri: Editorial Montecorvo, 1977, pp. 173-174).

⁴³¹ Cf. DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, pp. 12-13. O autor prossegue, ao definir obrigações acessórias como obrigações assumidas pelos sócios, nessa tal condição, em favor da sociedade, e em ato social (“le obbligazioni assunte dai soci, in questa loro qualità, verso la società, ed in atti sociali”, Op. cit., p. 26).

⁴³² “Considerare le prestazioni accessorie come contratti bilaterali, ed applicare loro le relative norme giuridiche, sarebbe, dunque, incorrere in un errore di valutazione, perché il rapporto sociale al quale accedono le prestazioni accessorie, come elementi accidentali, altera profondamente i negozi giuridici apparenti, sì da modificarne la natura” DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, p. 14).

⁴³³ SCHMIDT, Karsten. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch-2*. 2ª ed. Munique: C. H. Beck/Vahlen, 2006, p. 747. Tradução de Marcelo Vieira von Adamek, In ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por fato grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. Marcelo Vieira von Adamek (coord.), 2011, pp. 185-215, p. 189, nota 8 – sem grifos no original.

em tal condição⁴³⁴, seja ela de origem legal ou contratual⁴³⁵ – o que implicará no inadimplemento do dever de boa-fé⁴³⁶.

Para fundamentar a exclusão do sócio inadimplente, a princípio, o referido inadimplemento pode dizer respeito a qualquer dever social, desde que seja relacionado ao fim social. O estado de sócio abrange todas as obrigações contratuais assumidas pelos sócios em relação à empresa (no âmbito, portanto, do relacionamento societário)⁴³⁷. Tal entendimento se coaduna à tese de doutorado de Mariana Conti Craveiro, na medida em que a autora defende que a previsão de prestações acessórias de maneira lateralmente ao estatuto social integra o estado de sócio, personaliza o relacionamento societário e, portanto, ainda que não estejam previstas no contrato de sociedade, devem ser interpretados à luz do Direito Societário⁴³⁸ – e, nesse sentido, parece não gerar efeitos meramente obrigacionais para o inadimplemento, mas permitir a imputação de sanções societárias.

⁴³⁴ “Deve trattarsi di inadempimento grave e inerente ad obblighi che derivino al socio in tale sua qualità, e non anche in una veste diversa” (FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. 8ª ed. Turim: Unione Tipografico, 1992, p. 293).

⁴³⁵ Cf. FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografico, 1971, p. 225.

⁴³⁶ A respeito da identificação de uma violação ao dever de lealdade de um acionista ao deixar de cumprir uma obrigação social, Jorge Miguel Rodríguez ensina que: “[e]n relación a nuestras sociedades de capital son mínimas las referencias legales que directa o indirectamente hacen referencia a los deberes de fidelidad de los socios, a bien sí existen una serie de supuestos en donde pueden encontrar aplicación – por ejemplo en la adopción de acuerdos contrarios al interés social –, o podemos identificar una serie de supuestos concretos en los que la infracción de algún deber legal supone al mismo tiempo una violación de deber de fidelidad. En ese sentido, generalmente en el marco de la protección de las minorías, se han señalado expresamente la exclusión de socios y la exclusión del derecho de suscripción preferente y, con carácter general, las infracciones de las obligaciones de non competir” (RODRÍGUEZ, Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 456 – sem grifos no original).

⁴³⁷ “Lo stato di socio è semplicemente l’insieme di doveri e dei diritti, delle funzioni e dei poteri che il socio ha verso questo centro idealmente subiettivo: e cioè la titolarità complessa dei diritti e degli obblighi contrattuali, delle funzioni e dei poteri rappresentativi nei riguardi della società commerciale” (DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 176).

⁴³⁸ “De fato, a ausência de efeitos societários do eventual inadimplemento não afasta a relevância do que foi contratado como conjunto de regras a que se submeteu o sócio em vista daquele negócio, daquele empreendimento comum que as partes tencionavam desenvolver, valendo-se também das prestações acessórias pactuadas” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107 – sem grifos no original). Em outra passagem a autora esclarece que: “[o]s pactos parassociais são celebrados em função daquele liame, daquele vínculo existente entre as partes a que linhas antes se referia, que buscam personalizar. Por consequência, encontram-se inegavelmente “submersos” naquele conjunto de direitos e deveres que decorrem desse mesmo vínculo, ainda que não expressos na lei ou no estatuto. De outro lado aquilo que as partes acordam parassocialmente passa a integrar o mesmo conjunto de direitos e deveres; passa a compor o estado de sócio de cada um dos celebrantes” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 144-145).

Esse parece ser, inclusive, o fundamento do artigo 120 da LSA, que prevê a possibilidade de imposição da *sanção societária* de suspensão do exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação inerente ao *status socii*⁴³⁹.

Ao assim estabelecer, os autores da lei parecem concordar com a tese de que o inadimplemento de obrigação social de acionista viola a boa-fé contratual, ferindo a fidelidade e a confiança *entre os acionistas*, que veem sua legítima expectativa frustrada em razão do comportamento contraditório do acionista inadimplemente. Nesse sentido é a posição de Comparato, ao estabelecer que a sanção de exclusão, decorrente da violação do dever de boa-fé do sócio, seria mais “enérgica” e “radical” do que a sanção de mesma natureza, de suspensão do exercício dos direitos societários⁴⁴⁰.

Assim, a despeito de eventual pretensão indenizatória pelo comportamento irregular, de maneira a reparar os danos causados à *empresa* (por exemplo, conforme artigo 115, parágrafos 3º e 4º e artigo 117 da LSA), o sistema da LSA parece assentir com a aplicação de sanção societária de maneira paralela (no âmbito do relacionamento societário) a fim de coibir o comportamento contraditório e preservar a confiança e fidelidade *entre os sócios* – suas legítimas expectativas de execução do contrato de sociedade.

Afinal, a existência de boa-fé no relacionamento societário é pressuposto do atingimento do fim social⁴⁴¹, na medida em que, agindo de maneira contrária ao que foi

⁴³⁹ Novamente nos sustentamos na tese de Mariana Conti Craveiro, que explicou, baseada na lição de Comparato, a possibilidade de aplicação do referido artigo legal havendo descumprimento de obrigação parassocial: “[n]o Brasil, o art. 120 da Lei 6.404/76 prevê a possibilidade de suspensão de direitos do acionista faltoso em caso de não cumprimento de obrigação legal e/ou estatutária, o que poderia levar à conclusão de que efeitos societários somente são aplicados ao descumprimento de obrigações societárias previstas nos estatutos sociais. COMPARATO, contudo, apresenta posição mais ampla, no sentido de que a suspensão dos direitos do acionista pode ocorrer se o inadimplemento da obrigação acessória puder ser configurado como falta no dever de colaboração do acionista. Ou seja, mesmo que a prestação acessória conste de pacto parassocial, seu inadimplemento poderia, neste caso, gerar efeitos *societários*”. (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 106). Destacamos que nos referimos às obrigações que necessariamente digam respeito ao exercício da empresa, ainda que assumidas parassocialmente.

⁴⁴⁰ “A sanção mais enérgica contra a violação desse dever de boa-fé do sócio é a sua exclusão da sociedade. (...). Independentemente dessa medida radical [exclusão], as leis acionárias de alguns países, inclusive do nosso, consagram outro remédio societário adequado a sancionar as violações dos deveres de colaboração de acionistas, em função do interesse comum. É a suspensão do exercício dos direitos societários” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 40-42).

⁴⁴¹ É nesse sentido que Wiedemann explica que “o dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para uma correta colaboração de todos os participantes a fim de atingir o fim social”

reciprocamente contratado, os acionistas não apenas ferem os deveres de lealdade e colaboração entre si, mas o fazem em prejuízo da consecução do escopo comum.

Conforme visto, o inadimplemento hábil a gerar a sanção societária deve sempre relacionar-se ao fim social (atividade + lucro), embora se refira, diretamente, ao descumprimento de obrigação assumida *entre acionistas* e tenha por finalidade a tutela desse relacionamento societário de maneira imediata (e, mediatamente, a tutela da empresa). Assim é que o inadimplemento deve sempre refletir-se de maneira direta na companhia. Tanto o é que a sanção estabelecida pelo artigo 120 da LSA é imposta por deliberação da assembleia geral, cuja competência restringe-se a decidir “todos os negócios relativos ao objeto da companhia” e as medidas julgadas convenientes à defesa e o desenvolvimento desse objeto⁴⁴², que nada mais é do que a própria atividade empresarial.

Se é possível depreender da finalidade da sanção prevista no artigo 120 da LSA a proteção do objeto da companhia, com mais razão se infere tal finalidade da sanção de exclusão, ainda mais radical do que a já grave suspensão de direitos do inadimplente. Não faria mesmo sentido excluir determinado acionista por conflitos atribuídos a obrigações que não dizem respeito à companhia, sem implicações ao exercício da empresa, sob pena de inverter a lógica do próprio fundamento axiológico do instituto da exclusão.

De fato, conforme foi objeto do capítulo 2 desse trabalho, a racionalidade teleológica da exclusão de sócio refere-se, mediatamente, à preservação da companhia (e do próprio ente social, ainda que como uma finalidade reflexa) e, de maneira imediata, à tutela dos consócios enquanto contratantes de um mesmo escopo social. Nesse sentido, a sanção societária – como a exclusão do acionista inadimplente ou a suspensão de seus

(Gesellschaftsrecht, Band II, cit. 3 II parágrafo 3, p. 192. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 120, nota 37), ao que parece coadunar com a posição de Dominique Schmidt, ao explicar que o vínculo de lealdade entre os sócios (bem como a noção de sociedade) é que permite o respeito ao interesse coletivo (participação nos resultados – escopo fim da sociedade) (SCHMIDT, Dominique. *De l'intérêt commun des associés*. In **La Semaine Juridique (JCP)**. N. 48, janeiro/1994, pp. 535-538, p. 538).

⁴⁴² “Remanesce ainda em mãos da Assembléia Geral, sem embargo da hipertrofia dos órgãos da Administração, o núcleo decisório da companhia, principalmente no que diz respeito à sua estrutura jurídica, à disciplina de suas atividades, à organização de sua vida interna e à ordenação de suas relações com o exterior. (...), não se pode negar, do ponto jurídico, a *soberania* expressa no poder, que a lei lhe atribui, de decidir todos os negócios relativos aos objeto da companhia” (TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 384 – destaque do original).

direitos – por tutelar as legítimas expectativas de cumprimento de obrigações sociais relacionadas ao exercício da empresa, somente poderá ser aplicada quando o conflito instaurado for diretamente relacionado a ela.

Daí se depreende a natureza e a importância da exclusão do acionista inadimplente: trata-se de sanção societária (no âmbito da “esfera interna da companhia”, ou seja, do relacionamento societário) por inadimplemento de dever social, pela frustração de legítima expectativa dos demais consócios em razão de comportamento contraditório ao acordado, cuja imposição se faz necessária para restabelecer a fidelidade e confiança entre os contratantes e obstar o referido comportamento contraditório, que põe em risco o escopo comum.

A esse respeito, é interessante a posição de Jorge Miguel Rodríguez, Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de Barcelona. Segundo o autor espanhol, os deveres de lealdade e colaboração dos sócios ou acionistas – identificados, conjuntamente, como “deveres de fidelidade” – existem em qualquer tipo societário. Embora não mencione se tais deveres obrigam os sócios reciprocamente e/ou apenas para com a sociedade, o autor identifica o problema de tais deveres não estarem positivados legislativamente no direito espanhol, nem tampouco as consequências dos respectivos descumprimentos, o que dificultaria “materializar a exigibilidade” de tais deveres⁴⁴³. É nesse sentido, aliás, que o autor propõe, de *lege ferenda*, a possibilidade de inclusão de uma cláusula geral que imponha, em todos os distintos tipos societários, deveres de fidelidade aos sócios⁴⁴⁴.

⁴⁴³ “el mayor problema de los deberes de fidelidad no es la dificultad en considerar qué comportamientos pueden contravenirlos, sino la falta de consecuencias específicamente previstas en el ordenamiento para el caso de su infracción. Creo que aunque puede afirmarse que los deberes de fidelidad de los socios existen, y pueden identificarse, faltan vías concretas que en el campo societario permitan materializar esa exigibilidad” (RODRÍGUEZ, Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 465). Mais a frente o autor complementa: “[c]oincidimos con quienes detectan la exigencia de deberes de fidelidad en una serie de normas concretas, como puedan ser las reguladoras de la exclusión de socios o del derecho de suscripción preferente, o las obligaciones de no competir, o las normas que protegen el interés social o el conflicto de intereses” (Op. Cit., p. 466).

⁴⁴⁴ “En un plano de la *lege ferenda*, la manera más adecuada de resolver la cuestión sería en mi opinión la formulación de una cláusula general, aplicable a los distintos tipos societarios” (RODRÍGUEZ, Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 467).

De nossa parte, concordamos com o autor no sentido de que os deveres de colaboração e lealdade impõem-se aos acionistas (já que existem, de fato, em qualquer contrato de sociedade); e, em companhias fechadas, acrescentamos, tornam-se exacerbados no que se refere ao relacionamento societário. Ao contrário de Jorge Miguel Rodríguez⁴⁴⁵, no entanto, entendemos que o fato de tais deveres de colaboração e lealdade entre os acionistas não estarem positivados expressamente na LSA no que se refere a acionistas não controladores⁴⁴⁶ – ainda que o possam ser⁴⁴⁷ – não impediria a possibilidade de exclusão por eventual inadimplemento de obrigação social, uma vez que se trata de deveres que permeiam o contrato de sociedade a que os acionistas reciprocamente se obrigaram.

Materialmente, portanto, o pedido judicial de exclusão de acionista inadimplente tem por pressuposto o artigo 981 do CC/02, que legalmente identifica o dever de cooperação reciprocamente contratado entre os sócios de qualquer sociedade em prol do escopo comum.

O artigo 981 do CC/02 “contém previsão genérica, suscetível de aplicação a qualquer sociedade, simples ou empresária⁴⁴⁸”; o que, naturalmente, inclui as sociedades anônimas, empresárias por definição legal (artigo 982, parágrafo único do CC/02). Ao dispor sobre as obrigações contratadas entre os sócios para o exercício da atividade, o mencionado dispositivo legal faz referência direta ao relacionamento societário e ao dever

⁴⁴⁵ “Compartiendo la común información de la existencia de deberes de fidelidad de los socios en cualquier tipo societario y siendo similares incluso los comportamientos que puedan exigirse en todo ellos, no veo muy claro que puedan aplicarse si más a las sociedades de capital reglas que o bien no están previstas en nuestro ordenamiento o lo están con carácter específico para las sociedades de personas. Me refiero principalmente a la revocabilidad del acuerdo o la exclusión de socios. La formulación legal de esas obligaciones – o quizás con mayor precisión, pues ahí radica el problema esencial, de las consecuencias de infringir esas obligaciones – es insuficiente” (RODRÍGUEZ, Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 466 – sem grifos no original). Mais a frente, especificamente no que se refere à possibilidade de exclusão de acionista por quebra de deveres fiduciários, o autor aponta que se trata de entendimento recorrente na doutrina e jurisprudência espanholas: “[l]a posibilidad de exclusión o separación por justos motivos – en ausencia de previsión estatutaria expresa – que podrían constituir remedios adecuados a la infracción de deberes de fidelidad no encuentran apoyo mayoritario entre la doctrina, ni – hasta donde yo sé – acogida jurisprudencial. La razón fundamentalmente es la ausencia de una previsión expresa que lo posibilite” (Op. Cit., p. 466).

⁴⁴⁶ A nosso juízo, o artigo 115 da LSA refere-se ao dever de colaboração dos acionistas para com a companhia.

⁴⁴⁷ “The next question that must be asked is: can the fiduciary principle be encapsulated in rules and definitions or must it remains a rather broad quasi-moral concept? In a commercial context the fiduciary principle can be encapsulated in rules and definitions” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures – The collaborative fiduciary relationship*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 31).

⁴⁴⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa – comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.

de cooperação de cada um dos sócios perante os demais (nas palavras da lei: “*reciprocamente se obrigam a contribuir*”) para a consecução do fim social (objeto social (atividade) + objetivo (lucro); nas palavras da lei: “*para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados*”). É nesse sentido que Bulgarelli, citando Sylvio Marcondes, menciona que a definição de sociedade em nosso ordenamento assentou-se no conceito de contrato plurilateral, que importa justamente a contribuição recíproca dos sócios para a consecução da atividade econômica⁴⁴⁹.

Nesse contexto, nosso sistema jurídico, por meio da positivação do artigo 981 do CC/02, admitiu que as relações entre os acionistas são instrumentalizadas contratualmente; o que significa dizer que (i) celebrado o contrato, cada uma das partes obriga-se perante todas as demais a cooperar para atingir o escopo comum; e (ii) o inadimplemento do contrato por apenas um dos contratantes, a princípio, “não acarreta a resolução de todo o contrato, mas apenas a do vínculo individual do inadimplente”^{450,451}.

O artigo 981 do CC/02, portanto, não apenas se coaduna ao sistema da LSA como é seu pressuposto e a ele se integra, nos termos do quanto estudado no item 4.1.

Nesse sentido, para fundamentar a exclusão de acionista inadimplente tornar-se-ia desnecessária a invocação do artigo 1.089 do CC/02, que prevê a aplicação das disposições do Código às sociedades anônimas no caso de omissão da lei especial (LSA), a

⁴⁴⁹ Cf. BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 439. Em sentido similar, destacando A cooperação dos sócios como elemento inerente à constituição da sociedade: “[e]lementos do contrato. Da definição legal extraem-se três elementos essenciais ao contrato de sociedade: (i) pluralidade de contratantes; (ii) contribuição dos integrantes para o exercício de atividade econômica; e, (iii) coparticipação nos lucros e nas perdas” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado – conforme a Constituição da República*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 39).

⁴⁵⁰ “Com efeito, no contrato plurilateral, ao contrário do que ocorre nos demais contratos, os interesses contrastantes das várias partes convergem para uma finalidade única, exercendo o contrato uma função instrumental, visando à disciplina das sucessivas relações das partes nessa colaboração ou cooperação comum. Cada uma das partes obriga-se para com todas as outras, e para com todas adquire direitos, coordenados em torno de um fim, Daí que dessa configuração decorram consequências jurídicas relevantes: os vícios de consentimento dos sócios não determinam necessariamente a nulidade do contrato de sociedade. Da mesma forma, a falta de cumprimento da obrigação assumida por um dos sócios não acarreta a resolução de todo o contrato, mas apenas a do vínculo individual do inadimplente” (LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedades por quotas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 100, outubro-dezembro/1995, pp. 85-97, p. 88).

⁴⁵¹ “Desse feixe de relações contratuais, sempre aberto à adesão de novas partes – daí a denominação de plurilateral – pode-se concluir que a invalidade de uma subscrição, a impossibilidade ou inadimplemento de prestação de um dos sócios, não afeta todo o contrato, mas apenas uma das múltiplas relações que correspondem a esse feixe contratual, que é o contrato plurilateral” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 41).

fim de permitir a incidência do artigo 1.030 do CC/02. Ao assim positivamente situar a questão da exclusão de acionista no seio do artigo 981 do CC/02, torna-se possível evitar a discussão a respeito da existência ou não de omissão da LSA quanto à possibilidade de exclusão, na medida em que a lei especial regulou expressamente a matéria, nos termos do artigo 107, inciso II, da LSA.

No que se refere ao acionista controlador, objeto desse trabalho, não prospera a preocupação de Jorge Miguel Rodríguez com ainda mais razão. Os deveres de colaboração e lealdade do acionista controlador vêm expressamente positivados na LSA, no artigo 116, parágrafo único, de maneira a fundamentar, materialmente, a exclusão do acionista controlador inadimplente por infração ao mencionado dispositivo legal.

Conforme lição de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo von Adamek, do ponto de vista estrutural, a exclusão social se aproxima da “teoria da resolução do contrato⁴⁵²”. Tal entendimento se coaduna a Dalmartello, que situa a exclusão de sócio como decorrente de inadimplemento de obrigação reciprocamente assumida (decorrente de lei ou do próprio contrato) perante os demais consócios e em favor da empresa⁴⁵³. Com o emprego da exclusão há, portanto, a resolução do vínculo societário que conecta o acionista faltoso aos demais acionistas e o atrela ao escopo social.

Nesse sentido, o fundamento positivo material para o pedido de exclusão de acionista assenta-se nos artigos de lei que identificam o dever de cooperação reciprocamente assumido entre sócios em favor do escopo comum inerente ao *status socii* e adquirido pela celebração do contrato de sociedade (na posição de acionista controlador ou não), cujo inadimplemento inviabiliza o preenchimento do fim social. Daí o recurso ao artigo 981 do CC/02 e, cumulativamente, do artigo 116, parágrafo único, da LSA, quando tratar-se de acionista controlador.

Em qualquer hipótese – sendo o inadimplente acionista controlador ou não controlador –, o pedido de exclusão de acionista seria fundamentado processualmente no

⁴⁵² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, V. 149/150, 2008, pp. 108-130, p. 121.

⁴⁵³ “L’istituto della esclusione non è altro, nella sua essenza, se non l’istituto della risoluzione del contratto sinallagmatico per inadempimento, adatto al contratto plurilaterale di società commerciale” (DALMARTELLO, Arturo. *L’esclusione dei soci delle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939, p. 105)

artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA, na medida em que o mencionado dispositivo elege a preservação da exploração de empresa como bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento⁴⁵⁴. Até por essa razão, tal dispositivo legal é interpretado como fundamento positivo da dissolução parcial da sociedade, a fim de que, sempre que possível, seja preservada a empresa.

De fato, jurisprudência⁴⁵⁵ e doutrina⁴⁵⁶ já se posicionaram no sentido de que a exegese do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA permitiria a dissolução de apenas um vínculo societário quando a manutenção do quadro social tal como dado impossibilitasse o preenchimento do fim da companhia, o que levaria à sua dissolução total. É nesse cenário que entendemos que a conduta comissiva ou omissiva de determinado acionista, que implique no inadimplemento de dever assumido por ocasião da celebração do contrato de

⁴⁵⁴ “[A]tividade deve sempre ser viabilizada, porque a possibilidade de realização do objeto social é pressuposto da preservação da empresa, o que se deduz facilmente da constatação de que a companhia que, comprovadamente, não pode realizá-lo perde sua razão de ser e, pois, se dissolve (Lei 6404, art. 206, II, “b”)” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, p. 72).

⁴⁵⁵ Exemplificada pelo acórdão do STJ, extraído do Recurso especial 917.531-RS, julgado em 17.11.2011 pela 4ª Turma, de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, do que se destaque que: “[É] bem de ver que o art. 206, II, “b”, da Lei das S/A contempla hipótese de dissolução total da companhia por decisão judicial, quando provado que ela não pode preencher o seu fim, o que sói ocorrer quando há desinteligência entre os acionistas, uma vez que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos. Todavia, a regra da dissolução total em nada beneficiaria os valores sociais envolvidos no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país, razão pela qual o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, implicando a sua continuidade em relação aos sócios remanescentes” (sem grifos no original). Outro julgado em sentido similar: “O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima conduzindo à dissolução parcial” (STJ, Resp 111.294, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 19.9.2000). A respeito da posição jurisprudencial atual de forma geral, Carvalhosa sintetizou: “ainda que solicitada judicialmente a dissolução, v.g., quando provado que não pode a companhia preencher o seu fim, não vinga a dissolução, mas sim a retirada do postulante, apurando-se em execução os seus haveres. Não logrando a maioria do capital social, o juiz tenderia a negar o pedido único (não alternativo) de dissolução. Se alternativo o pedido (dissolução total ou parcial), prevalecerá este último. Ocorre que, não obstante esse requisito processual (pedido alternativo), têm os tribunais julgado extra petita no sentido de que cabe a dissolução parcial a favor do requerente mesmo quando haja pedido único pela dissolução total. Essa orientação do Judiciário tem sido adotada tanto nas sociedades anônimas como limitadas” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 206 a 242*. V. 4. Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45). Para mais, ver VIEIRA, Máira de Melo. *Dissolução Parcial de sociedade anônima – Construção e consolidação no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

⁴⁵⁶ “A falta de *affectio societatis*, portanto, poderá dar ensejo à dissolução parcial, assim como quando restar patenteada qualquer outra circunstância que impossibilite a sociedade de atingir o seu fim, v.g., a não distribuição de dividendos. Aliás, a falta de distribuição de lucros já tem sido erigida pelos pretórios pátrios como “pressuposto essencial para a chamada dissolução parcial de sociedade anônima” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 72-73 – sem grifos no original). Em sentido similar, Carvalhosa, acentuando o caráter institucional da companhia: “Assim, no âmbito dos interesses dos acionistas, prevalece o princípio de que a dissidência de um deles não pode representar a morte da companhia, impondo-se, portanto, sua conservação, por razões públicas e privadas” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 206 a 242*. V. 4. Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48 – sem grifos no original).

sociedade, capaz de comprometer o escopo social, poderia justificar a dissolução de seu vínculo societário, a fim de evitar que a manutenção do *status quo* leve à dissolução total da companhia. Tudo de modo a proteger o valor “fim social” (exploração da empresa + lucro).

Com efeito, também a exclusão de acionista visa a preservação do fim social, dado que, para que tal remédio seja admissível, o inadimplemento daquele que se pretende excluir deve ser grave o suficiente a comprometer, real ou potencialmente, a finalidade da companhia⁴⁵⁷.

A esse respeito, a abalizada orientação de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca já aduziu que, em hipóteses em que for possível a aplicação do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA, parece mesmo muito mais razoável adotar o afastamento do sócio causador da dissidência, a fim de se preservar a atividade empresarial⁴⁵⁸. Carlos Klein Zanini acompanha o mesmo raciocínio para afirmar que, diante de uma causa suficiente para decretar a dissolução total de uma companhia, a possibilidade de dissolver a sociedade apenas parcialmente abrandaria os efeitos dissolutórios, compatibilizando-se com o princípio da preservação da empresa⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ “não basta o mero inadimplemento das obrigações sociais. Este deve ser de tal ordem que coloque em risco, ainda que potencialmente, a finalidade para a qual foi constituída a pessoa jurídica” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008, p. 3. Disponível em: <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>. Acesso em 5out2014). No mesmo sentido, Renato Ventura Ribeiro, para quem: “[d]eve ser apurado o grau de gravidade, tendo como critérios o fundamento da exclusão de sócios e a finalidade que se pretende com ela atingir, a convivência para a sociedade e o potencial danoso às atividades da sociedade. A gravidade deve sempre estar relacionada ao objeto da sociedade ou a atos ou situações ensejadores da perda de confiança em determinado sócio. Em outras palavras, falta grave é o ato do sócio que, se conhecido antes da constituição da sociedade ou de seu ingresso nela, inibiria os demais de participarem da sociedade. Podendo a infração comprometer a atividade da sociedade, deve o sócio ser excluído. Não se requer dano efetivo à sociedade, mas somente a possibilidade de que tal venha a ocorrer” (RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 180-181 – sem grifos no original).

⁴⁵⁸ “Por fim, o art. 206, II, alínea *b* determina a dissolução da companhia “quando provado que não pode preencher o seu fim”. A incontestável desarmonia entre os sócios, portanto, autoriza o decreto de dissolução da sociedade. Ora, diante desse desajuste, parece muito mais razoável afastar o sócio causador da dissidência do que dissolver totalmente a sociedade. Assim, ao menos, tem se pronunciado a jurisprudência”. (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87).

⁴⁵⁹ “É por isso que a “dissolução parcial” imotivada é manifestamente diversa da “dissolução parcial” deferida em substituição à dissolução total. Aquela, sob o pretexto de colmatar uma lacuna (inexistente), desafia a vontade de legislador, subvertendo o espírito da LSA. Esta, diante da presença de uma causa suficiente para decretar a dissolução total da sociedade, abranda seus efeitos, compatibilizando o direito de o sócio se retirar da sociedade com o princípio da preservação da empresa. O grande diferencial entre uma e

O próprio Superior Tribunal de Justiça já assim se manifestou. Em interessante julgado a respeito da possibilidade jurídica do pedido de exclusão de acionistas minoritários proposta pelo acionista controlador com base no artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA, a Corte Superior declarou que, configurada causa para a dissolução da sociedade por impossibilidade de preenchimento do fim social⁴⁶⁰, “à luz do princípio da preservação da empresa, nada impede seja essa dissolução apenas parcial, em respeito ao postulado constitucional da função social da propriedade, garantindo que seja mantida a circulação de riquezas ensejada pela continuidade do negócio⁴⁶¹”. Nesse contexto, o Tribunal concluiu pela possibilidade jurídica do pedido de exclusão de acionista com fundamento no artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA⁴⁶².

De fato, a atuação de um determinado acionista em violação ao seu dever de cooperação pode representar ameaça à continuação da empresa. Nos explica Mário Engler Pinto Jr. que a permanência de tal sujeito nos quadros sociais coloca em risco a sobrevivência da companhia, motivo que poderia ensejar sua exclusão da sociedade⁴⁶³. Porque, como se sabe, a

outra reside, por conseguinte, na existência ou não de fundamento para a postulação da dissolução” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281).

⁴⁶⁰ No caso concreto, entendeu a Corte Superior que teria sido comprovada a impossibilidade de preenchimento do fim social pela observância da “perda da relação de confiança entre os sócios e do esvaziamento do propósito comum de explorar o objeto social da empresa num determinado caminho, (...), já que as partes contendem em mais de uma dezena de ações judiciais, discutindo não apenas o controle acionário mas também o rumo que vem sendo dado à companhia pelos atuais administradores” (STJ, Recurso Especial nº 1.128.431 – SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 11.10.2011, p. 7).

⁴⁶¹ STJ, Recurso Especial nº 1.128.431 – SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 11.10.2011, p. 7.

⁴⁶² Confira-se, a esse respeito, o seguinte trecho conclusivo: “[o] que importa, nesse momento, é que a circunstância da ação ser de iniciativa dos acionistas majoritários, bem como o fato de o pedido ter sido formulado às avessas – objetivando não a saída dos autores, mas a retirada dos réus, acionistas minoritários – não tem o condão de modificar as mencionadas premissas, que permanecem válidas e apontam para a possibilidade jurídica do pedido de dissolução. Acrescente-se, nesse aspecto, que o próprio art. 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76 autoriza a dissolução judicial “por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social”, sem qualquer ressalva quanto ao fato do pedido não poder ser formulado pelos acionistas majoritários” (STJ, Recurso Especial nº 1.128.431 – SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 11.10.2011, p. 8).

⁴⁶³ “as violações ao dever de cooperação, omissivo ou comissivo, imposto ao sócio da sociedade anônima, normalmente não provoca um impedimento juridicamente insuperável à realização do objeto social. Dessa forma, a exclusão torna-se irrelevante, podendo até redundar em prejuízo à própria companhia, pelo desfalque patrimonial decorrente do reembolso de capital devido ao acionista excluído. Todavia, é perfeitamente possível se vislumbrar determinadas situações, onde a permanência do acionista na companhia venha a pôr em risco a sua sobrevivência como um todo, bem como a continuação da atividade empresarial. Esta ameaça pode ter origem num comportamento ilícito, cuja reparação não possa ser alcançada por nenhum dos mecanismos protetivos previstos na lei societária, ainda, ser resultado de fatores alheios à própria vontade do acionista” (PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, p. 88 – sem grifos no original).

“atividade deve sempre ser viabilizada, porque a possibilidade de realização do objeto social é pressuposto da preservação da empresa, o que se deduz facilmente da constatação de que a companhia que, comprovadamente, não pode realizá-lo perde sua razão de ser e, pois, se dissolve (Lei 6404, art. 206, II, “b”)⁴⁶⁴”.

Em circunstâncias como essas, seria justificável a exclusão do acionista inadimplente, desde que, naturalmente, seja possível preservar a atividade econômica com sua saída⁴⁶⁵. É nesse contexto que a exclusão social se consubstancia como um verdadeiro instituto de salvaguarda da atividade e da própria companhia⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷.

É nesse sentido, aliás, que se insere a ideia da companhia como instituição, cujos interesses envolvidos ultrapassam aqueles de titularidade dos contratantes⁴⁶⁸, de maneira a impor o afastamento de um dado sócio que coloca em risco um “agente

⁴⁶⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, p. 72 – sem grifos no original.

⁴⁶⁵ “Le prestazioni dei partecipanti e le situazioni giuridiche soggettive, degraderebbero ad un ruolo secondario e subordinato rispetto alle esigenze dell’attività comune. E così si spiegherebbe perché – data la funzione del contratto di società non già di realizzare uno scambio ma di regolamentare lo svolgimento de una attività comune – il negozio rimanga in vita sebbene venga meno la prestazione di una delle parti, laddove sia ancora possibile realizzare l’attività economica” (ESPOSITO, Ciro. *L’esclusione del socio nelle società di capitali*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 15 – sem grifos no original).

⁴⁶⁶ “[A] exclusão se configura como uma instituição destinada a salvaguardar a subsistência do ente social mediante o afastamento do sócio que com o seu comportamento ou circunstâncias pessoais prejudica a realização do fim social” (BAPTISTA, Daniela Farto. *O direito de exoneração dos acionistas – das suas causas*. Porto: Coimbra Editora, 2005, p. 117).

⁴⁶⁷ Em sentido similar, José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho, Ciro Esposito e Michelle Perrino, respectivamente: “O *deadlock* real é mortal, a ponto de se vislumbrar a dissolução judicial como único remédio para solucionar o impasse em Assembléia-Geral que tenha sobrevivido às regras de desempate do art. 129 da Lei 6.404/1976, uma vez que restaria evidenciada a impossibilidade de a companhia preencher seu fim. Como solução alternativa, defende-se, ainda, a exclusão de sócios como estratégia para recompor a vida societária à sua normalidade, preservando a continuidade da empresa” (PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *A estabilidade da firma: o alinhamento esperado do poder de controle na sociedade por ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 97-113, p. 101 – sem grifos no original). “Di conseguenza, l’esclusione viene vista come un fenomeno il cui nucleo costante è rappresentato dall’essere un rimedio che si attaglia alle esigenze ed alle caratteristiche dell’attività comune ossia, uno strumento attribuito alla disponibilità della società onde consentirle l’estromissione di quel socio, la cui permanenza nel gruppo possa comprometterne il vantaggioso esercizio della attività programmata” (ESPOSITO, Ciro. *L’esclusione del socio nelle società di capitali*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 17 – sem grifos no original). “Tutti elementi, questi or ora richiamati, che in definitiva evidenziano il rilievo anche qui centrale ascrivibile al dato dell’attività comune; ed allora il ruolo essenzialmente esplicato dall’esclusione del socio, qui come nelle società di persone, di strumento di salvaguardia (della continuazione, dei mezzi e dei risultati, o più ampiamente) del significato dell’attività” (PERRINO, Michele. *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 136 – sem grifos no original).

⁴⁶⁸ A esse respeito, vale notar que Carvalhosa entende que o princípio da preservação da empresa e do caráter institucional da companhia estão ambos positivados nos artigos 117 e 116 da LSA, respectivamente. E complementa: “[e]ssa é a fonte legal que embasa os decisórios que admitiam a dissolução parcial, muito embora não se encontre nesses mesmos arestos referência expressa aos arts. 116 e 117” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 206 a 242*. V. 4. Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50).

produtivo com toda a geração de postos de trabalho e de riquezas que dele podem decorrer^{469,470}.

Assim, embora seja de fato a ideia de resolução do vínculo societário por inadimplemento que permitiria a exclusão de acionista, entendemos que o fundamento não decorreria diretamente do regime jurídico aplicável aos contratos⁴⁷¹; mas da própria interpretação da LSA – que pressupõe um contrato plurilateral⁴⁷² –, na medida em que esta (i) permite a resolução de um vínculo societário único (dissolução parcial) em caso de inadimplemento do dever de conferimento (artigo 107, inciso II, da LSA)⁴⁷³; e, (ii) permite

⁴⁶⁹ “É inegável que a instituição empresa transcende ao conjunto de interesses privados que nele se inserem, submetendo-os, enfim, à lógica da preservação social e econômica que recomenda a manutenção de um agente produtivo com toda a geração de postos de trabalho e de riquezas que dele podem decorrer. Ora, se um sócio está pondo em risco tal perspectiva, nenhuma dúvida pode restar acerca da necessidade de seu afastamento, respeitado o devido processo legal em suas facetas formais e substanciais que marcam as modernas formas de diálogo processual no Estado Democrático de Direito, tudo a nos afastar de métodos inquisitivos ou imunes a tensões dialéticas” (NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas – Questões controvertidas e uma proposta de revisão dos institutos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 128 – sem grifos no original).

⁴⁷⁰ No mesmo sentido, Mário Engler Pinto, para quem: “a exclusão seria um meio de defesa posto à disposição da sociedade para garantir a consecução do escopo comum e assegurar a estabilidade da empresa, contra a destruição de seu valor organizacional, tanto no interesse da economia em geral, como no interesse privado da comunidade dos sócios” (PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, p. 86).

⁴⁷¹ “A resolução contratual por inadimplemento é um poder jurídico (Kannrecht), que ora se manifesta sob a forma de ação judicial, ora como direito potestativo, nesse último caso quando há cláusula resolutória explícita no contrato. Esse o sentido da norma contida no citado artigo 119, parágrafo único, do nosso Código Civil: “A condição (cláusula) resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo”. (...). Importa, no entanto, assinalar um fato que costuma passar despercebido. É que a referida norma, embora com a impropriedade tópica assinalada, foi colocada na Parte Geral do Código, e não no capítulo dos contratos. Daí por que é usado o termo genérico “obrigação”. Resulta clara, assim, a intenção do legislador de não limitar o poder resolutório tão-só aos contratos bilaterais, para os quais, aliás, foi editada a regra específica do art. 1.092, parágrafo único” (COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, pp. 139-140 – sem grifos no original).

⁴⁷² Cf. artigo 83 da LSA: “O projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia”; e artigo 981 do CC/02: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de actividade econômica e a partilha entre si, dos resultados”.

⁴⁷³ Conforme nos ensina Carvalhosa, “o ato de subscrição é uma das cláusulas impostas pela lei, que integra o contrato plurilateral de constituição da companhia ou da sua alteração, quando dos aumentos de capital por subscrição” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 328). Havendo inadimplemento de tal cláusula, opera-se a rescisão contratual com relação à subscrição do acionista inadimplente: “[j]á as duas medidas restantes – integralização com lucros e reservas e venda das ações a terceiros – resultam da rescisão do contrato de subscrição que a lei permite seja declarada unilateralmente pela companhia *sine ministério judicis*” (CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit., p. 349).

a resolução dos vínculos societários pela impossibilidade de preenchimento do fim social (artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA)⁴⁷⁴.

Com efeito, “no momento em que se atenta contra o “interesse social” se está também frustrando a realização do fim da companhia⁴⁷⁵”, seja por meio da conduta de um acionista minoritário ou controlador⁴⁷⁶. Da mesma forma, “não pode preencher o seu fim a companhia que já não está em condições de explorar, lucrativamente, a empresa que lhe constitui o objeto⁴⁷⁷”, em razão, por exemplo, do inadimplemento de obrigação social. E se isso ocorre, surge o interesse processual de agir e exercer a pretensão de dissolver judicialmente o vínculo do acionista que atenta contra o interesse social, quando possível preservar a continuidade da exploração da empresa.

A esse respeito, relembre-se o alerta feito por Comparato de que o dever de conferimento não é o único dever inerente ao *status socii* e, portanto, passível de inadimplemento⁴⁷⁸. É nesse sentido que se coloca Mário Engler Pinto Jr., ao traçar um paralelo entre a posição do acionista remisso e a posição do acionista inadimplente quanto a uma prestação acessória, concluindo ser possível a exclusão do acionista na segunda situação por analogia à primeira, dado que ambas as obrigações integram o contrato de sociedade:

“Vale aqui fazer um paralelo com a posição do sócio que deixa de integralizar suas ações, possibilitando à companhia eliminá-lo do quadro acionário, na forma do artigo da Lei 6404/76.

⁴⁷⁴ Vale apenas registrar a posição de Ricardo dos Santos Freitas, a respeito da interpretação do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA. Para o autor, haveria a necessidade de alteração legislativa do mencionado artigo a fim de tornar mais exata a conceituação do que seria a impossibilidade de atingimento do fim social (Cf. FREITAS, Ricardo dos Santos. *Dissolução de S/A pela impossibilidade de preencher o seu fim*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 113, janeiro-março/1999, pp. 222-229, p. 227). De nossa parte, entendemos desnecessária a referida sugestão de *lege ferenda*, dado que o conteúdo da norma parece mesmo ser conveniente para ajustar-se perfeitamente aos casos concretos, sob pena de tornar rígida a interpretação legal.

⁴⁷⁵ ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 102.

⁴⁷⁶ “Assim, no exercício abusivo do direito de voto, do mesmo modo que na administração da empresa visando o favorecimento pessoal do administrador ou controlador, qualificados a partir da inobservância do interesse da companhia, ter-se-iam exemplos característicos do não preenchimento do fim da sociedade” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 102).

⁴⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 96, outubro-dezembro/1994, pp 67-72, p. 70.

⁴⁷⁸ “Ora, a falta de pagamento da subscrição é apenas um dos muitos casos de inadimplemento, pelo sócio, dos deveres que assumiu contratualmente, e que podem se reduzir a uma ideia genérica: a colaboração” (COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, pp. 140-141).

Este é o caso típico de exclusão de acionista, quando sua prestação possui apenas substrato pecuniário. A mesma solução deve ser aplicada, por analogia, quando os pressupostos de fato sejam equivalentes, isto é, sempre que houver descumprimento de outras prestações suplementares, assumidas no negócio de constituição da companhia, ou em acordos paralelos celebrados pelos acionistas, mas que materialmente fazem parte do contrato associativo⁴⁷⁹.

Seria, assim, a partir da própria letra da lei e da exegese que se faz dela, respectivamente, que se tornaria possível depreender um princípio geral de resolução de vínculo societário por inadimplemento de dever que inviabilize, de fato ou potencialmente, o preenchimento do fim social.

Retoma-se, nesse aspecto, o que foi aduzido na introdução desse capítulo, no sentido de que, inexistindo norma específica para regular determinado caso concreto, Bobbio ensina ser possível ao intérprete do direito utilizar-se do método de *autointegração* para, a partir dos princípios gerais do próprio sistema, extrair nova regra que resolva o dado caso concreto⁴⁸⁰. Dessa maneira, a referida nova regra estará automaticamente integrada à lógica e à coerência internas do sistema.

Nesse ponto, vale aludir ao alerta de Carlos Klein Zanini de que “o emprego da analogia somente se justifica diante da omissão da lei. Ausente a lacuna, o recurso à analogia deixa de se caracterizar como instrumento de integração e assume a condição de subversor da ordem jurídica⁴⁸¹”.

Conforme verificamos ao longo deste trabalho, em especial nos itens 2.2 e na introdução deste capítulo, a inexistência de outras hipóteses de exclusão de acionista para além daquela de sócio remisso se coaduna à lógica acionária, motivo porque entendemos que, a princípio, não haveria propriamente uma omissão da LSA: o legislador conscientemente inseriu na lei apenas a hipótese de exclusão pelo inadimplemento do dever de conferimento dada a inspiração na construção da técnica de organização da “grande empresa privada”. No entanto, circunstâncias de fato supervenientes, ou

⁴⁷⁹ PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, p. 87 – sem grifos no original.

⁴⁸⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. SOLON, Ari Marcelo (trad.). São Paulo: Edipro, 2011, pp. 149-150.

⁴⁸¹ ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 279.

“mutações continuadas da realidade social⁴⁸²” relacionadas ao objeto da regulação, podem ocasionar o que Karl Engisch chama de lacunas secundárias⁴⁸³.

Em tais casos, conforme lição de Bulgarelli, cabe ao aplicador do Direito avaliar o sistema legal e extrair a solução mais adequada, ainda que não esteja ela expressa no texto da lei⁴⁸⁴.

É bem verdade que os legisladores inseriram na LSA a possibilidade de restringir a livre circulação de ações como maneira de permitir a adaptabilidade da companhia a diferentes formatos e difundir a sociedade anônima⁴⁸⁵. No entanto, tal como inúmeras questões ganharam nova perspectiva desde a promulgação da LSA⁴⁸⁶, parece-nos que foi também o que ocorreu quando a restrição à livre transferência de ações conjuga-se com a contratação de obrigações acessórias (sem previsão expressa na LSA). Tal arranjo contratual, conforme visto no item anterior, torna relevante a preservação do relacionamento societário para o fim social.

⁴⁸² Cf. BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 34-35.

⁴⁸³ “[L]acunas que só supervenientemente se manifestam, porque entretanto as circunstâncias se modificaram. Isso vale, de resto, não só para a modificação da valorações, mas também pelo que toca à alteração das circunstâncias de facto relativas ao objeto da regulamentação” (ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische denken (Introdução ao pensamento jurídico)*. MACHADO, J. Baptista (trad.). 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 287).

⁴⁸⁴ “Num país, como o Brasil, em que há muito mais a fazer do que já foi feito, o papel do jurista não deve, nem pode se limitar à mera interpretação mecânica das normas postas, mas deve ser a de, partindo da avaliação (o que implica uma postura crítico-valorativa) das mutações continuadas da realidade social (no caso do comercialista, da realidade econômica e como esta repercute na órbita social propriamente dita), ir criando, com o legislador e o juiz, o novo Direito” (BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 34-35).

⁴⁸⁵ “Argumenta-se que é necessário difundir a sociedade anônima e permitir que se adapte este tipo societário às hipóteses em que, por um lado, o número ou o perfil dos sócios não se afina com a estrutura de uma sociedade limitada e, por outro, a qualidade do acionista tenha certa importância, como nos casos das sociedades familiares ou cuja atividade empresarial demande certa motivação especial ou capacidade empresarial dos acionistas para a sua consecução, como, v.g., ocorre nas *joint ventures*” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 1 a 74*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 448).

⁴⁸⁶ “Dentre os muitos fatores que contribuem para essa modificação crescente do cenário, o desenvolvimento do próprio mercado, com o alargamento da liquidez a um número cada vez maior de ações, de um número também cada vez mais promissor de companhias, tende a reduzir a importância de determinadas tensões que, no passado, pareciam invencíveis” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo; AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28, p. 24). Nesse sentido, Guerreiro aponta, por exemplo: “a superação completa da preocupação com a existência de mecanismos adequados para a captação de recursos” (Op. Cit., pp. 24-25); “o modelo da companhia aberta brasileira é, hoje, diverso daquele que vigorava à época da promulgação da Lei” (Op. Cit., p. 23); “a antiga polêmica sobre a desproporção entre acionistas as preferenciais e acionista ordinárias, que marcou o início de vigência da Lei de Sociedades anônimas, assume, portanto, novas perspectivas, transformando-se na dialética oposição entre maioria e minoria, entre controle e não controle” (Op. Cit., p. 26).

Embora dado arranjo contratual seja bastante distante da ideia da “grande empresa privada”, a nova realidade não retira da LSA o potencial de resolução de conflitos, conforme a lição de Guerreiro mencionada no início do presente capítulo⁴⁸⁷. No entanto, deixa sem resposta expressa o inadimplemento de deveres de cooperação do acionista na circunstância em que tais deveres passam a ser tão essenciais ao preenchimento do fim social quanto o dever de conferimento. Decorre daí, nos parece, a possibilidade de estender, ao inadimplemento dos deveres de colaboração e lealdade o mesmo tratamento jurídico conferido pela lei ao inadimplemento do dever de conferimento. A esse respeito, confira-se o irretocável pensamento de Mariana Conti Craveiro:

“No regramento das sociedades anônimas, assim, não há dispositivo específico e expresso autorizando a exclusão do acionista do quadro social em casos que escapem a aspectos patrimoniais, ou seja, que não digam diretamente com a obrigação fundamental do acionista de integralizar o capital social (ou com as especialíssimas operações de resgate).

E a justificativa pode ser encontrada no fato de que a lei, nesse ponto, não foi especificamente talhada para sociedades anônimas fechadas, em que outras obrigações do acionista são tão ou mais importantes que a contribuição ao capital, e os laços de lealdade e de cooperação erigem-se com forte carga pessoal de um acionista para com os demais.

Nesse contexto, a exclusão de acionista mostra-se ainda mais excepcional, demandando a apreciação judicial de eventual pedido de exclusão do acionista que, muito embora tenha honrado a obrigação primária que lhe cabia pelo tipo societário, ou seja, a integralização do capital, comporta-se de maneira desleal, falhando ao cumprimento dos deveres societários, impedindo o bom andamento dos negócios sociais e a consecução do escopo comum.

Para tanto, e diante da ausência de dispositivo legal expresso, os interessados na exclusão deverão comprovar judicialmente a impossibilidade de permanência do acionista por comprometimento do escopo comum, sendo certo que se trata de decisão radical a ser tomada pelo juiz, em vista do interesse da companhia na preservação da empresa e mediante pagamento de haveres^{488,489}.

⁴⁸⁷ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo. In Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo; AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28, p. 24.

⁴⁸⁸ CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 185-186 – sem grifos no original.

⁴⁸⁹ Parece pertinente também mencionarmos a posição de Gerard Bean. Embora o autor se refira a *partnerships*, entendemos que seria apropriada considerando que tratamos aqui de companhias cujo relacionamento societário é relevante para o preenchimento do fim social: “But when would exercising a power of expulsion be for the benefit of the partnership, especially as it destroys the existing partnership? Intuitively we may respond that if a partner is harming the partnership business its expulsion may be for the benefit of the partnership, but we must recognize that this equates the partnership with its business. We may argue that since a partnership is defined by reference to both its members and its business, it has an interest in preserving both its current membership and its business. However, the preservation of this membership is to protect the mutual trust and confidence between the members that would be destroyed if a stranger were admitted to the membership. When one partner is acting so as to destroy this mutual trust and confidence it may be expelled, as the protection of the mutual trust and confidence is paramount and provides the rationale for maintaining the current membership” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 188-189 – sem grifos no original).

Com relação a esse aspecto, é interessante a posição de Pedro Pais de Vasconcelos. O autor português, que defende a impossibilidade de aplicar a exclusão social às sociedades anônimas por ausência de previsão legal⁴⁹⁰, fundamenta sua posição no fato de que eventual previsão legal inexistente justamente porque irrelevante o “relacionamento inter-pessoal” nas companhias⁴⁹¹. Concordamos com o autor nesse aspecto. No entanto, tornando-se tal relacionamento relevante para o fim social, a partir da combinação da restrição à livre circulação com prestações acessórias (sem previsão na LSA), a tutela excepcional aqui discutida encontra justificativa.

Diante disso, uma primeira conclusão importante é a de que a exclusão de acionista por inadimplemento de obrigações sociais pode ser empregada no âmbito da sociedade anônima, conforme destacam Egone Donusberghi-Donnersberg⁴⁹², Eduardo

⁴⁹⁰ No Direito Português, a exclusão de sócio está prevista no Código Civil relativamente às sociedades civis (artigo 1003) e no Código das Sociedades Comerciais para as sociedades em nome coletivo no artigo 186 e, para as sociedades por quotas, nos artigos 241 e 242 (“o sócio que, com o seu comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade, lhe tenha causado ou possa vir a causar-lhe prejuízos relevantes”). No tocante às companhias, o Código das Sociedades Comerciais não tem qualquer preceito a regular a exclusão de acionista; apenas menciona que, na hipótese de acionista remisso (não efetuar o “pagamento das entradas” “sob pena de perderem a favor da sociedade as acções em relação às quais a mora se verifique”- artigo 285, 4). Disponível em: http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-das-sociedades/downloadFile/file/Codigo_das_Sociedades_Comerciais.pdf?nocache=1339670517.82

⁴⁹¹ “A exclusão de sócios por deslealdade só é permitida na lei, na sociedade em nome colectivo e na sociedade por quotas. A omissão da exclusão de sócios na sociedade anónima deve ser entendida no sentido de não ser admissível a exclusão nesse tipo de sociedade e ainda no que respeita aos sócios comanditários na comandita por acções. É nas sociedades de pessoas como a sociedade em nome colectivo, nas sociedades mistas de pessoas e capitais como a comandita simples e na sociedade por quotas, que o relacionamento inter-pessoal é importante. Na sociedade anónima, sociedade I de capitais por excelência, não é tipicamente relevante o relacionamento inter-pessoal. Embora possa ser estipulada nos estatutos a possibilidade de exclusão de sócios, o que significará um desvio pessoalista em relação ao tipo, na falta de estipulação, no seu regime típico, os sócios não estão sujeitos a exclusão. Esta ligação da exclusão de sócios com a personalidade da sociedade tem um sentido. Nas sociedades cujo funcionamento supõe e exige o relacionamento pessoal entre os sócios e destes com a sociedade, a quebra de confiança que ponha em causa ou impeça este relacionamento faz perigar ou impede mesmo o funcionamento regular e saudável da sociedade. Nesse caso, será melhor solução excluir o sócio cuja deslealdade seja a causa do problema. O sócio excluído tem direito ao valor real da sua quota e não é, em princípio, grandemente prejudicado com a exclusão, desde que a avaliação da sua quota seja feita com seriedade” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 354-355 – sem grifos no original).

⁴⁹² “Più difficile è la questione ne confronti dei membri di una società anonima e degli accomandanti di una società in accomandita per azioni, attraverso la vendita coattiva delle azioni così dette morose. Per risolvere la difficoltà, torna utile il concetto per cui le prestazioni accessorie sono elementi accidentali del contratto sociale. E come tali, le parti contraenti sono libere di regolarle con la massima libertà, limitata solo dal divieto di violare norme di ordine pubblico.

L'esclusione dei soci che non adempiono le prestazioni, non può certamente considerarsi come contraria a queste norme e quindi si deve ammetterla anche per le società di capitali. Non è facile determinare il modo con cui l'esclusione deve compiersi. (...). Resta, come unica, la seconda soluzione, che importa necessariamente la privazione da parte del socio delle azioni, con o senza compenso, secondo le disposizioni particolari” (DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934, p. 34 – sem grifos no original).

Goulart Pimenta⁴⁹³, Juliano Ferreira⁴⁹⁴, Mario Engler Pinto Jr.⁴⁹⁵, Henrique Cunha Barbosa⁴⁹⁶ e Renato Ventura Ribeiro⁴⁹⁷.

No entanto, o que aqui se pretende, amparando-se em certa medida em Comparato⁴⁹⁸ e em Dalmartello, é delimitar a exclusão como medida possível enquanto sanção societária em virtude de comportamento contraditório de um acionista em relação aos demais acionistas signatários do contrato de sociedade ou pactos parassociais, no que se refere às obrigações relacionadas ao exercício da empresa, em infração aos deveres de colaboração e lealdade. A mencionada sanção, portanto, configuraria medida de tutela da boa-fé – e da fidelidade e confiança a ela correlatos – entre os contratantes. Para tanto, seria prescindível previsão contratual da hipótese de exclusão, medida que poderia ser adotada pela própria lógica da LSA; sendo desnecessário, nesse sentido, o recurso ao regime das sociedades simples.

⁴⁹³ “Como consequência dos fatores acima noticiados, temos a disciplina legal do direito de voto na Lei 6.404/76 e a figura do voto abusivo (art. 115 da Lei 6.404/76), uma das modalidades de abuso da condição de sócio e consequente descumprimento de seu dever de colaboração, para nós circunstância capaz de fundamentar a exclusão de acionista, medida acolhida expressamente apenas no caso de violação ao dever de conferimento (art. 107 da Lei 6.404/76)” (GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 138).

⁴⁹⁴ Além de ser hipótese de sanção pelo “incumprimento da obrigação de realizar as entradas”, poderia, segundo o autor português, sancionar o descumprimento de prestações acessórias, desde que inserido “no contrato específicas causas de exclusão que se reconduzam a uma justa causa, ou seja, que estejam de acordo com o regime jurídico positivo previsto pelo legislador” (FERREIRA, Juliano. *O direito de exclusão de sócio na sociedade anônima*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 149-150).

⁴⁹⁵ Cf. PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89. Tal como Comparato, o autor também alude à cláusula tácita de resolução de contratos constante no artigo 119, parágrafo único, do então vigente Código Civil, aplicável, segundo ambos os autores, aos contratos de sociedade.

⁴⁹⁶ “hipótese de não cumprimento do objeto social, concorrência com a sociedade ou delegação irregular do controle pelo acionista controlador, bem como nas hipóteses de abuso de poder”, conforme sugestão de *lege ferenda* do autor (BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 129).

⁴⁹⁷ “Quer se entenda a sociedade como contrato ou não, a relação original deve ter estado de ânimo contínuo, permanecendo nas mesmas bases iniciais. Sendo a sociedade personalista ou não, quando o sócio ingressa na sociedade, quer na sua constituição ou posteriormente, aceita a situação dos demais sócios. Assim, a alteração posterior gerada por sócio e prejudicial ao exercício da atividade empresarial, afetando gravemente as bases do negócio original, pode justificar a exclusão do sócio danoso” (RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 169). Mais a frente, o mesmo autor: “[h]avendo fato superveniente que altere a bases essencial da sociedade, acarretando ônus aos demais sócios ou dificultando o alcance da finalidade social (obtenção de lucros e realização do interesse social) em decorrência de fato, ato ou situação imputável a determinado sócio, deve o mesmo ser excluído” (Op. Cit., p. 171).

⁴⁹⁸ “Em especial, o sócio que descumpre disposição estatutária e, sobretudo, contratual (pois a relação convencional é mais pessoal e concreta que a submissão a normas estatutárias), como é o caso de acordos de acionistas numa sociedade anônima, pratica falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*)” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 39-40 – sem grifos no original).

Não se trataria, portanto, de sanção imediata por conduta contrária ao fim social (vale dizer, no âmbito da relação acionista/companhia); de maneira a não se confundir com a imputação paralela da sanção civil de reparação de perdas de danos, e nem ser atribuída por eventual insuficiência desta⁴⁹⁹. Tampouco decorreria de aproximação da sociedade anônima da sociedade limitada/simples, uma vez que o inadimplemento diz respeito às obrigações dos acionistas *em tal condição* naquela determinada companhia (de acordo com os termos por ele contratados e das obrigações estipuladas na LSA)⁵⁰⁰.

A possibilidade de imputação de sanção de cunho obrigacional (reparação de danos) visa tutelar o interesse social. Dizendo respeito à relação acionista/companhia, teria por objetivo recompôr os prejuízos decorrentes de conduta contrária ao interesse social⁵⁰¹. Seria esse o fundamento da sanção atribuída pela lei ao abuso de direito, seja pela utilização abusiva de voto (quando ele não é exercido no interesse da companhia, nos termos do artigo 115, *caput*; conduta sancionada pelos parágrafos 3º e 4º, do mesmo artigo da LSA), seja pelo abuso de poder de controle (utilização do poder de controle para fim

⁴⁹⁹ Cf. defendem Comparato: “certamente da maior importância saber se é possível ou não a exclusão de acionistas, isso porque há, certamente, casos em que o abuso do direito de voto, a disciplina do abuso, a suspensão do exercício de direitos na sociedade não são remédios adequados para prejuízos extremos que possa causar o acionista dentro do mecanismo da sociedade anônima” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 39-48, p. 43). Eduardo Goulart Pimenta: “A verdade é que tais sanções legalmente previstas [anulação da deliberação da assembleia geral, imposição, por via judicial, da reparação das perdas e danos causados e suspensão do direito de voto] se mostram insuficientes para salvaguardar a companhia e a empresa dos acionistas que reiteradamente agirem contra os interesses daquela. (...). Já a reparação mediante perdas e danos é a um só tempo demorada e complexa, faltando-lhe a devida agilidade que permita sua frequente utilização” (GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 138). Mario Engler Pinto Jr.: “[é] forçoso reconhecer que a conduta antijurídica do acionista, no mais das vezes, pode ser satisfatoriamente corrigida pelo sucedâneo reparatório, ou por outros meios alternativos, v.g., a anulação do ato abusivo, ou a convalidação do ato, embora sem a sua colaboração ativa considerada indispensável. Em outras palavras, as violações ao dever de cooperação, omissivo ou comissivo, imposto ao sócio a sociedade anônima, normalmente não provoca um impedimento juridicamente insuperável à realização do objeto social. Dessa forma a exclusão se torna irrelevante, (...)” (PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, p. 88).

⁵⁰⁰ Nesse sentido, vale citar a reflexão de Carlos Klein Zanini, para quem não há omissão na LSA a permitir a aplicação da interpretação jurisprudencial a que as sociedades limitadas estão submetidas (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 279).

⁵⁰¹ “Para verificar, em cada caso, a ocorrência de abuso no exercício do direito de voto, é indispensável que o juiz perquirir os fins com que o acionista exerceu o voto, uma vez que a ilegalidade que vicia a deliberação da Assembleia Geral consiste em votar com outro fim que não o interesse da companhia. A prova da intenção do acionista somente pode basear-se, evidentemente, em elementos circunstanciais, já que o acionista que exerce o voto com violação da lei não revela sua intenção mas, ao contrário, procura disfarçar-la com a alegação de interesse da companhia. Essa sindicância da intenção do acionista não se confunde com a apreciação do mérito ou da conveniência da assembleia: ainda que a decisão tomada pelo acionista ao exercer o direito de voto seja – segundo qualquer critério – errada ou inconveniente para a companhia, seu voto é válido se agiu de boa-fé no interesse da companhia” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 469-470 – sem grifos no original)

diverso de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social, nos termos do art. 116, parágrafo único; conduta sancionada pelo art. 117 da LSA).

Por outro lado, na medida em que determinado comportamento do acionista implica inadimplemento de dever contratado com os demais acionistas, vislumbra-se aí a possibilidade de imputação de uma sanção societária, com vistas a tutelar legítimas expectativas assumidas entre os sócios. Nesse contexto, tal sanção procura conceder proteção ao relacionamento societário, de maneira a preservar a fidelidade e a confiança entre aqueles que permanecerem em associação. De fato, conforme destacado por Mariana Conti Craveiro, “[a]o Direito Societário cabe igualmente tutelar – repise-se – o relacionamento existente entre os acionistas e, nesse sentido, as prestações a que se obrigam no bojo desse relacionamento tornam-se também seu alvo⁵⁰²”.

A suposta duplicidade de sanções (uma obrigacional, a outra societária) seria, portanto, apenas aparente: cada uma delas tutelaria bens jurídicos distintos, daí porque não se confundem e não podem ser uma alternativa à outra, embora ambas possam ter por gatilho uma mesma conduta. Dito de outra forma, a finalidade de cada uma das sanções é distinta: uma visa a reparar danos causados à companhia ou ao acionista (seja pelo uso abusivo de um direito, seja pelo inadimplemento contratual), a outra visa a coibir o comportamento contraditório dos contratantes que inviabilize o preenchimento, real ou potencial, do fim social; de maneira que, possuindo fundamentos jurídicos diferentes, não haveria que se falar de *bis in idem*⁵⁰³, mas em complementariedade.

⁵⁰² CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 108

⁵⁰³ “Os pressupostos caracterizadores do princípio do non bis in idem são os seguintes:

(a) Identidade subjetiva – o sujeito passivo deve ser o mesmo, independentemente de ter sido a pessoa responsabilizada individualmente ou em conjunto com outras, ou do fundamento da culpabilidade (prática dolosa ou culposa, descumprimento do dever de fiscalizar etc.);

(b) Identidade fática – os fatos constitutivos da infração e que estão contemplados na norma sancionadora, devem ser os mesmos;

(c) **Identidade de fundamento legal** – a norma sancionadora violada com a conduta típica, a princípio, há de ser a mesma. Considera-se igualmente presente este pressuposto quando, embora existindo normas distintas, os bens jurídicos por elas protegidos são semelhantes: **se os bens jurídicos afetados por uma mesma conduta ilícita são heterogêneos, existirá diversidade de fundamento legal, não se caracterizando portanto o bis in idem**; se os bens jurídicos são homogêneos, haverá identidade de fundamento legal, ainda que as normas jurídicas infringidas sejam distintas, ficando vedada a dupla punição” (LLOBREGAT, José Garberí. *El Procedimiento Administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 181. Apud EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus Freitas. *Mercado de Capitais – regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 323 – sem grifos no original).

Retomando os Ordenamentos de Wiedemann, seria possível alocar cada uma das sanções, por sua natureza, em um Ordenamento distinto. A sanção de cunho societário, por dizer respeito (i) à verificação de um descumprimento de dever inerente ao *status socii* e que resulta (ii) no tolhimento do direito do inadimplente de permanecer sócio, pertence à dimensão Societária, qualificada por Wiedemann como o ordenamento que compreende as regras de conduta da organização societária e seu conteúdo (“determinações legais ou estatutárias” e “direitos e deveres dos sócios perante a organização societária e perante os outros sócios, por conseguinte, [a]o *status socii*”⁵⁰⁴).

Por outro lado, por sua natureza de recomposição de prejuízos e de tutela patrimonial do interesse social, a sanção obrigacional cinge-se à esfera do Ordenamento Patrimonial, definido por Wiedemann como a dimensão onde se verifica a responsabilidade nas relações internas à sociedade⁵⁰⁵. Veja-se, por exemplo, as hipóteses de abuso identificadas na LSA, submetidas à sanção dessa natureza: em ambas, dispostas nos artigos 115, parágrafos 3º e 4º, e 117, a admissibilidade da sanção obrigacional decorre da apuração dos *danos* causados pelo acionista que agir de maneira contrária ao interesse da companhia.

Não se nega que o emprego de ambas as sanções utilizam como parâmetro o fim social (“estrela polar” do universo societário) e têm reflexo no Ordenamento de Empresa, na medida em que impactarão na exploração da atividade (seja em razão da exclusão de acionista “chave” para a empresa, seja pela descapitalização da companhia em virtude do pagamento de haveres ou, relativamente à sanção de cunho obrigacional, à reparação dos danos sofridos pela companhia). No entanto, entendemos que a análise sob essa ótica talvez seja mais apropriada à verificação da *conveniência* da imputação das sanções – no caso da exclusão, sopesando-se os benefícios em contraposição às vicissitudes do emprego da medida no que se refere ao desempenho da atividade empresarial.

⁵⁰⁴ Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, pp. 67-68.

⁵⁰⁵ “Nos limites do ordenamento patrimonial entendido em sentido amplo, devem ser tomadas providências acautelatórias com relação à *competência* para o exercício de direitos e sua execução, à transferência do patrimônio entre a organização e à responsabilidade nas relações internas e externas” (WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Novaes e França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 70 – grifo no original).

A conclusão de que podem coexistir as sanções de cunho societário e de cunho civil em havendo inadimplemento de obrigação social, considerando-se que tutelam bem jurídicos distintos, coaduna-se à posição de Auletta, transcrita a seguir:

“Se l’impossibilità, materiale o giuridica, originaria o sopravvenuta, del conferimento di un socio è a questi imputabile, egli è obbligato, in applicazione dei principi generali, al risarcimento del danno derivato ai soci per aver fidato su una adesione invalida o per esser venuto meno un conferimento sociale. (...). In tutti questi casi il socio colpevole, oltre ad essere escluso dalla società, è obbligato al risarcimento del danno⁵⁰⁶”.

O pagamento de indenização por parte do excluendo pode ocorrer, de maneira suficiente, por meio da apuração de haveres pelo valor contábil e não econômico das ações, embora possa não se limitar a tanto⁵⁰⁷.

Ainda a respeito da natureza da sanção societária, que diz respeito à tutela do relacionamento societário, seja ela a suspensão de direitos ou de exclusão do acionista inadimplente, há que se mencionar outro aspecto a corroborar sua admissão no contrato de sociedade: a inaplicabilidade da *exceção do contrato não cumprido*.

Tal exceção, positivada em nosso ordenamento nos artigos 476 e 477 do CC/02, prevê que, sendo respectivas e correspondentes a prestação e a contraprestação contratadas, o eventual decréscimo patrimonial superveniente de uma das partes, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação, dá o direito à contraparte de inexecutar sua obrigação até que a prestação inicial seja satisfeita ou lhe seja conferida garantia suficiente nesse sentido⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 45 – sem grifos no original.

⁵⁰⁷ Em sentido contrário, Laurent Godon, para quem a sanção de exclusão é, per se, suficiente, pelo que não deve ser cumulada com sanção de cunho obrigacional, nem mesmo por meio de apuração de haveres por critério menos vantajoso ao acionista: “[e]n effet, même lorsque l’exclusion est prévue à titre de sanction de l’inexécution par un associé de ses obligations, elle constitue une sanction en elle-même suffisante qui ne saurait s’accompagner simultanément d’une sanction pécuniaire consistant dans le non remboursement des droits sociaux de la personne écartée. L’expression indemnisation est d’ailleurs impropre car il s’agit simplement de racheter à l’associé obligé de partir ses parts sociales ou actions à leur valeur réelle” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 245). A questão da apuração de haveres do acionista excluído será tratado no próximo capítulo.

⁵⁰⁸ “Trata-se de aplicação do sinalagma neles presentes, que acarreta o surgimento de prestações correspectivas, em relação às quais uma prestação é causa da outra e vice-versa. Tanto isso é verdade que a mudança negativa no patrimônio de uma das partes, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a sua prestação, dá à outra o direito de recusar-se a cumprir a sua prestação até que a contraprestação seja satisfeita ou a parte dê garantia bastante de satisfazê-la” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Os contratos inominados e o Novo Código Civil*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 126, abril-junho/2002, pp. 31-36, p. 36).

No que se refere ao contrato plurilateral, Ascarelli e Auletta esclarecem que o inadimplemento de um contratante não autoriza, per se, a inexecução das respectivas prestações pelos demais contratantes, no caso de a consecução do objeto social continuar possível⁵⁰⁹ – nem sequer a mora em adimplir a própria prestação⁵¹⁰. Nesse sentido, o inadimplemento de uma obrigação social apenas compromete o vínculo do sócio inadimplente com a sociedade, de maneira a permanecer preservado o contrato sempre que seu objeto ainda for alcançável⁵¹¹.

Nesse cenário, a necessidade de imputação de sanção de cunho societário na ocorrência de um inadimplemento social se justifica na medida em que, inexistindo a possibilidade de inexecutar ou retardar o cumprimento da própria obrigação, a imputação da sanção de exclusão tolhe o inadimplente, como medida de equidade, de participar do resultado da empresa com a qual não contribuiu⁵¹².

Há que se verificar, nesse ponto, quais seriam os requisitos de admissibilidade da exclusão de acionista. O que poderia ser considerado um grave inadimplemento de obrigações sociais? Tratar-se-ia de um inadimplemento contumaz? Ou a gravidade faria referência, apenas, à própria natureza da obrigação inadimplida? E qual seria o arranjo contratual necessário para tornar admissível a medida de exclusão? É o que se passa a analisar a seguir.

⁵⁰⁹ Cf. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 419.

⁵¹⁰ “Altra conseguenza è l’inammissibilità dell’*exceptio inadimplenti contractus* da parte del socio che pretenda avvalersene per ritardare il proprio conferimento, quando gli altri soci siano in mora nel conferire i loro apporti. Viceversa, per l’affermato rapporto di corrisperrività tra l’apporto di ogni socio e il suo diritto ai risultati social, di tale eccezione la società può avvalersi di fronte al socio che richieda la sua parte d’utile, mentre è in mora nel conferire il suo apporto” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, pp. 55-56).

⁵¹¹ “Na teoria geral dos contratos, a impossibilidade da execução da obrigação de uma das partes, ou a inexecução dela, importa nulidade (por impossibilidade superveniente) ou resolubilidade do contrato. Nos contratos plurilaterais, ao contrário, a impossibilidade ou a resolução concernem somente à adesão da parte cuja obrigação se referem: o contrato permanece se o seu objeto continua a ser alcançado” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, pp. 418-419).

⁵¹² Conforme descreve Auletta, no que se refere ao dever de conferimento: “[m]entre, infatti, non è dato agli altri soci, di fronte all’inadempimento de uno diesi, di chiedere lo scioglimento dall’oblio dei propri conferimenti, si può, invece escludere l’inadempiente dalla società (art. 168 e 186 cod. Comm.), ossia pervenire allo scioglimento dell’obbligo di farlo partecipare ai risultati dell’impresa sociale” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 56).

3.3. OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA EXCLUSÃO DE AÇIONISTA

Conforme mencionado no início desse trabalho, entendemos serem 2 os requisitos de admissibilidade da sanção societária de exclusão. O primeiro deles, relativo ao fundamento dogmático do instituto (inadimplemento de dever inerente ao *status socii* que seja relevante para o preenchimento do fim social), possui relação com a existência de prestações acessórias contratadas reciprocamente entre os sócios no âmbito da companhia (embora não se limite a elas) – que, por sua vez, tornam os acionistas elementos causais do negócio, conforme visto no item 3.1.

O segundo requisito de admissibilidade, relacionado ao fundamento axiológico (preservação da atividade e do relacionamento societário), relaciona-se diretamente à contratação de cláusulas que restrinjam a livre circulação de ações – que, por sua vez, igualmente agrega relevância ao relacionamento societário para o preenchimento do fim social, nos termos do mesmo item 3.1.

Os próximos dois tópicos buscarão avaliar cada uma dessas condições cumulativas.

3.3.1. O JUÍZO DE GRAVIDADE DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO SOCIAL

Osmida Innocenti explica que a gravidade de um inadimplemento de obrigação social deve ser valorada no âmbito do tipo societário específico analisado, dado que o que pode ser considerado inadimplemento grave em determinada sociedade pode não o ser em outro tipo societário⁵¹³. Nesse contexto, o autor destaca que o juízo de “gravidade” de um inadimplemento competiria a uma valoração objetiva, ou seja, condizente com o sistema

⁵¹³ "E va da sé che le gravi inadempienze alle obbligazioni contrattuali dovranno essere valutate nell'ambito della particolare *fattispecie* contrattuale (di società): sicché, nulla toglie che una certa inadempienza debba essere ritenuta *grave* se valutata nell'orbita di un particolare contratto di società, mentre la stessa, od analoga, inadempienza, possa non risultare tale quando la si riconduca ad altra specifica sfera di interesse sociali" (INNOCENTI, Osmida. *Disciplina giuridica dell'esclusione del socio*. Pádua: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956, pp. 72-73).

legal do tipo societário sob análise⁵¹⁴ e de acordo com o escopo comum da sociedade sob exame⁵¹⁵.

O mencionado juízo de gravidade proposto por Innocenti parece coadunar-se a Ascarelli quando este esclarece que os sócios, ao celebrarem o contrato de sociedade, ficam adstritos às normas do tipo societário e às obrigações sociais que visam o escopo comum⁵¹⁶. Relembre-se que nos referimos às companhias cujo relacionamento societário adquire relevância para o preenchimento do fim social, notadamente em razão das prestações contratadas reciprocamente entre os sócios.

Por outro lado, o referido juízo de gravidade mostra-se imprescindível à natureza da exclusão como *ultima ratio*⁵¹⁷, de maneira a configurar sanção adequada apenas a inadimplementos graves; do contrário, deve prevalecer sanções de mesma natureza (relacionadas ao relacionamento societário), mas mais brandas⁵¹⁸⁻⁵¹⁹. Assim é que

⁵¹⁴ “Ma ciò che ci sembra davvero irrefutabile è che il giudizio sulla gravità di un’inadempienza (e non solo per il caso in esame), compete unicamente all’ordinamento giuridico, e non già ai singoli soggetti. La volontà dei quali, peraltro, neppure potrebbe dirsi *seria* e meritevole, quindi, di protezione da parte dell’ordinamento medesimo, quando ad esempio, tendesse a snaturare la realtà delle cose, come, per l’appunto, avverrebbe quando dai soci si assumesse come “grave” una inadempienza che, in concreto, non fosse oggettivamente tale: nel qual caso, proprio non vedersi come potrebbe ricorrere l’applicazione dell’art. 2286” (INNOCENTI, Osmida. *Disciplina giuridica dell’esclusione del socio*. Pádua: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956, p. 73). Vale lembrar que a figura da exclusão de sócio para as sociedades de pessoas, no Direito Italiano, vem prevista no art. 2286 do Código Civil. A respeito da matéria de exclusão de forma geral na Itália, registre-se que a partir da reforma do direito societário de 2003, o modelo societário da sociedade limitada foi “redesenhado”, a fim de incluir, pela primeira vez naquele ordenamento, a possibilidade de o contrato de sociedade prever hipóteses específicas de exclusão de sócio “por justa causa” – relacionadas ao inadimplemento de deveres sociais e impossibilidade superveniente de adimplemento. A referida possibilidade tornou possível uma “personalização” da sociedade limitada (Cf. ACQUAS, Brunello. *L’esclusione del socio nelle società*. Milão: Giuffrè, 2008, pp. 225-229). No que diz respeito às sociedades anônimas, a hipótese legal no Direito Italiano restringe-se ao inadimplemento do dever de conferimento.

⁵¹⁵ “Il dato obiettivo, infatti, che può e deve fornire all’interprete “la guida e i limiti del proprio operar”, riteniamo, per fermo, che sia costituito dallo “scopo sociale”. Il quale, anche qui, appare come il sussidio certo, oggettivo e congruente con il sistema della legge, per risolvere adeguatamente la questione in esame. A parer nostro, adunque, non ha senso (venendo, così, a meglio precisare un concetto or ora adombrato) porre esempi “in abstracto”, cioè esempi-tipo, di gravi inadempienze alle obbligazioni social, richiedendosi, di necessità, la determinazione di una serie di elementi, astrattamente indefinibili, i quali attengano alla fattispecie concreta, di cui costituiscono la specifica fisionomia” (INNOCENTI, Osmida. *Disciplina giuridica dell’esclusione del socio*. Pádua: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956, pp. 85-86).

⁵¹⁶ “As partes constituem uma sociedade e ficam sujeitas às normas respectivas, embora a constituição tenha sido indireta e para fins ulteriores. No entanto, ficam também sujeitas às normas que visam ao fim último por elas visado, independentemente do negócio jurídico adotado” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 436 e nota 883).

⁵¹⁷ Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, pp. 108-130, p. 122.

⁵¹⁸ “a exclusão, mesmo quando exista uma justa causa, não pode ser desproporcionada (proibição do excesso). Um meio mais brando tem primazia, se é de se exigir aos participantes. Esta princípio domina até

a exclusão deve ser admitida quando referir-se a inadimplemento grave e inerente às obrigações que são atribuídas ao sócio em razão de sua qualidade de sócio. É nessa medida que consideramos, nesse estudo, o inadimplemento grave de dever social como um requisito imprescindível para a exclusão (embora não seja suficiente, na medida em que deve ser cumulado com o segundo requisito de admissibilidade).

A partir dessas premissas, procuraremos identificar o que poderia tornar grave o inadimplemento de obrigações sociais de acordo com o sistema da LSA, sem a tentativa, no entanto, de criar “regras absolutas” para a exclusão de acionista, nos termos da orientação de Innocenti⁵²⁰. De fato, seria mesmo imprópria essa tarefa, dada a necessidade, para tanto, de uma análise casuística da atividade da sociedade sob exame e das obrigações contratadas pelos acionistas.

De todo modo, num juízo de abstração, o trabalho considerará como grave o inadimplemento relacionado ao escopo comum – composto pelo escopo-meio (o objeto da companhia, ou seja, a atividade empresária para qual foi constituída para exercer⁵²¹) e pelo escopo-fim (lucro) – que (i) “impede[m] o melhor funcionamento da organização social, a exploração mais eficiente da empresa⁵²²” e, portanto, impossibilita o preenchimento do fim social plenamente⁵²³; e (ii) inviabiliza o exercício da empresa.

hoje a jurisprudência” (SCHMIDT, Karsten. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2; Handelsgesetzbuch und stille Gesellschaft, cit., parágrafo 140, n. 28, p. 751. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes ; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 122, nota 44).

⁵¹⁹ “A ideia de proporcionalidade (razoabilidade e adequação dos meios aos fins), por sua vez, norteia as exigências, antes referidas, de que a exclusão esteja calcada apenas em falta grave qualificada, e não qualquer falta, e que, na medida do possível e aquilo que possa ser exigido dos demais sócios em concreto (o que depende da estrutura real da sociedade), tenham precedência meios de sancionamento menos intensos, desde que capazes de efetivamente liminar o problema verificada no âmbito interno, restando a exclusão como *ultima ratio*” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. Marcelo Vieira von Adamek (coord.), 2011, pp. 185-215, pp. 192-193 – sem grifos no original).

⁵²⁰ “Ora infatti, non v’ha dubbio che normalmente una tale inadempienza può considerarsi “grave” e legittimare, perciò, l’esclusione del socio; ma sarebbe errato farne una regola assoluta” (INNOCENTI, Osmida. *Disciplina giuridica dell’esclusione del socio*. Pádua: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956, p. 86, nota 2).

⁵²¹ Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, pp. 108-130, p. 118.

⁵²² “situações que impedem o melhor funcionamento da organização social, a exploração mais eficiente da empresa colectiva, em violação, portanto, do dever que cabe a todos os sócios de colaborar na realização do escopo comum. Situações que, rompendo a relação sinalagmática tal como se apresenta no contrato de

Nesse tocante, vale aderirmos à orientação proposta por Brunello Acquas, ainda que este se refira especificamente às sociedades de pessoas no direito italiano. Ao tratar sobre o juízo de gravidade que deve ser feito para qualificar o inadimplemento social hábil a gerar a sanção de exclusão, o autor se baseia em decisões da Corte de Cassação italiana para asseverar que a gravidade do inadimplemento do sócio pode justificar sua exclusão não apenas quando o inadimplemento impedir totalmente o atingimento do escopo comum, mas quando for o suficiente para incidir negativamente na consecução do fim social⁵²⁴. Esse parece ser um parâmetro de ponderação interessante a fim de determinar a gravidade de um inadimplemento e pode ajudar o intérprete do Direito, em cada caso, a identificar se dado inadimplemento seria ou não suficiente para justificar a exclusão do inadimplente.

A esse respeito, o autor prossegue o raciocínio que, parece-nos, aplica-se de maneira irretocável à espécie que analisamos, dado que se refere à relação entre a configuração de grave inadimplemento e o dever de cooperação dos sócios para o atingimento do objeto (atividade) e objetivo do contrato (lucro), inerente a todo contrato de sociedade. Segundo Brunello, a tarefa de ponderar um inadimplemento como grave refere-se a conseguir individuar uma série de comportamentos específicos do sócio que se mostram nocivos ou prejudiciais à atividade social⁵²⁵.

sociedade, são susceptíveis de justificar a exclusão do sócio que falta ao cumprimento ou está impossibilitado de cumprir a referida obrigação” (AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 94).

⁵²³ A respeito da “mediocridade dos resultados como fator que caracteriza o não preenchimento do fim social”, confira-se a posição de Zanini, para quem a incompatibilidade do lucro apurado com o potencial da empresa poderia configurar a inviabilidade do preenchimento do fim social. Para o autor, “[n]esse caso, ainda que remanesça um resíduo de lucro, a companhia não estará apresentando resultados condizentes com seu potencial efetivo de geração de lucros. Os resultados apresentados estarão muito aquém das possibilidades da empresa, o que, em nossa opinião, poderá autorizar a dissolução pela caracterização da impossibilidade de a companhia preencher seus fins” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156).

⁵²⁴ “La gravità delle inadempienze del socio può giustificare la sua esclusione non soltanto quando esse siano tali da impedire del tutto il raggiungimento dello scopo sociale, ma anche quando, secondo l’incensurabile apprezzamento della società rendendone meno agevole il perseguimento dei fine (Cass. 17.4.1982, 2344, DF, II, 985, FI, 1982, I, 2516; Cass. 1.6.1991, 6200, GI, 1992, I, 1, 886; Cass. 17.9.1993, 9577, GI, 1994, I, 1, 1548; Cass. 10.1.1998, 153, GI, 1998, I, 1, 721)” (ACQUAs, Brunello. *L’esclusione del socio nella società*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 49).

⁵²⁵ “Invero, atteso che “con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili”, deve essere segnalato come l’obbligo di collaborazione sia funzionale alla finalità economica e lucrativa che le parti si pongono come obiettivo del contratto di società. In questa ottica ogni comportamento suscettibile di compromettere o anche solo di pregiudicare al fine ultimo per cui è stata costituita la società si appalesa come idoneo ad integrare un “grave inadempimento” ai doveri incombenti sugli appartenenti alla compagine sociale. Il problema di fondo, quindi, è quello di riuscire ad individuare una serie di comportamenti specifici del socio che per la loro

É esse o entendimento de Priscila M. P. Correa da Fonseca, que elucida o que se deve entender por “falta grave no cumprimento de obrigações sociais”, apta a ensejar a exclusão de acionista. Conforme nos ensina a autora, trata-se de inadimplemento que coloque em risco, ainda que potencialmente, o regular desenvolvimento da atividade empresarial ou que torne inviável o atingimento do fim social⁵²⁶. E é justamente dessa premissa que partiremos.

Não buscaremos, no entanto, precisar todos esses comportamentos. A partir dessa premissa, procuraremos apenas demonstrar, com base no que foi estudado até agora, exemplos de comportamentos contraditórios de acionista – porque contrários ao quanto obrigado por força do contrato de sociedade – que poderiam ser considerados nocivos à companhia a ponto de justificar sua exclusão. Sugere-se os seguintes critérios relacionados ao escopo comum: (i) a sistematicidade do inadimplemento; (ii) a importância da obrigação inadimplida para o objeto social; e (iii) a relevância dos efeitos do inadimplemento para o exercício da empresa. Sendo núcleo ou não do objeto social, as obrigações sociais, cujo inadimplemento grave poderá admitir a exclusão do acionista inadimplente, deverão relacionar-se, de alguma maneira, à empresa⁵²⁷.

Vale registrar, ainda uma vez, que tratamos aqui da *admissibilidade* da exclusão do acionista inadimplente, sem o juízo de valor a respeito da *conveniência* de sua exclusão efetiva – o que será objeto do item 4.6.

No que se refere à **sistematicidade do inadimplemento**, um exemplo seria o voto do acionista, de maneira reiterada em assembleias distintas, a fim de eleger

influenza sull'attività sociale possano essere considerati nocivi o pregiudizievoli e comunque tali da concretare il c. d. grave inadempimento” (ACQUAS, Brunello. *L'esclusione del socio nella società*. Milão: Giuffrè, 2008, pp. 51-52).

⁵²⁶ “A questão que se coloca é a de saber o que se deve entender por “falta grave no cumprimento das obrigações sociais”. Segundo a generalidade da doutrina, por aquela infração deve-se compreender todo ato descumpridor dos deveres corporativos que prejudique o regular desenvolvimento da atividade empresarial ou mesmo torne inviável a consecução do fim social. Em outras palavras, não basta o mero inadimplemento das obrigações sociais. Este deve ser de tal ordem que coloque em risco, ainda que potencialmente a finalidade para a qual foi constituída a pessoa jurídica. Assim, o que importa e efetivamente releva em matéria de exclusão, é que a falta do sócio comprometa o interesse da sociedade” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008, pp. 3-4 – sem grifos no original. Disponível em: <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>. Acesso em 5out2014).

⁵²⁷ Esse raciocínio coaduna-se também à teoria geral dos contratos, que considera inadimplemento contratual o descumprimento de cláusula contratada, seja ela núcleo ou não do contrato (Cf. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980, p. 158).

administrador sabidamente⁵²⁸ inapto (artigo 117, inciso III, da LSA). Além de ser comportamento expressamente identificado pela LSA como abusivo, trata-se de inadimplemento do dever de colaboração e lealdade do acionista controlador para com os demais, com potencialidade⁵²⁹ de comprometer o fim social.

Nesse sentido, a par da responsabilidade civil a que fica adstrito o acionista controlador por força do artigo 117, inciso III, da LSA, uma tal conduta sistemática poderia ser objeto de pedido de sua exclusão judicial dos quadros sociais, dado que o controlador terá determinado por reiteradas vezes, em assembleia geral, a eleição de pessoa sabidamente inapta, eventualmente em contrariedade, ainda, com os termos do artigo 143, parágrafos 1º e 3º, da LSA⁵³⁰ ou do artigo 162, parágrafo 2º, da LSA⁵³¹, conforme o caso.

A esse respeito, há de se notar que, tal qual se faz necessário comprovar para a responsabilização obrigacional do controlador nessa hipótese, para o eventual emprego da medida de exclusão haveria que se demonstrar a ciência, por parte do controlador, da inaptidão do conselheiro eleito, bem como o comprometimento (efetivo ou potencial) da atividade empresarial decorrente da eleição reiterada do dado sujeito inapto.

No mesmo sentido, por exemplo, o exercício do direito de voto de qualquer acionista, que deve ser praticado no interesse da companhia, conforme artigo 115, *caput*, da LSA. A esse respeito, Eduardo Goulart Pimenta concorda que a ação reiterada de

⁵²⁸ “O acionista controlador responde por eleger membro do conselho de administração ou diretoria, assim como membro do conselho fiscal, que sabe, ou deveria saber, se exercesse um mínimo de diligência, incapacitado, por razões técnicas ou morais, para o exercício de tais cargos. A falta de aptidão deve ser conhecido, ou passível de ser descoberta, para que se caracterize a responsabilidade do controlador em indenizar os prejuízos decorrentes de sua *culpa in eligendo*”. (EIZIRIK, Nelson. *Lei das S.A. Comentada*. V. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 693-694).

⁵²⁹ Conforme lição de Marcelo Vieira von Adamek a respeito da exigência de falta grave para a configuração da hipótese de exclusão de sócio no âmbito das sociedades limitadas: “[n]ão se exigem, porém, a existência de dano atual; basta a potencialidade” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.), 2011, pp. 185-215— p. 189, nota 9).

⁵³⁰ Artigo 147, parágrafo 1º: “são inelegíveis para os cargos de administração as pessoas impedidas por lei especial ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concessão, peculato, contra a economia popular; a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos”.

Parágrafo 3º, incisos I e II: “o conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa em assembleia geral, aquele que: I – ocupar cargos em sociedade que possam ser consideradas concorrentes no Mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal; e, II – tiver interesse conflitante com a sociedade”.

⁵³¹ Artigo 162, parágrafo 2º: “Não podem ser eleitos para o Conselho Fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do art. 147, membros de órgãos da administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia”.

acionista – ou “a recusa sistemática em votar deliberação, impedindo a sua aprovação, que é reputada essencial à companhia” – consistiria fundamento para sua exclusão⁵³²⁻⁵³³, a despeito, evidentemente, da sanção de cunho obrigacional prevista nos parágrafos 3º e 4º do mencionado artigo.

Com relação à **natureza da obrigação inadimplida**, caberia analisar a essencialidade da obrigação inadimplida por parte do acionista inadimplente para a consecução da empresa.

Inúmeras podem ser as obrigações de colaborar com a empresa por meio da contratação, entre os acionistas em favor da sociedade, de prestações acessórias. Nesse sentido, por exemplo, a obrigação de fornecimento de matéria-prima necessária para o exercício da empresa, de abastecimento da sociedade de determinada tecnologia ou *know-*

⁵³² Cf. GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 133-135. O autor, no entanto, reputa a possibilidade de exclusão à insuficiência das eventuais outras sanções para “salvaguardar a companhia e a empresa dos acionistas que reiteradamente agirem contra os interesses daquela”. De nossa parte, a questão da insuficiência seria critério apenas no tocante às modalidades de uma mesma espécie de sanção – no caso, sanção societária. Confirma-se a posição do autor, *ipsis litteris*: “Nesse sentido, pode-se questionar se a recusa sistemática em votar determinada deliberação, impedindo a sua aprovação, que é reputada essencial à companhia, constituiria motivo para a exclusão do acionista. (...). É certo que a atual lei do anonimato prevê sanções especiais para a figura do voto abusivo (...). A verdade é que tais sanções legalmente previstas se mostram insuficientes para salvaguardar a companhia e a empresa dos acionistas que reiteradamente agirem contra os interesses daquela. Por um lado, parece-nos claro que a anulação da deliberação assemblear baseada em voto abusivo é medida que, se frequente, atravanca de modo irremediável o andamento das atividades sociais. Já a reparação mediante perdas e danos é a um só tempo demorada e complexa, faltando-lhe a devida agilidade que permita sua frequente utilização. A suspensão dos direitos do acionista, por fim, também não se mostrará eficaz quando o membro em questão permanecer violando seus deveres de colaboração para com a companhia” (GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 133-135 – sem grifos no original). Em sentido semelhante, Mário Engler Pinto Jr., para quem a exclusão seria possível sempre que “a permanência do acionista na companhia venha a por em risco a sua sobrevivência (...), cuja reparação não possa ser alcançada por nenhum dos mecanismos protetivos previstos na lei societária, (...)” (PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, p. 88).

⁵³³ A esse respeito, confira-se a posição de Renato Ventura Ribeiro, que defende a possibilidade de o abuso de direito de voto (e abuso de poder de controle) ensejarem a exclusão do acionista. O autor, no entanto, e diferentemente do quanto aqui se defende, entende serem substituíveis as sanções obrigacional e societária: “[n]o caso de abuso de poder de maioria, as consequências podem ser variadas. A sanção natural é a decretação da nulidade da decisão, bem como a reparação pelos danos causados. Porém, não se deve descartar a possibilidade de exclusão dos majoritários e a dissolução por impossibilidade de preenchimento dos fins sociais, se for o caso” (RIBEIRO, Renato Ventura. *Direito de voto nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 358). Prossegue o autor: “[a]lém dos danos materiais, pode haver a condenação por danos morais, quando o voto é exercido por mera emulação para difamar outros acionistas, prejudicar o bom nome da companhia ou causar conflito entre os sócios. Porém, a sanção pode ser ineficaz se o patrimônio do minoritário for insuficiente para a reparação dos danos causados. Outra sanção é a exclusão de acionista. Porém, como o acionista pode adquirir novas ações, em nome próprio ou de terceiros, outra solução é a suspensão, total ou parcial, dos direitos do acionista” (Op. Cit., p. 361).

how, e, de acordo com os exemplos trazidos por Comparato, a obrigação de formação de funcionários qualificados ou de providenciar a publicidade institucional⁵³⁴.

Nesse contexto, comprovada a importância da obrigação inadimplida para a execução da empresa ou de sua execução da maneira mais eficiente, bem como demonstrado o próprio inadimplemento, a admissão da medida de exclusão poderia ser justificável no caso concreto, a fim de permitir o ingresso de outro acionista que cumpra a obrigação inadimplida⁵³⁵ e evitar a resolução do contrato de sociedade⁵³⁶.

Com relação à essencialidade de uma determinada prestação acessória, pretendemos estudar, ao final do capítulo 4, em que medida a natureza de tal obrigação pode influenciar na conveniência ou não da adoção da medida de exclusão do acionista faltoso, notadamente quando o acionista, elemento subjetivo causal do negócio, estiver inadimplente com relação a outra obrigação social não essencial⁵³⁷.

Por fim, com relação à **relevância dos efeitos do inadimplemento**, poderíamos exemplificar a atuação do acionista em concorrência desleal com a sociedade.

Segundo Auletta, uma das manifestações mais importantes do dever de colaboração seria a vedação à concorrência com a sociedade. Para o autor, o fundamento do dever de colaboração seria útil para estabelecer o âmbito de aplicação da referida vedação como um princípio geral⁵³⁸. Em sentido similar, para Jorge Miguel Rodríguez, o

⁵³⁴ Mencionados em COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em Companhia Fechada: Nova et vetera*. In **Revista de Direito Mercantil, Econômico, Financeiro e Industrial**. Nº 36/65, 1979.

⁵³⁵ “Anulada ou declarada nula uma das adesões, há necessariamente, uma diminuição do capital social, caso não se encontre um subscritor para substituir aquele cuja adesão é nula/anulada (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, nota 828, p. 415).

⁵³⁶ “Da mesma sorte, o inadimplente ou a impossibilidade superveniente da prestação de um só ou de alguns dos sócios não resolve o contrato, a menos que a prestação ou as prestações faltantes sejam consideradas essenciais para a consecução do objeto social” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 138 – sem grifos no original).

⁵³⁷ A respeito da influência de uma dada prestação acessória essencial sobre todo o contrato de sociedade, Ascarelli: “[a] execução das prestações de uma das partes pode, com efeito, ser indispensável à consecução do objetivo social; por exemplo, quanto a uma sociedade que se proponha à exploração de uma mina (que um dos subscritores deve conferir), é indispensável a transferência da mina. Nessa hipótese, a nulidade, ou anulação ou, como veremos, a resolução do vínculo de uma das partes, influi sobre todo o contrato; tal influência, no entanto, é mediata, constituindo apenas a consequência da impossibilidade de alcançar o objetivo comum” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, nota 820, p. 414).

⁵³⁸ Cf. AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 57.

dever de não competir com a sociedade, ao lado dos deveres de não se beneficiar das oportunidades comerciais da sociedade e de confidencialidade, seria um dos mais importantes reflexos do dever de lealdade dos sócios/acionistas⁵³⁹.

Referindo-se às sociedades comerciais de responsabilidade limitada, Auletta afirma que, quanto menor a extensão do poder de administração ou controle dos sócios, menor seria a possibilidade de exercerem uma concorrência danosa à sociedade⁵⁴⁰. O raciocínio inverso leva a concluir que um sócio com poder de controlar a sociedade teria maior potencial de exercer uma concorrência danosa e causar prejuízo ao escopo social.

Com efeito, o acionista controlador tem mais informações a respeito da empresa controlada, partilhando de suas estratégias comerciais e financeiras e tendo acesso a dados essenciais da consecução da atividade, como por exemplo, lista de fornecedores, clientes, preços, etc. Nesse contexto, as consequências de eventual concorrência desleal apresentam potencialidade de serem mais desastrosas para a sociedade que comanda.

A doutrina diverge sobre a existência tácita da obrigação de não concorrência quando inexistente cláusula contratual nesse sentido, que coíba os sócios a concorrerem com a sociedade enquanto forem partes do contrato⁵⁴¹. A discussão se relaciona à possibilidade de deduzir ou não a existência de proibição implícita decorrente, de maneira automática, do dever de colaboração inerente à relação contratual⁵⁴².

⁵³⁹ “con carácter general, el principio básico en torno al que se articulan los comportamientos exigidos sería la prohibición al socio de obtener ventajas para sí a costa del sacrificio de la sociedad, e incluso la prohibición de obtención de esos beneficios cuando el perjudicado no es la sociedad, sino algún socio. (...). Sin agotar las posibilidades, encontramos como deberes más importantes el de no competir con la sociedad, no beneficiarse de las oportunidades de negocios conseguidas por ella y el mantenimiento del deber de confidencialidad” (RODRÍGUEZ, Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, p. 459).

⁵⁴⁰ “La ratio della norma può essere utile per stabilire l’ambito di applicazione del divieto, che non può ritenersi d’indole eccezionale, costituendo l’applicazione de un principio generale; non esisterebbe quindi difficoltà ad estendere il divieto ai soci delle società civili, nelle rare ipotesi in cui sarà materialmente possibile la concorrenza, ed agli accomodanti che, attraverso la violazione dell’ art. 118, esercitano larghi poteri d’amministrazione. Diversa è l’ipotesi dei soci delle società commerciali a responsabilità limitata, poiché, per la minore estensione dei loro poteri d’amministrazione e di controllo, viene a mancare di solito la stessa possibilità di esercitare una concorrenza pericolosa e di danneggiare lo scopo sociale” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 57).

⁵⁴¹ Não trataremos, portanto, de eventual cláusula contratual que busque regular a situação dos acionistas que tiverem saído da sociedade.

⁵⁴² A respeito da discussão doutrinária no direito francês, ver GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, pp. 123-128, em especial pp. 124-125. Mariana Conti Craveiro aborda brevemente o tema, situando a discussão doutrinária em referência ao identificar que: “[n]a opinião de Karsten Schmidt,

A referida discussão doutrinária parece ganhar força ao compararmos, por exemplo, um acionista minoritário de companhia aberta com capital disperso a um acionista controlador de companhia fechada. Talvez o confronto de realidades societárias tão diferentes implique no questionamento a respeito da prescindibilidade ou não de um acordo expresso de não concorrência⁵⁴³. Tratando-se de concorrência *desleal*, contrária ao interesse social e à boa-fé entre os contratantes, entendemos que tal obrigação em companhias fechadas com restrição à livre circulação prescindiria de cláusula contratual expressa.

Por fim, vale ainda registrar um ponto ressaltado por Avelãs Nunes. Segundo destaca o autor, a verificação do inadimplemento no que se refere à prática de atividade concorrente com a sociedade é um ponto duvidoso, a ser resolvido casuisticamente: seria necessário observar, por parte do sócio, uma atividade contínua ou uma “única transação comercial” seria suficiente para verificar o referido inadimplemento?⁵⁴⁴ Entendemos que, independentemente de analisarmos a questão pelo prisma dos efeitos da prática ou de sua sistematicidade, o critério final deverá ser sempre a constatação da atuação do acionista (i) de maneira contrária ao interesse social e (ii) suficiente para comprometer o preenchimento do fim social, ainda que potencialmente.

quem se obriga à promoção de um escopo comum não deve comprometê-lo. Por consequência, pode restar obrigada a evitar a concorrência em relação à sociedade, mas também, eventualmente, com relação a seus consócios” (Gesellschaftsrecht, p. 595)” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, nota 222, p. 103). No mesmo sentido, Rafael Garcia Villaverde: “[I]o relevante es que no exista una actividade de socio en concurrencia con la de la sociedad a que pertenece. Por eso es claro que si la sociedad ha concretado el tipo de negocio al que se va a dedicar, éste sea el que de la pauta. Pero si no se ha fijado, los mismos hechos lo deben ir dando y creo que no debe entenderse que la prohibición deba referirse a la totalidad de posibilidades de negociar. Implícitamente lo reconoce el Código al referirse a que la sociedad no puede negar el permiso para ello sin justificación de que sufriría perjuicio. Peor fortuna tiene, a mi modo de ver, la referencia al socio industrial. Lo relevante sigue siendo la no concurrencia y los limites deben ir dados también por el objeto social. Otra cosa es que el deber de colaboración a que se compromete exija que dedique su actividad a la sociedad no a otras cosas, pero también dentro de los limites de la actividad comprometida” (VILLAVERDE, Rafael Garcia. *La exclusión de socios – causas legales*. Madrid: Editorial Mancecorvo, 1977, p. 178 – sem grifos no original). Contrariamente a esse posicionamento, Godon, para quem “la reconnaissance d’une obligation de non concurrence de plein droit, sans discernement, tiendrait insuffisamment compte des diverses situations de fait et conduirait à attenter par trop à la liberté individuelle de l’associé” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, 126).

⁵⁴³ “Daí resulta que nas “sociedades anônimas de pessoas” aplicam-se aos acionistas regras consideradas próprias das sociedades não acionárias, como a proibição de concorrência à sociedade” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 37).

⁵⁴⁴ Cf. AVELÂS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968p. 161, nota 78.

Tratando-se de acionista controlador, especificamente, poderíamos citar também, apenas a título de exemplo, outras espécies de inadimplemento, cujos efeitos podem ser igualmente decisivos para a sobrevivência da sociedade. É o caso da retirada de valores do caixa da sociedade sem prévia aprovação de assembleia geral ou do Conselho de Administração da companhia; da usurpação do patrimônio tangível e intangível da sociedade, pelo controlador, e transferência para outra sociedade por ele constituída⁵⁴⁵; ou do controlador de uma sociedade (“Companhia A”), que detém participações societárias relevantes em outras companhias que integram a cadeia de produção da Companhia A, que contrata os serviços daquelas por valores acima dos de mercado⁵⁴⁶.

Estes são alguns exemplos a partir dos parâmetros aqui meramente sugeridos e que, naturalmente, não esgotam os eventuais critérios que podem ser adotados para demonstrar a gravidade de um inadimplemento perpetrado por dado acionista – controlador ou não – no âmbito de uma companhia, hábil a justificar sua exclusão do quadro social.

Ao lado da demonstração da gravidade do inadimplemento (primeiro requisito de admissibilidade da exclusão de acionista, controlador ou não), faz-se necessário verificar, cumulativamente, a presença do segundo requisito de admissibilidade, que nada mais trata do que de um determinado arranjo contratual, conforme a seguir.

⁵⁴⁵ Exemplo retirado do julgado do TJSP, Apelação cível 9068311.80.2006.8.26.0000, Voto 25.362, Des. Rel. Elliot Akel, julgado em 12.4.2011. Extrai-se do referido julgado que (i) o acionista controlador da Sociedade A, Mário Cohen, transferiu sua sede para um galpão distante e alterou sua denominação social; (ii) constituiu, com mais duas pessoas, a Sociedade B, que passou a funcionar no antigo endereço da Sociedade A; (iii) houve a demissão dos funcionários da Sociedade A, com posterior contratação pela Sociedade B; (iv) Mário Cohen cedeu a marca da Sociedade A para a Fundação Roberto Marinho pelo valor de R\$ 40.000,00, resguardando para si a utilização gratuita da mesma marca nos ramos de publicidade e propaganda; (v) os clientes da Sociedade A foram transferidos, a partir de 1997, para a Sociedade B, pelo que a Sociedade A sofreu uma perda de faturamento superior a R\$ 50.000.000,00. Diante dos fatos, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu razão à acionista minoritária apelante, concluindo que: “[n]a verdade, o que a farta prova documental e pericial revelou foi que, de fato, os apelados, mediante ardil, apropriaram-se de todo o patrimônio social da Bold Propaganda S/A., transferindo-o integralmente para a nova empresa dos corréus Mário Cohen [controlador da Bold], Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, M. Cohen Propaganda Ltda., tomando sem qualquer valor a expressiva participação acionária da autora naquela (49%)”.

⁵⁴⁶ Exemplo de Hodge O’Neal, ao evidenciar que “sometimes majority shareholders drain off corporate profits by having other enterprises they own perform services for the corporation under management or service contracts which set fees considerably higher than the fair value of the services rendered” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 109).

3.3.2. A RESTRIÇÃO CONTRATUAL À LIVRE CIRCULAÇÃO DE AÇÕES

O segundo requisito para admitir a sanção societária de exclusão de acionista inadimplente refere-se à existência de restrição contratual à livre circulação de ações da companhia em análise.

A restrição à livre circulação de ações, conforme verificado no capítulo anterior, já configura elemento que demonstra a relevância do relacionamento societário e a legítima expectativa de sua preservação, a partir do que se permite destacar a importância dos deveres de boa-fé entre os contratantes para o preenchimento do fim social. Estando presente no arranjo contratual que vincula os acionistas, estatutária ou parassocialmente, o critério da restrição à livre circulação já apresenta, aí, sua importância para a admissibilidade da tese aqui proposta.

Somado-se a isso, retomamos o fundamento axiológico da exclusão de sócio e a lógica do sistema da LSA verificada no início desse capítulo para identificar a restrição contratual à livre circulação como critério de admissibilidade da exclusão de acionista também pelo fator de liquidez.

Pela lógica do sistema da LSA, o princípio basilar da circulabilidade das ações garante a possibilidade de um acionista descontente vender sua participação da companhia de que é sócio, o que torna prescindível uma previsão legal de exclusão de acionista que descumprir suas obrigações sociais. Restringindo-se contratualmente o referido princípio – o que a LSA autoriza –, entendemos possível a exclusão de eventual acionista inadimplente, nos seguintes termos.

Segundo Hodge O’Neal, “a “way out” is usually not available to an unhappy shareholder in a close corporation⁵⁴⁷”, considerando a iliquidez natural das ações de uma companhia fechada.

Conforme prossegue O’Neal, em companhias fechadas, a regra da livre circulação de ações, de fato, parece ilusória. E não apenas em razão da ausência de negociação das ações em mercado, mas também em virtude do tamanho da empresa e do

⁵⁴⁷ O’NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, p. 42.

pequeno número de participantes⁵⁴⁸. Principalmente em um ambiente de controle definido, será baixa a valorização das ações de titularidade de acionistas minoritários, em que, possivelmente, apenas os demais acionistas terão interesse nas ações da companhia⁵⁴⁹.

A despeito disso, a mencionada iliquidez pode ser acentuada por meio de pactos parassociais ou cláusulas estatutárias que limitem, contratualmente, a circulabilidade das ações, de maneira a enfatizar a legítima expectativa de perenidade do relacionamento societário então contratado⁵⁵⁰ e evitar a associação de alguém que pareça incompatível com os demais sócios⁵⁵¹.

Vale ressaltar que tratamos aqui da prerrogativa do sócio de fazer circular sua participação societária em exercício de seu direito de propriedade – que não se confunde com o exercício do direito de recesso (art. 109, inciso V, da LSA). O direito essencial de retirada, em qualquer hipótese, não poderá ser suprimido contratualmente⁵⁵², assim como

⁵⁴⁸ “In a close corporation setting, the norm of free transferability of shares is illusory. Because of the size of the business and the small number of participants there is no ready market for interests in the enterprise” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 8).

⁵⁴⁹ “Often the only prospective buyer of a minority interest in a close corporation is the majority shareholder. But the majority shareholder may see little advantage in owning more shares in a corporation which she already controls. Even if the majority owner does indicate an interest in obtaining more stock, she is likely to offer far less than the seller considers minimally acceptable” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, p. 44). Em sentido similar, CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 90.

⁵⁵⁰ “Y precisamente para defender estos intereses y conservar la integridad personal ante la entrada de accionistas extraños, o para mantener el equilibrio de fuerzas en el seno de la sociedad, se suelen utilizar diversos procedimientos, que establecen un control sobre las transmisiones de las acciones y, por tanto, sobre la sustitución de unos accionistas por otros” (PONT, Manuel Broseta. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. 2ª ed. Madrid: Editorial Tcnos, 1984, p. 27). Em sentido similar: “(...) os vários ajustes de restrição de circulação de ações demonstram-se mais que meras obrigações de fazer ou não fazer de um sócio a outro. Ao contrário, essa disciplina – escolhida e aceita pelos signatários – passa a compor seu estado de sócio, gerando legítimas expectativas sobre a manutenção do quadro societário e/ou sobre efeitos derivantes da saída dos sócios sobre seu relacionamento, considerados os diversos papéis desempenhados” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 102).

⁵⁵¹ “Indeed, because of the close personal relationship that characterizes the closely held business, the participants often affirmatively restrict who can join the enterprise to avoid being stuck in an intimate relationship with someone with whom they are not compatible” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 8 – sem grifos no original).

⁵⁵² Nesse sentido, explica Mariana Conti Craveiro, com precisão: “(...) o acionista pode se obrigar a não alienar as suas ações, voluntariamente. Todavia, em presença de deliberação ensejadora de direito de recesso – que igualmente terá como resultado a sua retirada do quadro social – poderá exercitar regularmente seu direito, ainda que tenha subscrito pacto genérico de permanência por um determinado período de tempo, pois esse último não pode atingir seu direito essencial ao qual o acionista não pode renunciar, de antemão e de forma genérica” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 184).

não se poderá acordar a intransmissibilidade das ações. Fazemos referência, portanto, a mecanismos contratuais como cláusula de preferência, cláusulas que estipulem uma permanência mínima do acionista na companhia e cláusulas de consentimento, por exemplo.

Embora a LSA tenha de fato permitido a restrição à livre circulação de ações estatutariamente – o que Carvalhosa, aliás, salienta estar na contramão do próprio conceito de companhia⁵⁵³ –, o fez condicionando-se à inexistência de “arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas” (artigo 36) ou de maneira que não implique intransmissibilidade total das participações acionárias (até por força de dispositivo constitucional⁵⁵⁴).

No contexto de uma companhia fechada com restrição à livre circulação de ações estatutária ou parassocialmente contratada, havendo inadimplemento grave de um dever social, o que ocorrerá na prática é o aprisionamento do acionista prevaricado na sociedade, o que é demonstrado com ainda mais clareza tratando-se o inadimplente de acionista controlador. Conforme destaca O’Neal, em uma tal situação, nenhum dos demais acionistas minoritários estará disposto a pagar – se porventura quiser adquiri-las, o que já seria economicamente irracional – o valor de mercado das ações daquele que pretende evadir-se do controlador inadimplente⁵⁵⁵.

Naturalmente nem o próprio acionista controlador inadimplente terá interesse em adquirir participações minoritárias; ele já detém o controle da sociedade. O controlador inadimplente apenas terá tal interesse a fim de, ele próprio, excluir o acionista minoritário descontente, empregando técnica abusiva de *squeeze-out* por meio da qual estrangula

⁵⁵³ “o princípio da limitação à transmissibilidade evoluiu na razão inversa do próprio conceito do que seja uma sociedade anônima” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 1 a 74*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 447).

⁵⁵⁴ Artigo 5º, inciso XX da CF: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

⁵⁵⁵ “Shareholders in close corporations are in some respects like partners. They often work for the enterprise, depend on it for most of their livelihood, and cannot easily sell their ownership interests. (...)The shareholder in a close corporation may, as a matter of law, sell the shares (unless there is a valid shareholder agreement to the contrary), but that right is frequently theoretical only. Realistically, a shareholder in a close corporation has no market, other than the corporation itself or the other shareholders. No other parties will pay a high price to acquire a minority holding in a close corporation that oppresses its minority shareholders. The minority is not likely to receive fair value in their situation without judicial intervention. This fact was central to the statutory and judicial development of oppression doctrine” (ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and reasonable expectations*. In **The Journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, pp. 383-385 – sem grifos no original).

financeiramente o acionista minoritário (como resultado do próprio inadimplemento social) a fim de adquirir suas ações a preço abaixo do valor de mercado⁵⁵⁶.

Mesmo no momento em que os acionistas adimplentes puderem oferecer suas ações a terceiros (no caso de restrições à circulação do tipo *first refusal* ou após a negativa de compra pelos demais acionistas em caso de *first offer*, por exemplo), o apelo de suas ações será praticamente inexistente, dado o inadimplemento social instaurado na companhia⁵⁵⁷ e a própria existência de restrição à livre circulação a que o novo ingressante ficaria sujeito.

Nesse aspecto, entendemos, torna-se necessário permitir a exclusão do acionista inadimplente – notadamente quando tratar-se de acionista controlador – a fim de conceder tutela aos demais consócios adimplentes e conservar o princípio geral da circulabilidade de ações, consagrado pela LSA no artigo 36. Tal princípio busca permitir que as ações circulem e sejam negociadas de modo equitativo e legítimo, de tal maneira que não tutela a exploração da posição fragilizada e vulnerável de um acionista adimplente de seus deveres⁵⁵⁸.

De fato, nosso ordenamento “repele as condições potestativas e as atitudes de mero capricho⁵⁵⁹”. Essa parece ser, inclusive, a racionalidade do parágrafo único do mencionado artigo, que impede que “a maioria deliberante institua, durante a vida da

⁵⁵⁶ “Faced with the prospect of getting little or no return for an indefinite period on this investment for which there is no ready market, even on that on paper may appear to be increasing in value, a minority shareholder may reluctantly sell out to the majority shareholders at whatever price they are willing to pay” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 24).

⁵⁵⁷ Conforme destacado por O’Neal, “if there is dissension in the corporation, a minority interest is likely to appear even less inviting to a prospective purchaser” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, capítulo 2, p. 42). No mesmo sentido, de maneira mais genérica, o mesmo autor: “[s]eldom can anyone be found who is willing to buy a minority interest in a close corporation, especially if the company is divided by bitter disputes” (Op. cit., capítulo 1, p. 5).

⁵⁵⁸ Com efeito, conforme ressaltado por Géraldine Goffaux-Callebaut, a exigência de uma justa contrapartida, de um preço justo de venda das ações, é corolário da livre transmissibilidade das ações: “[l]a détermination du prix des action peut également poser des problèmes. L’exigence d’une juste contrepartie, d’un juste prix, corollaire de la libre cessibilité, est reconnue par la jurisprudence de la doctrine” (GOFFAUX-CALLEBAUT, Géraldine. *Du contrat en droit de sociétés : essai sur le contrat instrument d’adaptation du droit des sociétés*. Paris : L’Harmattan, 2008, p. 258). É por essa razão que Mariana Conti Craveiro chama a atenção à necessidade de pactuação de fórmulas que garantam uma contrapartida adequada ao acionista vendedor sob cláusula restritiva de circulação de ações, sob pena de limitação indevida na liberdade do acionista (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 182).

⁵⁵⁹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 239 – sem grifos no original.

sociedade, restrições que, em verdade, reduzem a livre disponibilidade do patrimônio das minorias vencidas⁵⁶⁰”, tratando-se, assim de “verdadeira derrogação do princípio do majoritário⁵⁶¹”.

Nesse contexto, ao contratarem a restrição à livre circulação de ações, e na ocorrência de inadimplemento grave de dever social, surge ambiente societário contrário à lógica da LSA, que prevê, além do adimplemento dos deveres de cooperação de todos os contratantes, a circulabilidade das ações, ainda que de maneira restrita.

Vale observar que a ilicitude não está na cláusula contratual de restrição – motivo porque não enseja questionamento judicial ela própria – , mas no comportamento do acionista inadimplente. E é por isso que ele deve ser obstado.

Alguém poderia argumentar que admitir a exclusão de acionista tal como aqui se propõe contrariaria a LSA na medida em que a lei previu a restrição à livre circulação de ações e, ainda assim, não estabeleceu expressamente a hipótese aqui defendida. A possibilidade de exclusão, no entanto, não decorre do regime conferido à circulação de ações; decorre da implementação de inadimplemento social que inviabiliza, ainda que potencialmente, o escopo comum. Eventual cláusula de restrição contratual apenas coloca ainda mais em evidência a vulnerabilidade do acionista adimplente perpetrada pelo consócio inadimplente, a justificar a tutela excepcional.

Confira-se, a esse respeito, a posição de Carlos Klein Zanini:

“não raras vezes a participação detida pelo sócio de uma companhia fechada – conquanto minoritária – representa o bem de maior valor que integra seu patrimônio. Tal fato, somado à iliquidez própria dessa espécie de sociedade – que inclusive serve para qualificá-la – serve para pôr em evidência a necessidade de se conferir especial tutela às expectativas dos sócios minoritários, no sentido de colher de sua participação societária benefícios bastante concretos⁵⁶²”.

É esse justamente o fundamento axiológico da exclusão: a tutela das legítimas expectativas dos acionistas contratantes quanto à execução objeto e ao atingimento do

⁵⁶⁰ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 240.

⁵⁶¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. V. 1 São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 240.

⁵⁶² ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 221 – sem grifos no original.

objetivo sociais, por meio da exigência de padrão de conduta de boa-fé de cada um perante os demais.

Nessa medida é que o presente estudo elege como 2º requisito de admissibilidade da exclusão em sociedades anônimas a contratação de cláusulas que limitem a circulação de ações. Em tal ambiente social, o inadimplemento grave de um acionista torna ainda mais fragilizada a posição dos demais consócios adimplentes, que na prática permanecerão aprisionados na companhia e condenados à frustração definitiva de todas as expectativas legítimas em relação à empresa.

Nesse contexto, de grande valia é a assertiva de Renato Ventura Ribeiro, com o que concordamos, para quem “[s]omente a análise individual das regras, contratuais ou estatutárias, de cada sociedade pode determinar as características e a interpretação a ser dada no caso concreto⁵⁶³”, principalmente em razão da ausência, na LSA, de diferenciação de regimes possíveis das companhias⁵⁶⁴.

Sendo esse o critério, a princípio exclui-se a aplicação da exclusão de acionista de companhia aberta, uma vez que não é possível restringir estatutariamente a livre transferência de ações nessas companhias, ainda que dada companhia aberta apresente iliquidez de suas ações no mercado⁵⁶⁵. A esse respeito, poderia haver alguma discussão em virtude da eventual contratação parassocial de acordo de bloqueio⁵⁶⁶. Pressupondo-se um acordo válido e a existência de inadimplemento grave (que comprometa, de fato ou potencialmente, a execução ou eficiência da empresa), parece-nos que, a princípio, a exclusão poderia ser admissível.

⁵⁶³ VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 45.

⁵⁶⁴ “A ausência de um regime jurídico diferenciado para as sociedades de capital aberto e fechado é, seguramente, um dos vícios de que se ressenste nossa legislação sobre sociedades por ações” (ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos fiduciary duties no Direito Norte-Americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico**, n. 109, 1998, pp.137-149, p. 144, nota 25).

⁵⁶⁵ “mesmo uma companhia aberta listada pode ressentir-se de um mercado que efetivamente assegure a negociabilidade de suas ações, o que pode ocorrer pela continuada suspensão da negociação de suas ações, determinada pela CVM, ou pela completa ausência de liquidez em Bolsa, dentre outros fatores” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 119).

⁵⁶⁶ Por meio do que os acionistas obrigam-se a não transferir as suas ações a terceiros sem a anuência dos demais pactuantes ou sem antes dar a estes o direito de preferência na aquisição das ações (Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. V I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 240; TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 237).

Por fim, ainda que por hipótese estejamos tratando de dissenso entre acionistas de uma companhia fechada, cuja liquidez das ações de sua emissão é limitada⁵⁶⁷, inexistindo cláusula contratual de restrição à circulação, entendemos que a medida da exclusão não seria admissível, ainda que a mencionada iliquidez de ações possa implicar em vulnerabilidade dos acionistas⁵⁶⁸. Inexistindo restrição *contratual*, (i) não se configura a legítima expectativa de perenidade do relacionamento societário necessária para configurar como grave um inadimplemento de dever de boa-fé; e, (ii) a eventual iliquidez dos papéis, ainda que agravada pelo inadimplemento de um sócio, teria origem meramente econômica.

⁵⁶⁷ Conforme explica Hodge O’Neal, “*the lack of a market for shares of a close corporation means that a minority shareholder has no satisfactory way to get out of the enterprise*” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, capítulo 7, p. 118).

⁵⁶⁸ Ainda segundo Hodge O’Neal: “*closely held enterprise, a more intimate and illiquid enterprise, in which the minority investors are more vulnerable*” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, capítulo 3, p. 7).

3.4. A EXCLUSÃO DE ACIONISTA SEM EXPRESSA PREVISÃO NA LSA, O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE SOCIETÁRIA E A AUTONOMIA CONTRATUAL

“Não é porque a lei omite a solução específica para o caso concreto que o intérprete deve se recusar a cumprir a sua missão de construção jurídica. Como salientou o Supremo Tribunal Federal da República Federal Alemã, em acórdão de 1º. de abril de 1953, julgando precisamente um caso de exclusão de sócio, “o Direito deve servir a vida e pôr à sua disposição as formas correspondentes. Um juiz consciente do seu dever não pode subtrair-se à obrigação de continuar a desenvolver o direito em caso de necessidade” (Neue juristische Wochenschrift, 1953, p. 780)⁵⁶⁹”

A possibilidade de exclusão de acionista a despeito de expressa previsão legal não fere o princípio da tipicidade societária ou a autonomia contratual dos sócios que optaram, quando da constituição da sociedade, pelo anonimato a uma sociedade de pessoas.

O tipo contratual pode ser estabelecido como o modelo estrutural, definido por um conjunto de regras, que as partes elegem para a realização de um negócio⁵⁷⁰. O princípio da tipicidade, por sua vez, refere-se à impossibilidade de criação de um tipo societário, pelos contratantes, para além daqueles previstos em lei⁵⁷¹. No Direito Brasileiro, o princípio vem disposto no artigo 983 do CC/02, que determina que a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipo regulados nos artigos 1.039 a 1.092, também do CC/02, e que a sociedade simples pode constituir-se em conformidade com um desses tipos e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

O emprego da exclusão social, instituto típico das sociedades de pessoas, não desnatura o tipo societário da sociedade anônima cujo quadro social é objeto da exclusão.

O tipo “sociedade anônima” de que tratamos é assim identificado a partir da constatação de que o capital é representado por ações e a responsabilidade dos sócios é limitada ao pagamento das ações subscritas, conforme artigo 1º da LSA, elementos mínimos que se somam a outras características observadas empiricamente, que se

⁵⁶⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, pp. 144-145.

⁵⁷⁰ Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53.

⁵⁷¹ “(...) caso os agentes econômicos pretendam atuar cooperativamente para a consecução de um objetivo comum e intentem, para tanto, constituir sociedade, devem necessariamente valer-se de um dos tipos previstos na ordem jurídica. Consequentemente, ser-lhes-á vedado, no exercício da autonomia privada, criar estruturas societárias atípicas” (PELA, Juliana, Krueger. *As golden shares no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 108).

conformam ao tipo societário⁵⁷². Dados os elementos caracterizadores mínimos, a disciplina jurídica do tipo contratual eleito é estabelecida, “visando dar à organização consistência e estabilidade⁵⁷³”.

Paralelamente à regulação legal do tipo societário, as partes contratantes ficarão vinculadas (i) ao conteúdo do contrato de constituição da sociedade, por elas próprias estabelecido por meio, também, do exercício da liberdade de contratar – condicionado, no entanto, à observância às regras cogentes; e (ii) pactos parassociais porventura celebrados entre a totalidade ou não dos sócios, que estipularem as particularidades daquela dada sociedade.

Nesse sentido, ainda que a sociedade anônima apresente características próximas de uma sociedade de pessoas (como por exemplo, capital fechado e restrição à livre circulação de ações), tais características não são hábeis a desconfigurá-la como uma sociedade por ações, conforme lição de Rachel Sztajn⁵⁷⁴. Da mesma forma, a aplicação de um instituto alheio a seu tipo societário, mas perfeitamente compatível com suas características particulares, tampouco pode ser apto a implementar eventual desnaturação.

O que se quer dizer é que, ainda que possa ser classificada como uma sociedade anônima de pessoas, o tipo “sociedade anônima” não se desconfigura, devendo-se aplicar as regras próprias desse dado tipo no caso concreto; determinando-se, portanto, a aplicação da LSA à sociedade anônima de que o excluendo é acionista – e não do CC/02 por analogia. Por outro lado, a importância da carga de pessoalidade trazida pelos sócios

⁵⁷² Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77. Prossegue a autora: “Da observação empírica verifica-se haver variações tipológicas que fazem com que, aos elementos do tipo genérico, sejam acrescidas características específicas, em função das quais são editadas normas que visam especialmente interesses diferentes e são os meios pelos quais atua o princípio da tipicidade (elementos encontrados na média dos fenômenos componentes do universo analisado)” (Op. Cit., p. 79). A autora chega a identificar quais seriam tais “outras características” que se somam aos elementos caracterizadores mínimos do tipo societários: “[i]nconscientemente, os elementos definidores mais marcantes são integrados por outras características, que decorrem da observação empírica das várias sociedades concretas e que têm de ver com a possibilidade da livre negociação das ações, a mecânica do controle, quebrando o mito de que a sociedade anônima apresenta uma organização semelhante à de um Estado democrático, sendo o poder exercido, igualmente, por todos os membros” (Op. Cit., p. 77).

⁵⁷³ Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77.

⁵⁷⁴ Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989. Em especial, o seguinte trecho: “É possível estabelecer-se uma polaridade entre as sociedades de pessoas em um dos extremos e as sociedades de capital no outro, explicando-se a existência de sociedades de capital organizadas em base personalista e de sociedades de pessoas com organização semelhante à das corporações. Em nenhum desses casos se altera a responsabilidade dos sócios, mas elementos estranhos ao modelo legal a ele se agregam sem desnaturá-lo” (Op. Cit., p. 25).

determinará a relevância do relacionamento societário (relações dos acionistas entre si, *interna corporis*) para o atingimento do fim social, de maneira a tornar possível, por meio da interpretação da própria LSA, a regulação da sociedade de acordo com suas características apresentadas concretamente⁵⁷⁵.

De fato, conforme ensinado por Comparato, as sociedades ditas “anônimas de pessoas” seriam caracterizadas por “prestações acessórias” ao dever de conferimento – que não o substituem, mas demonstram a importância da pessoalidade dos acionistas que contratam em comunhão de escopo⁵⁷⁶. Tais prestações *acessórias*, segundo Comparato, (i) seriam assim juridicamente classificadas por se tratar de prestações “não capitalísticas”, embora economicamente possam configurar a prestação principal do acionista⁵⁷⁷, (ii) não representariam “nenhum atentado à “natureza” da sociedade anônima⁵⁷⁸” e (iii)

⁵⁷⁵ “Por isso mesmo já se pôs em dúvida que tais sociedades [sociedades anônimas de pessoas] ainda possam ser consideradas propriamente anônimas. No direito norte-americano, por exemplo, algumas decisões judiciais declararam incompatível com o estatuto legal de *corporation* a sociedade em que os acionistas assumem, uns perante os outros, a posição de autênticos *partners* [Hodge O’Neal. *Close Corporations, law and practice*, 2ª ed., Chicago, Callaghan & Company, 971, vl. 1, parágrafo 5.05]. Mas essa opinião, pelo seu radicalismo formalista, não chegou a prosperar. Admitiu-se, ao contrário, sempre mais, que se a *joint venture corporation* é um tipo diferente de companhia, nem por isso se lhe devem aplicar as regras típicas de uma *partnership*, notadamente a responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais. O personalismo próprio de uma *joint venture* existe *interna corporis*, nas relações dos acionistas entre si, mas ele não elimina o efeito da personalidade jurídica perante terceiros” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p., p. 35 – sem grifos no original).

⁵⁷⁶ “Essa possibilidade jurídica [de existência de “sociedade anônima de pessoas”] prende-se, também, ao reconhecimento de que os acionistas podem ter, para com a companhia, obrigações de prestação acessória, além da norma responsabilidade capitalística pelo pagamento as ações subscritas ou adquiridas. As chamadas prestações acessórias (*Nebenleistungen*, do direito alemão) podem ser estabelecidas no estatuto, dizendo respeito a todos os acionistas, ou somente aos titulares de uma espécie ou classe de ações. Elas consistem, por exemplo, na obrigação, a título oneroso ou gratuito, de o acionista fornecer matérias-primas à companhia, adquirir parte de sua produção, prestar-lhe assistência técnica, financiá-la dentro de certas condições, ou então, não exercer atividade concorrencial à sociedade” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 35-36). Tais “prestações acessórias” serão objeto de estudo do Capítulo 4 deste trabalho, que pretende identificar os deveres de colaboração e lealdade inerentes ao *status socii* de acionista de companhia fechada, objeto do trabalho, e as nuances de tais deveres como resultado de estipulações do contrato de sociedade ou de pactos parassociais, em especial a restrição da livre circulação de ações.

⁵⁷⁷ “Mas essa acessoriedade é mais de cunho jurídico que econômico. Economicamente, pode suceder que a prestação principal do acionista não seja a participação no capital e, sim, a outra; que o acionista subscreva, por hipótese, uma única ação – porque a lei a tanto o obriga, a fim de adquirir o *status socii* – e se comprometa a fornecer à sociedade, em condições altamente favoráveis, a matéria-prima indispensável à sua produção industrial, ou uma assistência técnica de grande relevância. Juridicamente, a prestação não-capitalística permanece sempre acessória e, portanto, suprimível” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 37).

⁵⁷⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera. In Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 36.

permitiriam a aplicação “aos acionistas [de] regras consideradas próprias das sociedades não-acionárias, como a proibição de concorrência à sociedade⁵⁷⁹”.

Ao lado de prestações acessórias, Comparato ensina que pactos entre sócios relacionados à regulação da transferência de ações, como é o caso de pactos de preferência à aquisição de ações, buscam limitar o “absolutismo da propriedade” da participação acionária de cada sócio, a fim de circunscrever a vontade individual ao objetivo de “proteger e reforçar os laços de comunhão societária, dando-se aplicação ao princípio da fidelidade e da perseguição do interesse comum (*nostra res agitur*)⁵⁸⁰”.

Nesse sentido, a previsão de prestações acessórias e os acordos entre sócios relacionados à restrição à livre circulação de ações *reforçam os laços de comunhão societária*, caracterizando a sociedade, embora anônima, como “de pessoas”⁵⁸¹, de maneira a agregar relevância aos deveres do *status socii* para além do dever de conferimento típico das sociedades de capital, dado que os acionistas, nessa conjuntura, deixam de ser “meros investidores de capital” para se tornarem “colaboradores específicos em um empreendimento comum”⁵⁸². Nesse sentido, destacada a importância do relacionamento societário para o preenchimento do fim social, os deveres de colaboração e lealdade reciprocamente contratados entre os sócios adquirem a mesma relevância do dever de conferimento para a realização do escopo comum.

⁵⁷⁹ Op. Cit., p. 37.

⁵⁸⁰ “Se a relação societária existe e se, ademais dela, foi estipulado um direito de preempção de ações, está fora de cogitação o absolutismo da propriedade (vender a quem quiser pelo preço que bem entender) e a máxima *caveat emptor*, pois não se cuida de interesses puramente individuais (*mea res agitur*). Trata-se, antes, de proteger e reforçar os laços de comunhão societária, dando-se aplicação ao princípio da fidelidade e da perseguição do interesse comum (*nostra res agitur*), que exclui toda manobra tendente a descartar o direito de preempção, reconhecido aos sócios” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 45).

⁵⁸¹ “Em toda sociedade, estabelece-se um quadro geral de relações entre os sócios, fundadas na fidelidade e confiança recíprocas. É a *affectio* ou *bona fides societatis*. Esse relacionamento especial de boa-fé e de verdadeiro *intuitus personae* pode existir na sociedade anônima fechada, notadamente a que conta, complementarmente ao estatuto, com acordo particular entre todos os acionistas, regulando o exercício do voto em assembleias gerais, o poder de fiscalização da minoria, a obrigação de prestações acessórias e o direito de preferência recíproco à aquisição de ações. Especificamente em relação a esse último direito, o comportamento dos acionistas deve se pautar pela mais rigorosa boa-fé, (...). É que a venda de ações, em tal hipótese, deixa de ser um contrato bilateral isolado, em que cada parte persegue interesses próprios que se contrapõem, mas insere-se no contexto de um relação plurilateral, na qual a satisfação dos interesses individuais fica subordinada à realização do interesse comum” (COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, pp. 49-50 – sem grifos no original).

⁵⁸² Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 37.

Essa realidade, no entanto, apesar de permitir a aplicação de regra típica de sociedade de pessoa⁵⁸³, não interfere no tipo societário do anonimato contratado⁵⁸⁴. Conforme ensina Maurizio Sciuto, a eventual caracterização de dada sociedade como “de pessoas” ou de “capital” não se confunde com o tipo societário; tratar-se-ia, meramente, de famílias dentro do mesmo tipo societário⁵⁸⁵.

Nesse sentido, a primeira conclusão que se extrai é que a possibilidade de exclusão de acionista poderia ser empregada em uma sociedade anônima de acordo com suas características próprias e não ofenderia o tipo societário eleito pelos contratantes (sociedade anônima), de maneira a não implicar afronta à vontade manifestada por eles quando da constituição da sociedade sob o tipo S.A.

A seguir, outra ordem de questão se impõe – relacionada não apenas ao tipo societário, mas à autonomia contratual.

Não há dúvida de que os contratantes que celebram um contrato de sociedade anônima manifestam uma inequívoca opção por um tipo societário específico e, em decorrência disso, por um regime legal próprio (a LSA), segundo o qual a sociedade criada deverá ser regulada, como regra, em todos os seus aspectos. Além disso, por ocasião da definição do conteúdo do contrato de constituição da sociedade e dos eventuais pactos parassociais, os contratantes estabelecem as regras dispositivas que regularão o relacionamento entre os sócios. Nesse contexto de liberdade contratual, seria possível que as partes buscassem, por meio de interpretação jurisprudencial, a aplicação de instituto jurídico que não seria legalmente previsto para o tipo societário livre e originalmente escolhido? Tal conduta feriria a autonomia de contratar dos sócios, se diante da ampla liberdade contratual que dispunham, mantiveram-se silentes quanto a esse aspecto?

⁵⁸³ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 37.

⁵⁸⁴ Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25; COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51, p. 36.

⁵⁸⁵ “società di persone” e “società di capitali” emergono innanzitutto pertanto, non come “tipi” di società, ma quali nominate “classi” (o “famiglie”) de tipo di società, capaci però di operare anche – si diceva – quali vere e proprie *fattispecie*” (SCIUTO, Maurizio. *Società di persone e società di capitale*. In **Rivista della società**, ano 54, 2009, pp. 1352-1418, p. 1352).

A princípio, parece indiscutível a possibilidade de estipulação estatutária no sentido de determinar hipóteses de exclusão de acionista⁵⁸⁶. Nessa realidade, o acionista previamente aceita o risco de ser obrigado a deixar a sociedade, ocorrido o fato expressamente previsto no estatuto⁵⁸⁷.

Ainda que não esteja contratada a possibilidade de excluir um acionista, mas esteja contratada a restrição à livre circulação de ações, parece possível concluir que a exclusão poderia ser admitida, a fim de evitar que o acionista descontente se torne refém da sociedade.

De fato, quando da celebração do contrato de sociedade, todos os acionistas obrigam-se reciprocamente aos deveres inerentes ao *status socii*. Paralelamente às regras cogentes estabelecidas pela opção ao tipo societário S.A. (dispostas na LSA), das regras dispositivas definidas estatutária ou parassocialmente, cada um deles compromete-se a se conduzir em conformidade com os deveres de conferimento e cooperação (colaboração e lealdade) em relação à sociedade e aos demais consócios. Nesse contexto, embora o acionista tenha celebrado o contrato de sociedade ciente de eventual restrição à livre circulação de ações, contratou também o comprometimento de todos os consócios para com o cumprimento dos respectivos deveres sociais, na exata medida em que sejam necessários para a consecução do fim social.

É bem verdade que os acionistas poderiam ter previsto uma cláusula de exclusão em caso de inadimplemento de dever social, justamente considerando a restrição à livre circulação de ações. No entanto, não o fazendo, haveria como se impedir a exclusão de um acionista inadimplente, exclusivamente pela inexistência de cláusula estatutária nesse sentido? Nos parece que não.

A uma, porque, conforme ressalta Carlos Klein Zanini, não se pode supor, como a prática demonstra, que um acionista minoritário consiga fazer incluir no estatuto,

⁵⁸⁶ No mesmo sentido, GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 146.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, “l’exclusion statutaire suppose que l’associé ait préalablement accepté le risque d’être obligé de quitter le groupement en cas de survenance d’un événement objectivement envisagé par la clause”. (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 239).

no momento de sua redação, todas as cláusulas que lhe pareçam convenientes⁵⁸⁸ – principalmente no tocante, por exemplo, a possibilidade de exclusão de acionista, incluindo-se no alcance da cláusula o acionista controlador. O mesmo autor chama a atenção para as situações envolvendo acionistas que sequer tiveram a oportunidade de participar da negociação do conteúdo dos atos societários, em virtude de ingresso posterior⁵⁸⁹. Nesse contexto, caso fosse admitida a exclusão por inadimplemento dos deveres de cooperação apenas nos casos expressamente previstos no estatuto, o Direito Societário renegaria proteção a acionistas minoritários subjugados pela maioria de maneira ilegítima e sob pena da própria aniquilação da sociedade.

Em segundo lugar, é de se registrar a opinião de Armour, Hansmann e Kraakman, para quem um contrato de sociedade, que se destina a regular relações complexas por um longo período de tempo, é necessariamente *incompleto*. Nesse contexto, ainda que não estejamos diante de uma situação em que eventual cláusula estatutária de exclusão não tenha sido incluída porque vencido o acionista minoritário que a propôs, os autores ensinam que situações supervenientes podem não ter clara regulação contratual – seja porque não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato de sociedade, seja porque, em razão da improbabilidade, o custo de prever claramente uma determinada situação no contrato não justificaria sua inclusão. Estaria aí o papel do direito societário, de criar novas regras ou interpretar as regras existentes a fim de regular tais situações⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ O autor assim se posiciona a respeito, especificamente, da inserção de cláusulas relacionadas à saída imotivada do acionista da sociedade, o que ele chama de dissolução parcial imotivada: “[e]quivocam-se, contudo, quando imputam aos atos societários um caráter quase sacramental como se fosse possível aos acionistas de uma sociedade anônima fechada (ainda mais minoritários) fazer incluir, no momento de sua redação, todas as cláusulas que lhes parecessem convenientes para efeito de regular o modo como poderia ter lugar a dissolução” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 275).

⁵⁸⁹ Ainda a respeito da possibilidade de inclusão de cláusulas relacionadas à dissolução parcial imotivada: “[h]á também que se considerar que nem sempre o acionista da companhia que poderia lançar mão da ação de dissolução terá tido a oportunidade (ou mesmo a possibilidade) de participar da negociação do conteúdo dos atos societários. Pode-se cogitar, por exemplo, de acionistas que tenham adquirido a titularidade de suas ações por sucessão ou outra operação societária posterior à fundação da empresa; situação em que, como sói ocorrer com os sócios de minoria, dificilmente terão eles tido condições de interferir na barganha dos direitos que lhes seriam reconhecidos pelos estatutos” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 275).

⁵⁹⁰ “A contract that, like a corporation’s charter, must govern complex relationships over a long period of time, is – to use the word favored by economists – necessarily *incomplete*. Situations will arise for which the contract fails to provide clear guidance, either because the situation was not foreseeable at the time the contract was drafted or because the situation, though foreseeable, seemed to unlikely to justify the costs of making clear provision for it in the contract. Statutory amendments, administrative rulings, and judicial

Por fim, o dever de boa-fé inerente ao *status socii* tem justamente a função de tornar eficiente o contrato de sociedade. Sendo impositivos os deveres de colaboração e lealdade pela própria posição de sócio assumida, bem como decorrente da interpretação sistemática da lei a sanção de exclusão, tornar-se-ia desnecessário buscar elencar contratualmente as eventuais condutas que implicariam atuação irregular sob esse espectro e que resultariam na sanção societária radical da exclusão – o que, por sua vez, diminui os custos de transação da celebração de uma sociedade⁵⁹¹⁻⁵⁹².

A esse respeito, é de se destacar a posição de Avelãs Nunes, que justamente atribui a possibilidade da exclusão social à interpretação dos cânones da boa-fé contratual⁵⁹³. Segundo a posição do autor, haveria de se presumir que os sócios *deveriam ter estipulado* a exclusão social se tivessem previsto a situação de inadimplemento dada, em razão da boa-fé contratual. Confira-se:

“Mas se porventura se concluir que, *provavelmente*, a cláusula de exclusão não teria sido pactuada, ainda assim a batalha não está perdida. Se, interpretados *agora* os interesses em jogo segundo as normas da boa-fé, se entender – como pensamos que deve entender-se desde que

decisions can provide for such situations as they arise, either by adding new rules of corporation law or by interpreting existing rules. This is the gap-filling role of Corporation law” (ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *What is corporate law? In The anatomy of Corporate Law – a comparative and functional approach*. 2ª ed. Nova York: Oxford University, 2009, p. 23 – sem grifos no original). Os autores referem-se à interpretação das regras contratuais pré-existentes; no entanto e de qualquer maneira, o raciocínio auxilia esse trabalho na medida em que demonstra a impossibilidade de regular, contratualmente, todas as hipóteses possíveis já na largada.

⁵⁹¹ “The reasons for forbidding its appropriation are the same as those for generally forbidding corporate agents and fiduciaries from unilaterally taking corporate property for themselves. An essential reason is that a generalized fiduciary duty of loyalty is efficient. Thus, the law makes it unnecessary for a principal who delegates power to manage his property to an agent to provide by contract an array of prohibitions against the agent diverting to himself the principal's assets. The law of fiduciary obligations does that. It thereby facilitates specialization in economic enterprise, which enhances productivity for society, by saving the cost of individually contracting for the agent's loyalty in a myriad of situations, not all of which can be anticipated” (BRUDNEY, Victor; CLARK, Robert Charles. *A New Look at Corporate Opportunities*. In *Harvard Law Review*. N. 5. V. 94, 1981, pp. 997-1062, p. 999 – sem grifos no original).

⁵⁹² Fazendo-se um paralelo com a boa-fé pré-contratual, incidente num “contato social qualificado”, já se posicionou a CVM no sentido de que os deveres decorrentes da boa-fé não precisariam estar expressamente acordados, porque decorrentes daquele princípio: “[n]ão é necessário, em algumas circunstâncias, que essas obrigações estejam expressadas em algum documento, mesmo que não haja ainda contrato formado, uma prestação a ser cumprida, porque elas irão decorrer da própria boa-fé objetiva que incide sobre aquele tipo de contato social – mais objetivo e característico” (CVM, Processo nº RJ 2004/1660, Diretora Relatora Norma Jonsenn Parente, julgado em 18.5.2004). Dessa maneira, se os deveres de boa-fé obrigam as partes mesmo antes da contratação efetiva, desnecessário que sejam expressamente acordados na celebração posterior do contrato.

⁵⁹³ “E assim podemos concluir que a exclusão do sócio justamente intolerável pode sempre considerar-se como a efetivação de uma cláusula do pacto: cláusula que os sócios expressamente fixaram; ou com que tacitamente concordaram; ou que provavelmente teriam estipulado se tivessem pensado na hipótese; ou que deveria ter sido aceita, de acordo com a mais razoável interpretação dos interesses em jogo feita agora, dentro dos cânones da boa-fé contractual” (AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 59).

haja justa causa, dadas as razões atrás apontadas, que justificam e tornam necessária a medida de exclusão do sócio, deve admitir-se essa exclusão (caso os sócios cumpridores a preferam à dissolução da sociedade), uma vez que os sócios a *deveriam ter permitido* no pacto se tivessem previsto a situação presente⁵⁹⁴.

Nesse ponto, recorre-se novamente a Wiedemann. Conforme já mencionado, em relação à necessidade de tratamento cogente de uma situação jurídica ou de atribuição à autonomia privada das partes, Wiedemann posiciona-se no sentido de que a opção pelo regime regulamentar cogente ou pelo livre arbítrio dos componentes da organização deverá depender, cumulativamente, (i) da legítima expectativa de que as convenções privadas alcançarão “uma justa composição dos interesses”; e, (ii) do potencial comprometimento do direito de terceiros. Daí a diferenciação entre relações internas e relações externas da sociedade: segundo nos explica Marcelo von Adamek, as primeiras seriam normalmente reguladas por regras dispositivas, enquanto as segundas, por regras cogentes, em razão dos interesses envolvidos em cada uma dessas *ordens* de relações⁵⁹⁵.

Parece-nos que, dado (i) os interesses envolvidos na preservação de uma empresa (que, enquanto instituição, ultrapassam os interesses econômicos dos sócios⁵⁹⁶); e (ii) ser discutível a existência de uma legítima expectativa de que as convenções privadas alcançarão uma “justa composição dos interesses” no momento da celebração da

⁵⁹⁴ AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 59 – grifos no original.

⁵⁹⁵ “a distinção entre relações internas e externas pertence à estrutura das coletividades e, portanto, também das sociedades. Relações internas são aquelas estabelecidas entre sócios, titulares de órgãos e a sociedade, e que demandam regras de delimitação de competência dos órgãos sociais e regras que definam a participação de cada membro na esfera jurídica coletiva, as condições de entrada e saída, e os seus direitos, Relações externas, por outro lado, são aquelas que dizem respeito a terceiros, e as suas respectivas regras dizem respeito à atuação do órgão representante perante terceiros, a responsabilidade da sociedade e dos titulares de órgãos por danos causados a terceiros e responsabilidade dos sócios por dívidas sociais. Uma sociedade pode ser meramente interna, não parecendo enquanto tal perante terceiros, como é o caso da sociedade em conta de participação (CC, art. 991). Não pode haver sociedade meramente externa – pois já aí se estaria caminhando rumo ao campo das fundações (CC art. 62). A distinção entre relações internas e externas, que de resto encontra perfeita adequação na letra da lei, a regular os planos separadamente (quando, em diversos capítulos, traz regras agrupadas sob a epígrafe “das relações com terceiros”), não é balda de consequências jurídicas. É por elas que se explica, por exemplo, que o sócio não pode diretamente impor as suas decisões e opiniões como sendo da sociedade; inversamente, nem tudo o que for imputado à sociedade poderá ser então imputado ao sócio. Além disso, as relações internas são, normalmente reguladas por normas dispositivas; as relações externas, pelo contrário, por normas cogentes, por cuja tutela atua então o legislador” (ADAMEK, Marcelo M von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010, pp. 27-28, nota 25).

⁵⁹⁶ A respeito da função social da empresa, Bulgarelli nos esclarece que “[é] certo, também, que além da proteção dos credores – interesse básico que sempre constituiu o ponto essencial do fundamento de um regime jurídico privado ditado para a empresa – começou-se a dar atenção aos interesses dos consumidores e da comunidade” (BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 104-105), ao que ao final culminou com a consagração da empresa como instituição.

sociedade⁵⁹⁷ ou mesmo posteriormente, notadamente em se tratando de inadimplemento perpetrado pelo acionista controlador; relegar exclusivamente à autonomia privada a regulação da possibilidade de exclusão de acionista poderia resultar em ausência de tutela jurídica (em outras palavras, consagração da violação) do princípio da preservação da empresa.

Nesse contexto, embora existente abalizado entendimento contrário⁵⁹⁸, entende-se que a ausência de previsão contratual a respeito da sanção de exclusão não obstará seu emprego, dado que pode ocorrer, em determinadas subespécies específicas de companhia, de o inadimplemento do acionista ser de tal ordem *grave* que não seria passível de ser “juridicamente contido” de maneira eficaz pelos “remédios” expressos na lei.

Assim, embora contratar expressamente todos os aspectos do relacionamento societário no âmbito de uma empresa poderia fazer com que os contratantes maturassem com mais cuidado as implicações do relacionamento societário proposto, aumentando a probabilidade de as partes voluntariamente cumprirem os termos contratados⁵⁹⁹, entende-se desnecessária cláusula contratual dispondo sobre a possibilidade da exclusão para que a medida seja implementada com base na interpretação sistemática da lei.

⁵⁹⁷ Cf. ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 275.

⁵⁹⁸ “Também a possibilidade de exclusão de sócios não tem qualquer referência no Direito das sociedades anônimas. Já se tem entendido que quando domine o *intuitus personae*, tal exclusão deveria ser possível por via da aplicação do artigo 242.º/1: exclusão judicial do sócio por “... comportamento desleal ou francamente perturbador ...”. Mas essa via de aparente bom senso não é praticável: porque não extinguir o direito de propriedade do vizinho “gravemente perturbador”?

A única via de exclusão de um sócio de sociedade anônima está na amortização de acções: quando prevista no pacto social e quando se verifiquem as competentes causas nele inseridas. Fora dessa hipótese: quaisquer perturbações provocadas por accionistas podem ser juridicamente contidas, mesmo nas sociedades fechadas. Agora: se erroneamente se elegeu uma sociedade anônima para reger situações *intuitu personae, sibi imputet*. Pertence à essência do tipo “sociedade anônima” a indestrutibilidade da participação accionista: salvo o expressa e legalmente previsto. Não pode haver confiscos punitivos nem transmutações sem adequado suporte legal e constitucional” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades*. V. 2. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 712).

⁵⁹⁹ “There are many strong and rather obvious reasons why all aspects of the participants’ business bargain should be reduced to writing. In the first place and perhaps most important of all, the process of planning and drafting written instruments causes the parties and their legal advisers to think through the ramifications of the proposed relationships more careful and make decisions on matters which otherwise might escape their attention and remain undecided. Hiatuses which would give rise to disputes and squeeze-outs are thus eliminated. Second, the existence of written documents minimizes the chance of misunderstanding and increases the probability that the parties will voluntarily comply with the terms of the bargain. A bargain in writing has a psychological effect on the parties and tends to reduce disputes, unfounded claims, squeeze plays and litigation” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, capítulo 1, p. 51).

Não se nega que em matéria societária a regra seja mesmo a autonomia da vontade⁶⁰⁰. No entanto, é inegável o interesse envolvido na questão da preservação da empresa que transcende a esfera particular dos sócios, a justificar a cogência da medida a despeito da inexistência de cláusula contratual regulando a matéria. Nesse contexto, a inexistência de cláusula contratual expressa no estatuto social não impossibilitaria a exclusão de acionista inadimplente em virtude do recurso à interpretação das regras legais de maneira sistemática e *autointegrativa*, de acordo com a lição de Bobbio. Nesse contexto, Comparato assinala que

“Se as soluções particulares, decorrentes da própria estrutura da sociedade, enquanto contrato plurilateral, não estão todas explicitadas em lei, nem por isso devem ser afastadas pelo intérprete, que raciocina com base nos princípios gerais que formam o sistema legal.”⁶⁰¹.

Conforme vimos no capítulo 2, de acordo com a teoria contratualista, em todos os contratos de sociedade seria atribuída uma cláusula tácita de resolução de um vínculo social por inadimplemento⁶⁰². A LSA parte, inclusive, desse pressuposto, ao permitir expressamente a exclusão de acionista remisso, em seu artigo 107, inciso II.

Paralelamente a isso relembre-se que a contratação de uma sociedade implica na assunção, reciprocamente, do dever de cooperação dos acionistas entre si para a exploração conjunta da empresa e a partilha dos resultados (artigo 981 do CC/02). É nesse contexto que se justificaria a dissolução de um vínculo societário, tal como permitido pela LSA na hipótese de acionista remisso, com fundamento no artigo 206 inciso II, alínea *b*, da LSA: quando eventual inadimplemento do dever de cooperação comprometer o preenchimento do fim social.

⁶⁰⁰ “As normas cogentes em matéria societária constituem não a regra, mas a exceção; o postulado vigente é o de que as normas de direito societário são dispositivas, exceto quando demonstrado o interesse público na sua aplicação obrigatória às companhias” (EIZIRIK, Nelson. *Reforma da S.A e do mercado de capitais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 27).

⁶⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 139 – sem grifos no original.

⁶⁰² “o direito de exclusão é inerente à natureza do contrato de sociedade, não podendo a sociedade ser desprovida de tal direito, mesmo no silêncio do estatuto, mesmo na falta de uma explícita concessão legal do direito de exclusão de sócios” (AVELÂS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 60-61, sem grifos no original). No mesmo sentido, Mario Engler Pinto Jr, para quem a possibilidade de exclusão de sócio é “inerente ao contrato de sociedade, pois representa uma condição resolutiva tácita genericamente aplicável a todas as formas contratuais” (PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89, p. 85).

Não se faz demais repetir a lição de Comparato com relação a esse ponto. O autor ensinou que, no âmbito das sociedades regidas pelo Código Comercial, ao lado da obrigação de integralização, existem outras obrigações que vinculam reciprocamente os sócios, relacionadas ao elemento colaboração, e que poderiam ensejar a exclusão a despeito da ausência de previsão legal ou contratual, a fim de evitar a dissolução total da sociedade⁶⁰³.

O princípio geral de resolução de vínculo societário por inadimplemento, decorrente da interpretação sistemática da LSA (artigos 107, inciso II e 206, inciso II, alínea *b*, conforme item precedente) a que fazemos referência, coaduna-se ao que a doutrina já qualificou como *cláusula resolutiva tácita do contrato plurilateral*⁶⁰⁴.

Nesse aspecto, vale ressaltar a posição de Leães, para quem a referida cláusula tácita seria aplicável aos contratos de sociedade por força dos artigos 474 e 475 do CC/02, constantes do capítulo atinente aos princípios gerais de todos os contratos⁶⁰⁵. O mesmo entendimento já havia sido manifestado por Comparato, quando atribuiu a possibilidade de exclusão de sócio para além de previsão legal ou contratual à cláusula geral de resolução

⁶⁰³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, pp. 140-141.

⁶⁰⁴ “Na realidade, nos contratos plurilaterais o elemento fundamental não é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca das obrigações contrastantes, mas o escopo ou o objetivo comum, inexistente nos demais tipos contratuais. (...) Aplica-se, no caso, portanto, a cláusula resolutiva tácita subentendida em todo contrato em que haja uma relação sinalagmática, e que autoriza a parte lesada pelo inadimplemento da outra a promover a resolução parcial ou, mesmo, total do contrato quando esse inadimplemento fulmina o escopo conjunto. De qualquer forma, em ambas as hipóteses a cláusula resolutiva tácita dependerá sempre de intervenção judicial, visto que somente com a sentença é que se materializa a ruptura seja de um dos vínculos, seja de todo o negócio, uma vez que aos contraentes somente é atribuída, através da cláusula em tela, a legitimidade *ad causam* para iniciar o processo judicial visando a esses objetivos. Entre nós a resolução pela cláusula resolutiva tácita não se dá *ipso iure*, mas, sim, por sentença judicial, visto que ela pressupõe a prova da infração do estipulado, fato que carece ser apurado e estabelecido em juízo” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 443-452, pp. 448-449 – sem grifos no original).

⁶⁰⁵ “Daí por que o Código Civil de 2002 deslocou a disciplina da cláusula resolutiva, reservada no Código de 1916 apenas aos contratos bilaterais (art. 1092), para o capítulo concernente aos princípios gerais de todos os contratos na seção relativa à extinção (arts. 474 e 475)” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 443-452, p. 450).

por inadimplemento prevista na parte geral do então vigente Código Civil de 1916, (artigo 119, parágrafo único)⁶⁰⁶.

A esse respeito, relembre-se (*cf.* capítulo 2) que a existência de uma cláusula tácita de resolução de vínculo social por inadimplemento foi o fundamento doutrinário e jurisprudencial da interpretação dada ao artigo 339 do Código Comercial que permitiu o emprego da exclusão de sócio às sociedades limitadas a despeito da inexistência de previsão legal expressa ou de expressa previsão no contrato social⁶⁰⁷ – exegese fundamental para a evolução legislativa que se seguiu; a inclusão, no CC/02, de expressa previsão da possibilidade de exclusão de sócio por “falta grave”/“justa causa”, em clara alusão ao descumprimento de deveres sociais.

Aliás, parece ter sido a partir de uma ideia similar à incompletude do contrato de sociedade, nos termos do que desenvolvido por Amour, Hansmann e Kraakman, que tornou-se possível a construção jurisprudencial e doutrinária da “cláusula tácita de exclusão”, que resultou na instituição, pelo CC/02, da prescindibilidade de cláusula contratual para efetivamente ensejar a exclusão de um sócio, nos termos do art. 1030 do CC/02⁶⁰⁸.

Nesse contexto, portanto, como primeiro requisito de admissibilidade da exclusão de acionista, propõe-se a interpretação sistemática da LSA a fim de identificar, no caso concreto de uma determinada companhia, a gravidade do inadimplemento que seria suficiente para comprometer a preservação da empresa – a permitir por essa razão, a dissolução do vínculo societário do inadimplente.

⁶⁰⁶ *Cf.* COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão contratual ou legal*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Forense: Rio de Janeiro, 1978, pp. 131-149, p. 140 e p. 143.

⁶⁰⁷ “Na hipótese de não ter havido estipulação, nem por isso a exclusão fica rigorosamente restrita às causas especificadas no Código Comercial, bastando que o sócio haja ocasionado prejuízos à sociedade” (GOMES, Orlando. *Exclusão de sócio e arquivamento da alteração contratual*. In **Novas Questões de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 244). No mesmo sentido, Pontes de Miranda, para quem “A cláusula de despedida por justa causa não precisa que se inclua (no contrato), porque o princípio é legal” (*In Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 372). TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TOZZINI, Syllas (atualiz.); BERGER, Renato (atualiz.). *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 285-286).

⁶⁰⁸ Nesse sentido, esclarece Marcelo Vieira von Adamek que: “a ausência de cláusula autorizadora da exclusão extrajudicial no contrato social, evidentemente, não significa que, só por isso, o sócio minoritário não possa ser expulso da sociedade, mas apenas que tal só poderá ocorrer através de ação judicial” (ADAMEK, Marcelo von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.), 2011, pp. 185-215, p. 196).

Ao lado da necessária ocorrência de inadimplemento grave (aferível de acordo com cada caso concreto), para admitir o emprego da exclusão de acionista propomos, cumulativamente, a existência de cláusula contratual restritiva da livre circulação de ações. Em uma tal circunstância, o inadimplemento grave de um acionista torna ainda mais fragilizada a posição dos demais consócios adimplentes, condenados à frustração definitiva das expectativas legítimas em relação à empresa, caso a tutela excepcional da exclusão não lhes seja conferida.

Conclusões parciais – admissibilidade de exclusão de acionista:

- (i) Independentemente de quem seja o destinatário das obrigações sociais contratadas na celebração do contrato de sociedade (os demais sócios ou a própria companhia), a assunção de tais obrigações (legais ou contratuais) pelos sócios gera entre os acionistas, reciprocamente, a legítima expectativa de que elas serão por eles cumpridas.
- (ii) O inadimplemento social refere-se ao comportamento contraditório de um acionista no âmbito do relacionamento societário. Refere-se, portanto, ao descumprimento de uma obrigação (contratada expressamente, no estatuto social ou parassocialmente, ou imposta pela LSA) que tenha relação com o exercício da empresa, que implica no inadimplemento geral do dever social de colaboração ou lealdade reciprocamente contratado.
- (iii) O *venire contra factum proprium* frustra a confiança e a fidelidade inerentes ao contrato de sociedade, que tem por corolário a boa-fé contratual entre os contratantes.
- (iv) O inadimplemento social compromete, portanto, de maneira imediata, o relacionamento societário (a integridade dos laços societários entre os contratantes) e, mediatemente, a empresa.
- (v) O *venire contra factum proprium* no âmbito de uma sociedade permite a aplicação de sanção de cunho societário, considerando o vínculo societário existente em razão do relacionamento contratual entre os acionistas. Nesse

sentido, a sanção societária mostra-se necessária a fim de restabelecer a fidelidade e confiança entre os acionistas.

- (vi) A **finalidade da sanção societária** (tutela do relacionamento societário) coaduna-se com o **fundamento axiológico da exclusão social** (tutela da legítima expectativa dos sócios de maneira imediata, preservando o relacionamento de confiança e fidelidade entre eles a fim de assegurar que os contratantes que pertençam ao relacionamento societário atuem de maneira a adimplir os respectivos deveres sociais reciprocamente assumidos em prol do fim social e, consequentemente, do interesse comum).
- (vii) A LSA já prevê, em seu artigo 120, uma sanção de cunho societário para coibir o inadimplemento de obrigações sociais por parte dos acionistas. A exclusão do acionista inadimplente poderia ser aplicável no lugar da suspensão de direitos quando, cumulativamente: (i) o inadimplemento fosse *grave*; vale dizer, pela natureza do inadimplemento, sua sistematicidade, ou efeitos, pusesse em risco a continuidade da empresa (condição necessária para aplicação do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA); (ii) quando a companhia dispusesse de restrição à livre circulação de ações, de maneira a dificultar sobremaneira a saída do acionista prevaricado da sociedade.
- (viii) Situar a matéria no âmbito da LSA, distanciando-se de uma aplicação do regime das sociedades simples (artigo 1.030, CC/02), procura evitar a aplicação da exclusão de acionista inadimplente às hipóteses que, exclusivamente, ocorrerem no âmbito de sociedades familiares. Com efeito, construindo-se a exclusão como instituto adequado e integrado à lógica da LSA, intenciona-se admiti-lo quando a companhia apresentar um determinado arranjo contratual (prestações acessórias e restrição à livre circulação de ações), seja ela de natureza familiar ou não. Tal arranjo contratual exacerba os deveres de boa-fé entre os sócios e a legítima expectativa de manutenção do relacionamento societário.
- (ix) A finalidade da sanção de cunho societário não se confunde com a finalidade de eventual sanção de cunho obrigacional. A possibilidade da pretensão

indenizatória contra o acionista que age com abuso ou de maneira a descumprir obrigação social visa a reparar os danos causados pela atuação contrária ao interesse social, dizendo respeito, portanto, à relação acionista/companhia.

- (x) Tratando-se de sociedade anônima fechada com restrição à livre circulação de ações, a inexistência de previsão legal para excluir o acionista inadimplente não deve obstar a medida. A impossibilidade de dispor de sua participação societária evidencia a necessidade de permitir a exclusão como maneira de tutelar excepcionalmente os sócios do acionista inadimplente, para que não se tornem reféns de uma situação de inadimplemento.
- (xi) Em uma sociedade cuja manutenção do relacionamento societário é relevante para o escopo comum, parece possível dizer que a lei passaria a apresentar lacuna de espécie secundária⁶⁰⁹ quando observado o inadimplemento de deveres de cooperação do acionista (previstos nos artigos 981 do CC/02 e 116, parágrafo único da LSA, em se tratando de controlador). Em tal circunstância, o inadimplemento pode colocar em risco a exploração da empresa e, tratando-se de situação sem expressa regulação na legislação especial, caberia o recurso à interpretação sistemática da lei para admitir a exclusão do inadimplente (artigos 107, II e 206, inciso II, alínea *b* da LSA).
- (xii) Na companhia fechada com restrição à livre circulação de ações, o inadimplemento grave de um acionista torna ainda mais vulnerável a posição dos demais consócios adimplentes, que na prática permanecerão condenados à frustração definitiva das expectativas legítimas em relação à empresa, caso a tutela excepcional aqui proposta não seja admissível.
- (xiii) Em razão dos interesses envolvidos na preservação da empresa, a mencionada tutela seria cogente: derivada da interpretação da LSA e não dependeria de disciplina contratual específica no pacto social. Além disso, não seria contrária ao princípio da tipicidade societária ou à autonomia contratual, na medida em configura possibilidade de dissolução parcial da sociedade por inadimplemento

⁶⁰⁹ Cf. ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische denken (Introdução ao pensamento jurídico)*. J. Baptista Machado (trad.). 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 287.

de dever social (nos termos do artigo 116, parágrafo único da LSA e/ou do artigo 981 do CC/02) que inviabiliza o preenchimento do fim social.

3.5. CRÍTICA À HIPÓTESE JURISPRUDENCIAL DE EXCLUSÃO DE ACIONISTA

Analisado o sistema da LSA, em que estão compreendidos os deveres dos acionistas e a hipótese de dissolução total de companhia, é necessário fazer três observações importantes no que se refere à hipótese jurisprudencial de exclusão de acionista, exposta no item 3.4 desse trabalho: a primeira delas relacionada ao fundamento jurídico e as duas últimas relacionadas ao fundamento axiológico do instituto da exclusão.

Não se nega aqui o caráter personalista que uma sociedade anônima pode vir a apresentar. O que se questiona, em um primeiro momento, é a possibilidade de excluir um acionista de companhia pela simples alegação de quebra *affectio societatis*. Nesse aspecto, ainda que se trate de companhia fechada familiar, bastaria a ruptura do liame de confiança e respeito entre os acionistas para permitir-se a dissolução parcial da sociedade?⁶¹⁰ Ou seria necessário comprovar, em todo e qualquer caso, que a referida ruptura enseja o descumprimento de algum dever social por parte do acionista desidioso, de maneira a impor entraves à consecução da finalidade social de tal ordem que, a longo prazo, acabariam por inviabilizar a própria atividade empresarial?

Em respeito e observância ao fundamento jurídico-dogmático da exclusão, estudados no capítulo 2, amparamo-nos em Priscila M. P. Corrêa da Fonseca para afirmar que a justificativa para o emprego da medida de exclusão deve necessariamente ser o inadimplemento dos deveres de colaboração e/ou de lealdade por parte do acionista excluindo⁶¹¹, deveres tais inerentes a toda posição de sócio de todo contrato de sociedade.

⁶¹⁰ Para Nelson Eizirik, “não cabe invocar, como causa geral de dissolução de companhia, a quebra da *affectio societatis*, que constituiu noção absolutamente subjetiva; ademais, ainda que pudesse ser precisada, é inaplicável à sociedade de capitais por falta de previsão legal” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 161).

⁶¹¹ “Releve-se, contudo, que a quebra da *affectio societatis* não se denota suficiente para, por si só, ditar a impossibilidade de a companhia atingir o seu fim. Isso significa que o mero desentendimento ou desajuste entre os sócios não se afigura o bastante para que se possa reputar dissolvido o ente social. O dissenso há de ser de tal ordem que impeça efetivamente a sociedade de explorar a atividade empresarial” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. N° 96, março/2008, p. 6. Disponível em: <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>. Acesso em 5out2014).

Nesse contexto é que entendemos tratar-se de discussão que prescinde da discussão sobre a existência ou quebra de *affectio societatis* nas companhias.

Seria possível argumentar que a existência ou não de *affectio societatis* seria importante a fim de verificar se a companhia possui *intuitu personae* ou *intuitu pecuniae*, com vistas a determinar qual seria a extensão dos deveres dos acionistas no caso concreto. No entanto, na medida em que se restrinja a análise da questão a uma verificação objetiva de ocorrência ou não de inadimplemento por parte do acionista excluindo, a discussão sobre *qual é o intuitu* da sociedade parece, no fundo, meramente terminológica. Com efeito, nas palavras de Erasmo Valladão e Marcelo Vieira von Adamek,

“o correto e mais preciso seria dizer que, em dada sociedade, sobrelevam as características pessoais dos sócios na relação jurídica societária e os correlatos deveres de lealdade e de colaboração, os quais, se falharem, podem, em determinadas situações limítrofes e excepcionais, justificar a transposição de instrumentos elaborados para outros tipos societários^{612,613}

A par da crítica referente ao fundamento jurídico, outras duas observações podem ser feitas, evidenciando-se o fundamento axiológico do instituto da exclusão (a preservação da atividade e a tutela do relacionamento societário).

O elemento de preservação da atividade já aparece expresso pela jurisprudência e pela doutrina a respeito da exclusão de acionista. Com efeito, aponta-se, como fundamento da exclusão de acionista a necessidade de preservação da empresa – o que supostamente não ocorreria caso a dissolução parcial *lato sensu* requerida fosse indeferida pelo Judiciário.

No entanto, embora haja na própria LSA uma norma que já tem sido interpretada como fundamento para a dissolução parcial *strictu sensu* (o artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA), a hipótese jurisprudencial de exclusão de acionista busca fundamento legal no CC/02. E, para tanto, justifica-se no sentido de que as companhias fechadas teriam

⁶¹² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Viera von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 109-130, pp. 127-128.

⁶¹³ A esse respeito, vale observar que, no que tange às sociedades regidas no âmbito do CC/02, o Enunciado 67 da I Jornada de Direito Civil já determinou o seguinte: “Art. 1.085, 1.030 e 1.033, III: A quebra do *affectio societatis* não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade”. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 5out2014.

intuitu personae, o que as aproximariam das sociedades de pessoas e, em última análise, fundamentariam a aplicação subsidiária de dispositivo legal típico das sociedades de pessoas.

A primeira das duas críticas relacionadas ao fundamento axiológico é o de que esse esforço interpretativo parece desnecessário. Considerando que (i) a construção jurisprudencial da hipótese de dissolução parcial *strictu sensu* já recorreu ao artigo 206, inciso II, inciso *b*, da LSA como forma de tutelar a preservação da empresa; e (ii) para que se possa implementar a exclusão social haveria a necessidade de se comprovar que a presença de determinado sócio acabaria por impossibilitar o preenchimento do fim social, nos parece mais natural a utilização do fundamento legal do art. 206, inciso II, alínea *b*, da LSA para a aplicação da exclusão – modalidade de dissolução parcial *lato sensu* que é.

Além disso, o fato de tratar-se, a hipótese em comento, de companhia fechada e familiar, não se desnatura o tipo societário de sociedade por ações, conforme visto no item precedente. Nesse sentido, a aplicação, à hipótese, da lei especial própria desse determinado tipo societário nos parece mais adequada do que uma aplicação analógica do CC/02.

A segunda crítica decorre diretamente da anterior e é a seguinte: na medida em que se pretende aplicar o artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA à hipótese jurisprudencial de exclusão de acionista, intenciona-se afastar da discussão a verificação subjetiva do eventual *intuitu personae* ou *intuitu pecuniae* da companhia (uma vez que apenas a constatação de *intuitu personae* na companhia, no caso concreto, legitimaria a exclusão do acionista, fundamentada que é na aplicação subsidiária do CC/02). Procura-se, nesse sentido, trazer a questão a uma análise objetiva: a presença do acionista excluindo implica em risco à atividade empresarial? Sua conduta é de *gravidade* tal que de fato compromete a empresa, enquanto atividade produtiva e organizada, impossibilitando o preenchimento do fim social?

Em outras palavras, intenciona-se, aqui, transportar a visão objetiva sobre o fundamento jurídico da questão (adstrito à constatação de inadimplemento, afastando-se a ideia de “*affectio societatis*”), aplicando-se-a, igualmente, para verificar em que medida o inadimplemento invocado compromete a atividade empresarial.

Até pela natureza relativa da classificação “sociedade de pessoas”/“sociedade de capitais” – relativização decorrente, justamente, do surgimento do fenômeno das “sociedade de capitais de pessoas”, bem descrita por Caillaud⁶¹⁴ – parece ser mais salutar, em termos de segurança jurídica, manter a discussão no campo das questões objetivas (em oposição à análise subjetiva de existência ou não de *intuitu personae* em determinada sociedade). E é justamente essa tentativa de analisar a questão de maneira objetiva que explica a segunda crítica, relativa ao fundamento axiológico “tutela dos demais consócios”.

A jurisprudência entende que, pelo fato de a companhia fechada e com restrição de circulação de ações aproximar-se de uma sociedade de pessoas, a animosidade entre os acionistas acabaria por dissolver totalmente a companhia a curto/médio prazo. Na medida em se afasta o argumento de “quebra de *affectio societatis*” como fundamento válido de exclusão e se aparta a discussão do campo da eventual “identificação de *intuitu personae* na companhia”, parece natural buscar um fundamento axiológico igualmente menos subjetivo – tal como buscou-se fazer no tocante ao fundamento dogmático-jurídico. Com efeito, a verificação de se há ou não restrição à circulação das ações demonstra ser critério mais objetivo para determinar se, em dada companhia, a despeito do eventual inadimplemento do dever social por um acionista, sua exclusão é possível.

Em tais companhias, restringindo-se a circulação das ações, uma tutela excepcional (porque não prevista expressamente na lei) mostra-se justificada e necessária. Ao assim nos posicionarmos, torna-se prescindível identificar um *intuitu personae* ou o *intuitu pecuniae* nas sociedades anônimas, de sorte que, existindo ou não relacionamento familiar ou de proximidade entre os acionistas, mas havendo restrições à livre circulação das ações, parece necessário, de alguma forma, tutelar os interesses sociais dos acionistas na eventualidade de existência de um consócio inadimplente.

Com efeito, embora seja comum atrelar-se a restrição à livre circulação de ações ao eventual caráter *intuitu personae* da companhia⁶¹⁵, o que se pretende aqui é um

⁶¹⁴ Cf. CAILLAUD, Bernard. *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*. Paris: Sirey, 1966, pp. 95-97.

⁶¹⁵ “A sociedade anônima típica é pura sociedade de capitais, elemento que serve de ligação entre os acionistas, sendo proibida, por oposta ao tipo, a aquisição de participações mediante a prestação de serviços. Porém, o elemento capitalista pode ser modificado de forma a surgir uma sociedade por ações de cunho personalista, pela imposição de restrições à circulação de ações” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 80 – sem grifos no original). Veja-se também: “Admite-se doutrinariamente a presença do elemento *intuitu personae* nas sociedades de forma jurídica capitalista típica, como é o caso das anônimas. Tal situação pode ser percebida através da existência de cláusulas restritivas à

tratamento da questão pelo seu *prima* mais objetivo – nos moldes do que proposto pelos professores Erasmo Valladão e Marcelo Vieira von Adamek quanto à questão da *affectio societatis*⁶¹⁶. E isso para evitar que a discussão a respeito da admissibilidade da exclusão cinja-se ao campo da natureza jurídica da companhia (*intuitu personae* ou *pecuniae*?) e da identificação ou não⁶¹⁷ de liame afetivo entre os sócios⁶¹⁸.

Necessário registrar que a LSA previu hipóteses específicas de direito de retirada dos acionistas, de forma que, havendo ou não restrição à livre circulação das ações, ocorrendo uma das hipóteses taxativas da lei, abre-se ao acionista a possibilidade do recesso⁶¹⁹.

No entanto, o direito de retirada tem uma finalidade totalmente diferente da norma relativa à exclusão de sócio e não seria coerente dizer que o recesso, na ausência de

livre circulação das ações, elaboradas com fundamento no art. 36 da Lei 6.404/76. Efetivamente, cláusulas estatutárias dessa natureza imprimem caráter familiar ou fechado à sociedade, e onde as qualidades pessoais dos sócios podem adquirir relevância no desenvolvimento das atividades sociais. Sobre a matéria, em sede de jurisprudência, firma-se o entendimento de que é possível a dissolução [parcial] de uma sociedade familiar, com a retirada dos sócios dissidentes, para evitar a descontinuidade da empresa” (MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 866). No mesmo sentido, “[a]s limitações à circulação de ações são específicas, em regra, em função de condições pessoais dos acionistas. Não obstante ser a sociedade anônima classificada como uma sociedade de capitais, pode, na sociedade fechada, predominar o *intuitu personae*, pois, em alguns casos, a identidade e/ou as características dos acionistas podem ser essenciais ao desenvolvimento dos negócios sociais. Em algumas companhias, a restrição à circulação de ações tem por fim garantir a estabilidade da sua administração e a manutenção do controle societário” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 238).

⁶¹⁶ Em sentido similar, registre-se a posição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem a *affectio societatis* é “um nada do ponto de vista jurídico” (*In Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248).

⁶¹⁷ “Não se pode conceber que as sociedades anônimas, mesmo as fechadas, de caráter familiar, com restrição na circulação das ações, tenham como vínculo *affectio societatis*. A natureza das sociedades anônimas é estritamente capitalista (...). Para alguns juristas, o único reduto nas companhias em que se poderia afirmar a existência da *affectio societatis* seria no acordo de acionistas” (BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 147-159, p. 151).

⁶¹⁸ Cristiano Gomes de Brito concorda com o fato de que não se deve buscar identificar a existência ou não de *affectio societatis* entre sócios de uma companhia. Segundo o autor, se assim se considerasse, o raciocínio poderia levar a um desequilíbrio das relações de poder internas da companhia, já que, no extremo, o argumento da quebra da *affectio societatis*, conforme entende o autor, poderia ser utilizado pelo acionista controlador para implementar a exclusão de acionista minoritário por meio de deliberação social (Cf. BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 147-159, p. 153).

⁶¹⁹ “Já se vê que as causas do recesso (sempre, causas legais) têm em seu prol a justiça. Em outras palavras, são sempre justas causas, já que é à lei que compete atribuir o poder de acarretar o desfazimento do vínculo societário. Não há como, pois, discutir se se trata, ou não, em cada caso, de causa suficiente para o desencadeamento do processo que pode redundar no reembolso do valor das ações. Suficiente será a causa e, nesse sentido, será igualmente sempre justa, se se quiser transpor para a matéria a categoria das justas causas vigentes para a resolução ou rescisão das relações contratuais em geral” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio do majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, pp. 13-21, p. 19).

previsões legais expressas de exclusão facultativa de acionista, poderia fazer as vezes dessa. Com efeito, ambos os institutos (a retirada e a exclusão facultativa) partem de pressupostos diametralmente antagônicos: enquanto a retirada tem por pressuposto de validade e legitimidade o exercício regular do poder de maioria⁶²⁰, a exclusão facultativa fundamenta-se no descumprimento de um dever social por parte de um acionista (no caso específico desse trabalho, do próprio acionista controlador). Nas palavras de Comparato, que sintetizou a questão: “o exercício do recesso social nada tem a ver com a defesa da sociedade⁶²¹”.

É nesse sentido que Ciro Esposito definiu o recesso como instrumento de reação do acionista a um “fato da sociedade”, enquanto a exclusão facultativa configuraria instrumento de reação contra um “fato do acionista”⁶²². Em sentido similar, Osmida Innocenti, ao afirmar que a exclusão facultativa seria o “oposto simétrico” do direito de retirada⁶²³.

De forma a concluir esse capítulo, recorre-se à citação da Caillaud no sentido de que, ainda que determinado tipo societário não tenha uma previsão legal expressa de exclusão facultativa de sócio, a sociedade deve utilizar de seus meios próprios para

⁶²⁰ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio do majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, pp. 13-21, p. 15.

⁶²¹ Prossegue o autor, a respeito especificamente das sociedades limitadas, dizendo que o direito de recesso “é, teoricamente, simples meio de defesa do próprio sócio retirante. Mas esse remédio jurídico pode se revelar, na prática, um verdadeiro prêmio ao sócio prevaricador, malicioso ou desonesto. Ao invés de sofrer a justa sanção pelo descumprimento dos seus deveres sociais, vem ele ainda a obter, de modo indireto, a exclusão do sócio prejudicado, passando a explorar a empresa com muito maior liberdade de ação” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 144).

⁶²² “Il recesso, quale strumento di reazione del socio ad un “fato” della società e l’esclusione, quale strumento di reazione della società ad un “fato” del socio” (ESPOSITO, Ciro. *L’esclusione del socio nelle società di capitali*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 256). A respeito da afirmação do autor, não abordaremos aqui a questão da legitimidade para a propositura da ação de exclusão, embora concordemos que a “reação” relativa à exclusão do acionista faltoso esteja diretamente relacionada à defesa da empresa.

⁶²³ “Nel sistema delle cause di cessazione del rapporto sociale limitatamente a un socio, l’esclusione si presenta, per così dire, come l’opposto simmetrico del recesso: come in questo si celebra l’affermazione della volontà individuale, in quella rifulge la volontà della “societas” (salvo le ipotesi di esclusione di diritto), mentre in entrambe le situazioni – come già in quella determinante per la morte del socio – il rispetto dello scopo resta fermo e congeniale al nuovo sistema giuridico della società” (INNOCENTI, Osmida. *L’esclusione del socio*. Pádua: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956, pp. 56-57).

alcançar esse fim, de acordo com as suas necessidades e com a circunstância porque passa⁶²⁴.

Conclusões parciais:

- (i) **A respeito do fundamento dogmático-jurídico da hipótese jurisprudencial de exclusão facultativa de acionista.** Nos termos do capítulo 2, a quebra de *affectio societatis* não pode ser considerada fundamento válido para a exclusão de acionista, devendo-se, em qualquer hipótese, haver a comprovação do inadimplemento de um dever inerente ao *status socii* por parte do acionista excluindo⁶²⁵.
- (ii) **A respeito do fundamento axiológico “preservação da empresa” da hipótese jurisprudencial de exclusão facultativa de acionista.** Ao lado da conclusão acima, que procura distanciar a aplicação da exclusão de sócio nas companhias de uma aplicação “subsidiária” às sociedades de pessoas, o estudo do fundamento axiológico da exclusão de sócio, bem como lógica do sistema da LSA e do princípio da tipicidade societária, é importante para concluirmos pela desnecessidade de fundamentar a exclusão de acionista em dispositivos do CC/02. Isso porque é possível fundamentar legalmente a hipótese em dispositivos próprios da LSA, tanto quanto ao mérito quanto processualmente.

Na medida em que (i) havendo ou não a restrição à livre circulação de ações, o tipo societário “sociedade anônima” não se desnatura; e, (ii) a própria LSA prevê norma processual expressa com finalidade de preservação da empresa, entendemos que esse parece ser fundamento legal mais apropriado à exclusão

⁶²⁴ “Si les sociétés ne disposent pas d’une exclusion conventionnelle consacrée par la loi, les changements de membres, en personne et en nombre, n’ont pas pour seule origine la cession volontaire de leur participation sociale. Chaque société peut, en effet, adopter deux démarches pour se libérer de la présence en son sein d’un ou plusieurs individus devenus indésirables. L’une, toute traditionnelle, se résout en la simple application du régime propre à la société envisagée. La recherche de bénéfices, le développement de l’entreprise qui en est la condition, exigent la meilleure utilisation des compétences et des capitaux. En fonction de son caractère, la société fait jouer dans ce but les moyens d’organisation et de gestion qui lui sont propres. Certains de ces procédés conduisent, volontairement ou non, à l’exclusion d’un ou de plusieurs membres de la société. Leur mise en oeuvre incombe entièrement à la société, en fonction de ses besoins ou des exigences de la conjoncture” (CAILLAUD, Bernard. *L’exclusion d’un associé dans les sociétés*. Paris: Sirey, 1966, p. 94).

⁶²⁵ Vale registrar que o inadimplemento de dever social pode gerar a quebra da eventual *affectio societatis* então existente.

de acionista por inadimplemento de dever social do que o artigo 1.030, *caput* do CC/02.

- (iii) **A respeito do fundamento axiológico “tutela dos consócios” da hipótese jurisprudencial da exclusão facultativa de acionista.** Embora se admita que as sociedades anônimas fechadas e familiares possam apresentar uma natureza *intuitu personae*, não se atribui a essa característica a possibilidade de aplicação do instituto da exclusão de acionista – instrumento típico das sociedades de pessoas – reservando-se à verificação objetiva da existência ou não de limitação à livre circulação das ações da companhia o critério para a determinação da possibilidade de aplicação da exclusão de acionista no caso concreto.

Não parece haver na LSA, na circunstância de restrição à livre circulação de ações, uma tutela ao acionista cujo sócio inadimpliu dever social essencial ao *status socii*. Essa constatação fica evidente ao verificarmos que, pela própria estrutura da LSA, que prevê a livre circulação de ações como regra, uma tutela nesses termos parece não haver mesmo lugar. Parece-nos, nesse sentido, que a hipótese jurisprudencial de exclusão de acionista, a fim de buscar objetividade na aplicação no instituto, poderia utilizar-se do critério de existência de restrição à livre circulação de ações para conceder, no caso concreto, a referida tutela excepcional de exclusão do acionista inadimplente.

4. A EXCLUSÃO DO ACIONISTA CONTROLADOR EM S.A.

4.1. A ADMISSIBILIDADE DA HIPÓTESE

O acionista controlador, conforme definido pelo artigo 116 da LSA, é a pessoa natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum, que (i) é titular de direitos de sócio que lhe assegura, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Trata-se, portanto, de um “cargo de fato acrescido à estrutura legal da companhia”⁶²⁶, identificado como “a fonte última do poder empresarial”⁶²⁷.

Nesse contexto, a ideia de admitir a exclusão do acionista controlador, à primeira vista, pode parecer teratológica, principalmente em razão da lógica da LSA, calcada na figura do poder de controle definido, estável e permanente como motor da grande empresa nacional.

Não se nega a excepcionalidade da medida. Tampouco se pode deixar de reconhecer a possibilidade de haver comportamento inadimplente do acionista controlador no que diz respeito aos seus deveres de cooperação para com os demais consócios que comprometa o exercício da empresa. Ter a maioria não significa ter razão⁶²⁸. E limitar a admissibilidade de exclusão apenas a acionistas minoritários seria subjugar o valor eleito pela LSA como digno de proteção: a preservação da empresa – ao que parece concordar a doutrina, que assente com a ideia de a minoria poder excluir a maioria inadimplente⁶²⁹.

⁶²⁶ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 801.

⁶²⁷ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 294.

⁶²⁸ “[S]er maioria não significa ter sempre razão; tanto quanto a minoria, a maioria pode incorrer em falta grave e, conforme o caso, ser excluída da sociedade, a bem da preservação da atividade social” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.), 2011, pp. 185-215, p. 213). Em sentido similar, Romano Cristiano, para quem “ser majoritário não significa necessariamente ter razão, posto que, em qualquer situação da vida, as maiorias podem tomar atitudes tirânicas com relação às minorias” (ROMANO, Cristiano. *Sociedades Limitadas de Acordo com o Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 372).

⁶²⁹ Conforme sintetiza Priscila M. P. Correa da Fonseca, a respeito especificamente de sociedades anônimas,

Nesse contexto, propomos o estudo da admissibilidade da exclusão de controlador de maneira apartada da análise de sua conveniência, objeto de estudo do próximo item, a fim evitar que argumentos relacionados à descapitalização da companhia interrompam precocemente a análise jurídica em si de admissibilidade da medida de exclusão aos controladores, cuja conduta, de fato ou potencialmente, passa a comprometer o preenchimento do fim social.

Conforme afirmado por Zanini, com base em Jean Marie Van Hille, “a ação de dissolução judicial da sociedade anônima fundada na impossibilidade de preenchimento de seu fim representa o mais contundente instrumento de defesa de que dispõe os sócios minoritários⁶³⁰”. De tal maneira que a prática de atos lesivos à sociedade pelo seu controlador, ao juízo do autor, justificaria a medida de dissolução judicial da sociedade a fim de estancar a deterioração do patrimônio social⁶³¹. No entanto, o próprio autor ressalta que a mencionada forma de defesa acaba por representar “um duro golpe ao princípio da preservação da empresa⁶³²”; o que, de alguma maneira, a nosso ver, relativiza a eficácia da dissolução judicial da companhia como medida ótima.

De acordo com o capítulo precedente, a exclusão do acionista controlador seria também baseada no artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA, na medida em que apenas poderá ser empregada quando comprovado o grave inadimplemento do controlador e a

“em face do objetivo primordial da exclusão - a preservação da empresa -, pouco importa que o sócio faltante com as obrigações sociais seja o minoritário ou o majoritário. O fundamento da exclusão é a salvaguarda da empresa e não do sócio majoritário e de seus respectivos interesses, os quais, em absoluto, se confundem com aqueles da sociedade, podendo até com estes últimos contrastar. (...). Fica claro assim que todo o sócio prevaricador cuja conduta interfere na atividade social – seja ele majoritário ou não -, sujeita-se à exclusão” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo*. Nº 96, março/2008, p. 4. Disponível em: <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>. Acesso em 5out2014– sem grifos no original). Para mais, vide notas 28 e 29.

⁶³⁰ ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121.

⁶³¹ “O cabimento da dissolução por tal motivo [a prática de atos lesivos à sociedade pelo controlador] se justifica na medida em que essa é vista como medida capaz de estancar a deterioração do patrimônio da sociedade. Nesse caso, apesar de todos os inconvenientes próprios de uma solução extrema, como o da dissolução, tem-se que a mesma seria preferível a um exaurimento progressivo do acervo societário” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 225).

⁶³² “De fato, a mesma sentença que propicia aos sócios minoritários uma alternativa de saída da sociedade, viabilizando a efetivação de seu desinvestimento, acaba por impor um duro golpe ao princípio da preservação da empresa. E, nesse entrelhecho entre direitos e princípios, nem sempre se afigura fácil a escolha daquele que deve prevalecer. A dissolução, se negada, subtrai do sócio minoritário qualquer expectativa quanto à possibilidade de se desfazer de sua participação acionária. Se acatada, resolve um problema (o do minoritário), criando outro (o da empresa, seus funcionários e comunidade em que a mesma atua)” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 263).

consequente implicação negativa de sua conduta à atividade, ainda que potencialmente, de maneira a comprometer o preenchimento do fim social.

Embora igualmente se constitua instrumento de defesa da minoria, a exclusão assim se configura buscando também conjugar, em seu bojo, o princípio da preservação da empresa, ao contrário do que ocorre com a dissolução judicial. Afinal, conforme ressaltado por Carvalhosa, “o ato ilícito do controlador, configurado como abuso de poder, não pode prevalecer sobre o interesse público na manutenção da atividade empresarial da companhia⁶³³”. O mesmo se dá com relação ao inadimplemento do acionista controlador e, nesse caso, sua exclusão parece maneira de atingir o mencionado objetivo de manutenção da atividade empresarial.

Nessa medida, a exclusão do acionista controlador representa, a um só tempo, remédio contra o inadimplemento da maioria e maneira de preservar a exploração da atividade empresarial, motivo porque merece ser estudada como uma possibilidade real de solução de conflitos entre maioria e minoria que coloquem em xeque a empresa e sua finalidade.

4.1.1. OS DEVERES INERENTES AO *STATUS SOCI* DO ACIONISTA CONTROLADOR

No que se refere especificamente ao poder de controle, a LSA inovou a legislação das companhias e conceituou, pela primeira vez, a função do acionista controlador, definindo deveres e responsabilidades “mais amplos do que os dos acionistas não controladores e dos administradores⁶³⁴”. Conforme brevemente descrito na introdução desse capítulo, os autores da lei assim fizeram a fim de constituir, a partir da construção de um centro de imputação de deveres e responsabilidades, “o mais importante instrumento de proteção dos acionistas minoritários e dos investidores do mercado de valores mobiliários, contribuindo para o desenvolvimento desse mercado e a expansão das empresas

⁶³³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 206 a 242*. V. 4. Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

⁶³⁴ Cf. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 788.

privadas”⁶³⁵; de maneira a equilibrar, com tais deveres e responsabilidades, o poder de comando atribuído por lei.

Conforme sintetizado por Bulgarelli, a despeito da igualdade formal entre os acionistas, a detenção do poder de controle por um acionista, decorrente do exercício efetivo do poder de comando da sociedade de maneira permanente, cria um *plus* em relação aos demais⁶³⁶. O *plus* a que se refere Bulgarelli, parece-nos, relaciona-se não apenas ao próprio poder de comando efetivo da sociedade, mas também, em grande medida, aos deveres de colaboração e lealdade atribuídos ao controlador, mais exacerbados do que aqueles imputados aos demais acionistas, dado o poder de comandar o destino empresa e gerenciar seu patrimônio⁶³⁷.

De fato, o acionista controlador tem o poder-função de conduzir a empresa e garantir o desempenho da função social da companhia⁶³⁸, ao que faz de maneira plena nas deliberações em assembleia, em que exerce a maioria⁶³⁹, e por meio de atos de

⁶³⁵ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 801.

⁶³⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S.As.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 41.

⁶³⁷ “Cuida-se de dever particular do controlador porque a lei brasileira reservou uma disciplina especial para aquele que detém o poder de determinar o destino da companhia. Esta, consentaneamente ao princípio de que ao maior poder corresponde maior responsabilidade, distinguiu a figura do acionista maior, atribuindo-lhe deveres específicos” (FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito Empresarial II: sociedade anônima, mercado de valores mobiliários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 214). No mesmo sentido Einselberg, para quem o dever de cooperação é atribuído àquele a quem é atribuído poder sobre o interesse de outras pessoas: “Fiduciary duty typically attaches to a person whose status or role creates significant power for that person over the interests of another person” (EINSELBERG, Melvin A. *Corporations and other business organizations – Status, rules, materials and forms*. Foundation Press, 2013, p. 289). Por fim, vale citar também Rachel Sztajn, que explica que a exacerbação dos deveres de boa-fé do acionista controlador não decorrem de um *status socii* diferente com relação aos demais acionistas, mas simplesmente decorrente da função de controle a ele atribuída: “[n]ão se pode concluir que cada sociedade confere um diferente *status socii* a seus membros, pois há regras que definem de modo claro, ainda que geral, os deveres, direitos e obrigações dos sócios. Há, isto sim, sócios que ocupam funções que carregam outros direitos, deveres e obrigações. Mas estes resultam da função e não da qualidade de sócio apenas” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 55).

⁶³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 50, 1983, pp. 57-74, p. 63.

⁶³⁹ “O princípio majoritário que vigora para as decisões da companhia permite que o acionista controlador adapte transação sem precisar do consentimento dos demais sócios, deliberando suas resoluções em Assembléia-Geral, reformando o estatuto social, quando necessário, e substituindo a maioria dos administradores sempre que entender conveniente” (PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *A estabilidade da firma: o alinhamento esperado do poder de controle na sociedade por ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 90-113, p. 95). Vale ressaltar, no entanto, a impossibilidade de suprimir ou alterar os direitos essenciais atribuídos por lei, que serão mencionados mais à frente.

administração⁶⁴⁰; daí a expressão de Claude Champaud de que a administração da sociedade anônima repousa sobre uma ficção democrática⁶⁴¹.

Com efeito, o *diálogo* entre maioria e minoria não passa de uma irre realidade. Nas palavras de Osmar Brina, “a democracia da sociedade anônima continua sendo “a grande ilusão dos acionistas”, referida por Ripert⁶⁴²”. Não há margem de negociação: o controlador, via de regra, agirá conforme suas próprias convicções e exercerá seu poder de comando sem a ingerência das minorias.

Até por essa razão, José Alexandre Tavares Guerreiro chegou a afirmar que o foco último do poder na sociedade anônima, em uma análise sociológica, seria o acionista controlador. A seu juízo, a sociedade anônima poderia representar “não uma instituição, mas um instrumento de realização do interesse do acionista controlador⁶⁴³”, dada a

⁶⁴⁰ “O poder de controle, embora tenha por fundamento a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral, é exercido de modo permanente, independentemente da realização de assembleia e não somente através de voto. É também exercido mediante atos de administração (se o controlador é administrador da companhia) e ordens, ainda que indiretas aos administradores e fiscais (ainda que o controlador não exerça cargo de administrador eleito)” (LAMY REGO, Marcelo. Direito das companhias, pp. 427-428). No mesmo sentido, Lamy: “A formação do bloco de controle modifica de fato – e de modo importante – a estrutura de poder na companhia: o poder político, que cabia aos acionistas durante as reuniões da Assembleia Geral, passa a ser exercido – de modo permanente – pelo acionista controlador; e os administradores ficam subordinados a esse acionista, que exerce – de fato – a função de dirigente supremo, ainda que não ocupe cargo dos órgãos da administração, e pode tomar decisões sobre os negócios da companhia independentemente da reunião da Assembleia Geral porque tem a segurança de que serão formalmente ratificadas pelo órgão social” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 74 – sem grifos no original).

⁶⁴¹ “Acquérir le contrôle d’une société par actions, c’est obtenir l’omnipotence de direction de la vie sociale, c’est-à-dire le pouvoir de diriger à son gré l’administration du patrimoine social. Or, l’administration de la société anonyme repose sur une fiction démocratique. La conduite des affaires sociales appartient, en principe, à tous les associés et à chacun d’eux. En l’absence de l’unanimité irréalisable, c’est la majorité qui décide, mais la décision est prise au nom de la collectivité des actionnaires qu’elle engage toute entière. (...) Le gouvernement de la société anonyme appartient donc, légalement, à celui qui détient la majorité des actions votantes au moment du scrutin» (CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris : Librairie Sirey, 1962, pp. 107-108). É nesse sentido que Eduardo Goulart Pimenta já asseverou que : “[é] certo que no contexto legal e fático da sociedade anônima brasileira a participação do sócio não-controlador no funcionamento e gestão do empreendimento social é, na grande maioria dos casos, mínima ou mesmo nula” (GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 136). Em sentido similar: “A atual lei das sociedades anônimas supera a ilusão de uma assembleia-geral democrática e, em consequência, destaca a figura do acionista controlador, reconhecendo os enormes poderes de que se encontra investido” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barro, 1986, p. 259).

⁶⁴² CORRÊA LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 9.

⁶⁴³ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56, p. 53.

“estrutura burocrática da administração social”, que permitiria a observância da “força informal” do acionista controlador também fora da assembleia geral⁶⁴⁴.

Em tal modelo de controle societário, em que o acionista controlador gere tão plenamente o patrimônio da companhia (composto pelo patrimônio de terceiros) como se dele fosse⁶⁴⁵, os interesses do controlador podem sobrepujar o interesse dos acionistas minoritários⁶⁴⁶⁻⁶⁴⁷ – confluentes com o interesse social –, motivo porque o controlador fica adstrito a deveres de boa-fé mas incisivos do que aqueles atribuídos aos demais sócios. É exatamente nesse sentido que se manifesta Carvalhosa e Calixto Salomão, conforme transcrito a seguir:

“O dever fiduciário do controlador decorre da sua situação jurídica de poder dispor de bens alheios – os da companhia – como um proprietário. Tal posição jurídica decorre do seu poder de governar a sociedade autonomamente, sem o concurso, portanto, dos minoritários para a

⁶⁴⁴ “[N]o que tange ao poder do acionista controlador, tem ele foro próprio, que vem a ser a assembléia geral, em que seu voto prepondera, mas é inegável que o exercício daquele poder se verifica também fora da assembléia geral, mediante a utilização de uma força informal, insuficientemente normatizada, que se traduz na formula legislatada de “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56, p. 52 – sem grifos no original).

⁶⁴⁵ “O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua actividade econômica” (COMPARATO, Fabio Konder In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104). E mais a frente o autor complementa: “Os bens sociais pertencem à sociedade, mas quem detém sobre eles o poder de disposição é o empresário, ou seja, o titular do controle” (Op. cit., p. 110).

⁶⁴⁶ “As a general proposition, a corporation operates under the principle of majority rule: the holders of a majority of the shares with voting power control the Corporation. Persons holding a majority of the voting shares have the power to elect all the directors or in cases of cumulative voting, at least a majority of the board. In turn, the board of directors usually acts by majority vote; and, as a rule, directors are responsive to the wishes of shareholders who elected them. Indeed, in most closely held corporations, majority shareholders elect themselves and their relatives to all or most of the positions on the board. Under this pattern of corporate control, majority interests can deprive minority interests of any effective voice in the operation of the business. Further, the danger is always present that majority shareholders will use their power to further their own interests to the detriment of minority shareholders” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 1, p. 3 – sem grifos no original).

⁶⁴⁷ Em interessante julgado comentado por Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, foi exatamente isso o que se passou: o acionista controlador, também administrador da companhia, fez aprovar em assembleia valores extorsivos de honorários em seu próprio favor, o que motivou a propositura de uma ação de indenização pelos acionistas minoritários “objetivando à indenização da diferença entre honorários, participações e verbas de representação efetivamente recebidas, pelo administrador e controlador das companhias e a importância que deveria ter recebido, considerando-se o valor de mercado” (FONSECA. Priscila M. P. Corrêa da. *Sociedade Anônima – comentário de jurisprudência*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 68-78). A par da evidente questão de conflito de interesses, o caso concreto evidencia a realidade de que ao acionista controlador torna-se possível, ainda que ilícito, sobrepor seus interesses próprios ao interesse social e ao interesse comum.

formação, a declaração e a consecução (implementação) da vontade social. Daí o caráter permanente do exercício do poder de controle⁶⁴⁸”.

“Se gestores e não gestores têm posições jurídicas distintas é preciso impor obrigações especiais ao controlador e administrador (gestores) – os chamados deveres fiduciários –, exatamente por administrarem patrimônio alheio. Esses deveres não podem ou devem ser impostos aos demais sócios exatamente por não gerirem patrimônio alheio. Aqui não se está falando de regra de conflito, mas de dever fiduciário^{649,650}”.

Tanto é assim que, conforme verificado no item anterior, os deveres colaboração e lealdade inerentes ordinariamente ao *status socii* não constam expressamente da LSA, ao passo que, no que se refere ao relacionamento do acionista controlador com os demais acionistas, há identificação legal precisa a esse respeito, nos termos do parágrafo único do artigo 116, parágrafo único da LSA⁶⁵¹⁻⁶⁵². Os referidos deveres aí positivados extrapolam a esfera de relacionamento acionista/companhia e permeiam de maneira destacada o próprio relacionamento societário, vale dizer, imputam ao controlador o dever de colaboração e lealdade para com os demais acionistas robustamente, e não apenas para com a companhia. É nesse sentido que O’Neal reconhece que o acionista controlador mantém uma relação de cooperação (lealdade e colaboração) não apenas em relação à companhia, mas também com relação direta aos minoritários, que

⁶⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 625.

⁶⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127.

⁶⁵⁰ Em sentido similar, Mauro Rodrigues Penteado, para quem “[a] função delineada para o acionista controlador decorre do poder que lhe é reconhecido em lei, que se traduz na possibilidade de dispor de bens alheios, pode esse que tem como contrapartida o dever de lealmente respeitar e atender aos interesses comuns a todos os acionistas, bem como os comunitários e nacionais, tal como referido no dispositivo transcrito, ainda que eventualmente diversos daqueles de que seja titular” (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 267).

⁶⁵¹ Confira-se: “Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (sem grifos no original, que indicam, respectivamente, o dever de colaboração o dever de lealdade do acionista controlador).

⁶⁵² Com relação a todos os acionistas, menciona-se que o artigo 115, *caput*, da LSA determina expressamente que devem exercer o direito a voto no interesse da companhia e que é abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Evidente aí os deveres de boa-fé a que ficam imbuídos todos os acionistas para com a companhia. No entanto, diferentemente do que ocorre no tocante ao acionista controlador, não há expressa positivação na LSA do dever de cooperação entre os acionistas. Relembre-se que a vedação de causar danos (esfera patrimonial) aos demais acionistas não está comportada, per se, no relacionamento societário (que pressupõe uma relação de fidelidade e confiança entre acionista/acionista com foco no escopo comum).

o compele a exercer seu poder de controle com boa-fé para com os demais contratantes⁶⁵³ -

⁶⁵⁴

Isso equivale a dizer que, para que o exercício do poder de controle seja legítimo, o acionista controlador deve desempenhá-lo de maneira fiel ao interesse da companhia⁶⁵⁵, em benefício de todos os acionistas⁶⁵⁶ e dos interesses institucionais que envolvem a empresa⁶⁵⁷. Nesse sentido, o acionista controlador de uma sociedade anônima

⁶⁵³ “There is also a wide-spread recognition that controlling shareholders stand in a fiduciary relationship to the corporation and to the minority shareholders. Whether imposed because of the controlling shareholders’ direct influence acting in their capacity as shareholders or because of indirect influence through directors or officers whom they control, courts require controlling shareholders to exercise their powers in good faith and in a way that does not oppress the minority” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, pp. 16-17).

⁶⁵⁴ No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, confira-se: “[t]endo-se por verdadeira a posição do Prof. Ascarelli, de que a companhia é instituída por um contrato plurilateral, o controlador tem para com seus coparticipantes na empresa o dever de fazer prosseguir o negócio da maneira mais favorável e menos onerosa para todos. Na linguagem da lei (art. 116, parágrafo único), ele tem o dever de “fazer a companhia realizar o seu objeto”. Desta perspectiva há para ele um dever primeiro para com seus pares. É a lealdade. As minorias, ou maiorias desorganizadas, não podem ser tratadas como prestadoras de capital apenas, mas como prestadoras de capital dentro do que a lei e, principalmente, os estatutos dispuserem. Se a alteração estatutária pode ser comandada pelo controlador, nem por isso pode chegar à arbitrariedade. (...) A ideia do contrato pode aparecer ainda sob a forma de obrigação entre acionistas e sociedade. Reconhecendo-se a personalidade da sociedade e sua autonomia nas relações jurídicas, reconhece-se uma relação obrigacional entre acionista e companhia” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O acionista controlador na Lei de Sociedades por Ações*. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 16. Número 61, janeiro-março/1979, pp. 265-274, pp. 267-268. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181102/000364352.pdf?sequence=3>. Acesso em 15jan2014 – sem grifos no original).

⁶⁵⁵ “As pessoas submetidas ao poder diretivo do controlador colaboram na realização desses fins da empresa. Os bens empresariais não podem servir à satisfação dos interesses particulares do controlador, em detrimento da empresa, sob pena de desvio de poder, cujos contornos configuram, no limite, um ilícito criminal (CP, art. 177, parágrafo 1º, III). O exercício legítimo do poder de controle se mede, em tais condições, pela fidelidade aos fins ou interesses determinados pela ordem jurídica” (COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 50, abril-junho/1983, pp. 57-74, p. 69 – sem grifos no original). No mesmo sentido, “[a] maioria somente se legitima quando orientada para a função de ordenação da pessoa jurídica e quando seu exercício se dê, sempre e inevitavelmente, no sentido do interesse social” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio do majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 13-21, p. 14). Este é, inclusive, a ideia do artigo 116 da LSA, conforme a exposição de motivos: “[o] princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa - o que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua.” (Exposição de motivos da LSA).

⁶⁵⁶ “a admissão da existência de interesses sociais distintos, e que exigem, por isso mesmo, uma disciplina diferenciada de direitos e deveres. Se o poder não pode ser confiado, indistintamente, a todos os membros do corpo social, ele deve, em qualquer hipótese, ser exercido em benefício de todos, e não apenas de alguns; muito menos em proveito exclusivo dos detentores do poder” (COMPARATO, Fábio Konder. In COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO; Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55 –sem grifos no original).

⁶⁵⁷ “O acionista controlador, na lei brasileira (art. 116), passa a incorporar a prevalência do interesse superior da empresa sobre o interesse propriamente societário. Representa o controlador, destarte, o predomínio do interesse público sobre o interesse propriamente societário. Esse o papel fundamental do acionista

deve restringir seu poder majoritário de maneira a estrangular seus interesses egoísticos⁶⁵⁸, prover os cargos administrativos da companhia com pessoas aptas profissionalmente e honestas e agir de maneira interessada no melhor resultado da companhia⁶⁵⁹.

A maioria não é, pois, soberana no que se refere ao interesse social; fica submetida à exigência de agir nos limites da boa-fé⁶⁶⁰.

Nas sociedades anônimas fechadas, conforme destaca O’Neal, o já acentuado dever de boa-fé inerente ao poder-função de controlar a companhia torna-se ainda mais robusto, a fim de proteger as legítimas expectativas (“*reasonable expectations*”) dos minoritários⁶⁶¹. Sumariza o autor: “[i]f the shareholders place a high degree of reliance on those in control or otherwise are highly dependent on such insiders, the fiduciary duties of controlling persons may be accentuated accordingly^{662,663}.

controlador: fazer com que a empresa, de que a companhia é mera forma jurídica, cumpra os fins constitucionais que lhe cabem na comunidade nacional, como instrumento de política do Estado (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287).

⁶⁵⁸ “O vínculo de lealdade do sócio majoritário, ou da maioria de sócios, para com os demais membros, (...), deve conduzir à restrição de seus poderes majoritários, ou seja, de seus direitos egoísticos de sócios” (WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas*. ADAMEK, Otto Carlos Vieira Ritter von (trad.). In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 143-168, p. 157).

⁶⁵⁹ “tem o dever de prover os cargos administrativos da companhia com pessoas capazes e honestas; não pode desinteressar-se dos negócios sociais, omitindo-se nas decisões importantes, em prejuízo dos demais acionistas, dos empregados e dos credores sociais” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 145).

⁶⁶⁰ “En effet, la majorité n’est souveraine dans son appréciation de l’intérêt collectif que lorsqu’elle agit de bonne foi, et il n’est nullement contraire aux principes de sanctionner au nom de l’intérêt collectif l’exercice malveillant du pouvoir majoritaire” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 140).

⁶⁶¹ “Most modern courts recognize that fiduciary duty limits uses of majority power even in the absence of such provisions and that the particular setting of a close corporation gives specific shape to fiduciary duty to protect reasonable expectations of minority shareholders” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 9 – sem grifos no original).

⁶⁶² O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 28.

⁶⁶³ Concordando com o fato de que, em companhias fechadas, o dever de lealdade se acentua, notadamente com relação ao acionista controlador, Jorge Miguel Rodríguez: “el deber de fidelidad del socio existe, incluso con independencia del tipo societario, y de la estructura real de la sociedad. En sociedades cerradas ese deber se predica con mayor intensidad en aquellos socios que tienen mayor participación o poder, pero no creo que deba excluirse su exigencia a los socios minoritarios, que pueden ejercitar presión suficiente para alterar el buen funcionamiento de la sociedad” (RODRÍGUEZ. Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470, pp. 454-455 – sem grifos no original).

Bean ainda nos explica que a figura do acionista controlador notadamente de companhia fechada inspira a *confiança* dos acionistas minoritários, que aceitam serem dirigidos por ele, com a *expectativa* de que o relacionamento societário e os termos contratados (“*background*”) não serão alterados e que o poder de controle será exercido com competência técnica, de maneira colaborativa e leal⁶⁶⁴ para o atingimento do fim social.

A esse respeito, é interessante a posição de Carlos Klein Zanini, para quem a exacerbação dos deveres de colaboração e lealdade do acionista controlador de companhia fechada seria medida de justiça, dado que os sócios minoritários teriam, no contexto de iliquidez das ações, “não apenas um investimento considerável, mas a quase totalidade de seu patrimônio” investido na sociedade⁶⁶⁵. De fato, os acionistas minoritários podem deixar de obter, ilegitimamente, o retorno do investimento feito caso o acionista controlador aja de maneira desprovida de boa-fé e se aproveite de sua posição para apropriar-se indevidamente dos recursos da companhia⁶⁶⁶; o que naturalmente, conforme destaca Champaud, não pode ocorrer: o patrimônio social é de domínio coletivo⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ “commercial relationships are created for the achievement of ends usually associated with maximizing income and capital gains. Creating the means to those ends involves the grant of powers to others. For power to be effective there must be trust in the power holder’s effective use of it. This involves the willing grant and acceptance of power, in the expectation that the background will not change, that the power will be used with technical competence, and any fiduciary responsibilities fulfilled. Trust in this sense is about the inability constantly to monitor the power holder’s act. The power holder cannot be totally controlled so it must be trusted” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 34 – sem grifos no original).

⁶⁶⁵ “Na sociedade anônima fechada, aqui caracterizada não apenas como aquela onde inexiste um mercado onde se encontram admitidas à negociação suas ações, mas, isto sim, onde a circulação dos títulos afigura-se impossível, os sócios – principalmente os minoritários – têm na sua participação na companhia, muitas vezes, não apenas um investimento considerável, mas a quase totalidade de seu patrimônio. Nada mais justo, portanto, nestes casos, que impor aos administradores e controladores de maneira ainda mais rígida, o atendimento aos deveres enunciados nos *fiduciary duties*” (ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos fiduciary duties no Direito Norte-Americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico**. V. 109, janeiro-março/1998, pp.137-149, p. 145).

⁶⁶⁶ “The minority participant who has fallen out with the majority faces the prospect of the majority having indefinite use of any capital he or she has contributed to the enterprise with no immediate return. Further, the minority may get no return in the long-term if the majority is able to siphon off corporate assets in the form of salaries or rents and the courts use the business judgment rule to refrain from interfering with those decisions” (O’NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 9).

⁶⁶⁷ “Le patrimoine dominé est collectif. La domination par contrôle n’est pas la propriété. Il en résulte que l’exercice du contrôle ne doit pas aboutir au détournement des biens sociaux dans le patrimoine personnel des actionnaires de contrôle » (CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris : Librairie Sirey, 1962, p. 145).

O fato de a companhia ser fechada, o que restringe a liquidez de suas ações, evidencia a importância dos sócios como elementos causais do negócio e das obrigações sociais acessórias (para além do aporte de capital), além de aumentar sobremaneira a legítima expectativa de manutenção do quadro de sócios – o que demonstra, por conseguinte, a relevância do relacionamento societário. Nesse cenário tão hermético, a figura do acionista controlador de fato ganha destaque e relevância para o êxito do empreendimento, responsável por gerir o patrimônio alheio a ele confiado pelos acionistas minoritários⁶⁶⁸. Daí, nos parece, a ideia de *justiça* referida por Zanini, como medida de equilíbrio objetivo de forças sociais⁶⁶⁹. Confira-se, também nesse sentido, a conclusão de Robert Art:

“When a shareholder controls the corporation, or the corporation is closely held, shareholders are subjected to fiduciary duties limiting their discretion to act in their capacity as shareholders (as distinct from any additional position they may hold as directors and officers, which are subject to their own fiduciary duties). When the two factors overlap, i.e., a shareholder owns the controlling interest in a close corporation, the fiduciary duty is especially clear⁶⁷⁰”.

Com base na própria letra do parágrafo único do artigo 116 da LSA é possível verificar que ao acionista controlador da sociedade anônima é atribuída duas ordens distintas de deveres sociais: (i) o dever de colaboração e lealdade para com a companhia, de maneira a exigir-lhe atuação no exclusivo interesse social; e (ii) o dever de colaboração e lealdade para com os demais acionistas, de maneira a respeitar os termos contratados entre eles e que compõem os respectivos *status socii* (sejam aqueles contratados expressamente, no estatuto e eventuais pactos parassociais, sejam aqueles contratados implicitamente, por força dos direitos essenciais de sócio a que a conduta do acionista controlador fica adstrita a respeitar⁶⁷¹) e, com isso, honrar a confiança e a legítima expectativa gerada pela contratação da sociedade.

⁶⁶⁸ A esse respeito, COMPARATO, Fabio Konder. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 104.

⁶⁶⁹ Cf. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 311. A respeito da ideia de justiça como objetivo da interpretação da lei, vide as Considerações Iniciais desse trabalho.

⁶⁷⁰ ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The Journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 379.

⁶⁷¹ “Dessa forma, a base da organização da sociedade anônima é a do governo dos controladores e da sua possibilidade de modificar o estatuto, com exceção daqueles direitos fundamentais dos acionistas assegurados por lei. Este se alicerçam nos princípios da boa-fé e da manutenção das bases fundamentais da companhia. Esteiam-se mais na proteção dos acionistas contra a atuação arbitrária do grupo controlador, caracterizada pelo desvio e abuso do poder (art. 117). Em consequência, os direitos individuais dos acionistas, estabelecidos neste art. 109, não estão sujeitos a modificações pela lei interna da companhia e

Nesse contexto, e nos termos do quanto estudado no capítulo anterior, a conduta do acionista controlador pode ser analisada por duas perspectivas diferentes, que não são excludentes e tampouco coincidem exatamente: a perspectiva do interesse social e a perspectiva do relacionamento societário⁶⁷². Essa é a orientação expressa de Wiedemann, no tocante ao dever de lealdade, especificamente:

“Assim como para os órgãos sociais e para os seus membros, é preciso também, para os deveres de lealdade dos sócios, distinguir em qual relação jurídica eles devem ser prestados por parte dos sócios individualmente. Para tanto se colocam as relações jurídicas diretamente para com a sociedade como também para com os demais sócios, uma vez que a existência dessas relações é hoje incontroversa^{673,674}.”

É a partir dessa primeira conclusão importante que o estudo sobre a possibilidade de exclusão do acionista controlador se sustenta.

A segunda conclusão importante é a de que a análise sociológica da companhia, tal como ensinada por José Alexandre Tavares Guerreiro, permite concluir que a companhia, dado o “aparato estatutário, apoiado no modelo legal, corresponde a um

muito menos submetidos ao arbítrio do controlador ou dos órgãos da sociedade. Trata-se, portanto, de limite imposto aos poderes permanentes e autárquicos dos controladores” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 418). No mesmo sentido, Guerreiro: “E, naturalmente, as matérias discriminadas no art. 109, relativas aos assim chamados direitos essenciais dos acionistas, também configuram barreiras à suposta onipotência dos acionistas majoritários, na medida em que apontam para deliberações em que será inválida sua potência ilimitada, que não produzirá efeitos se derrogar por qualquer forma aqueles direitos. Em todas essas instâncias a infringência das restrições impostas pela lei aos poderes da maioria será contrária a normas inderrogáveis – e, portanto, inválida” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 13-21, p. 15). Para mais, ver também BOITEAUX, Fernando Netto. *Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controlada*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 47. A respeito dos direitos essenciais, para além dos incisos do artigo 109, tem-se os artigos 36; 123; 125; 130; 157; 159; 171; 206; e, 254-A (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 422).

⁶⁷² No sentido da existência da dimensão atinente ao relacionamento societário: “A Lei 6.404/76, ao consagrar a responsabilidade do acionista controlador perante os demais membros (artigos 116 e 117), admite a existência de vínculo entre eles, que avança para além da ideia de mera prestação de capital” (GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 134).

⁶⁷³ WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas*. ADAMEK, Otto Carlos Vieira Ritter von (trad.). In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 143-168, p. 152-153.

⁶⁷⁴ No mesmo sentido, Robert Art, ao declarar que “The more traditional “fiduciary duty” analysis posits that shareholders with sufficient ownership of shares to pragmatically have control over corporate decision-making owe a duty to the corporation and to the minority shareholders to avoid overreaching” (ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The Journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 371). Mais a frente, o mesmo autor: “[a] controlling shareholder is subject to a comprehensive rule of good faith and inherent fairness to the minority in any transaction where control of the corporation is material – a responsibility that extends beyond following statutory duties and avoiding outright fraud” (Op. cit., p. 387).

mero instrumental da organização do poder do acionista controlador⁶⁷⁵”. Uma tal realidade demandaria ainda mais⁶⁷⁶ a necessidade de admitir sanção de outra natureza para além daquela de natureza obrigacional⁶⁷⁷, a fim de tornar mais efetivo o equilíbrio entre o acionista controlador e a minoria acionária.

Antes porém de avançar, é necessário identificar algumas características do poder de controle, incluindo-se os deveres a ele inerentes, e delimitar esse trabalho apenas às espécies de *controle interno*⁶⁷⁸, dado que a premissa para a exclusão social que aqui se defende é a de ocorrência de inadimplemento contratual (nos termos do item 4.2 desse trabalho), o que, por sua vez, pressupõe, a princípio, o controlador como parte do contrato plurilateral de sociedade. No mesmo sentido, não se pretenderá analisar as implicações desse estudo ao usufrutuário de direito de voto que exerce efetivamente o controle da companhia, pela mesma razão de não ser ele parte do contrato plurilateral de sociedade, embora seja destinatário dos deveres e responsabilidade de acionista controlador⁶⁷⁹.

No âmbito do controle interno, trataremos de duas realidades distintas: a existência de um acionista controlador decorrente da titularidade de 50% mais uma das ações com direito a voto, que representa mais de 50% do capital social, e acionista

⁶⁷⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56, p. 53.

⁶⁷⁶ Relembre-se o capítulo anterior, em que verificamos a independência e complementariedade entre a sanção de cunho obrigacional e a sanção de cunho societário. Esse ponto será retomado no próximo item no que diz respeito especificamente ao acionista controlador.

⁶⁷⁷ Ainda conforme Guerreiro: “[a]pesar de a Lei 6.404 ter adiantado de forma progressista a responsabilidade do acionista controlador por atos praticados com abuso de poder, o esquema sancionatório desses atos abusivo é ainda insuficiente, na medida em que (a) não os fulmina de nulidade, mas apenas lhes comina a insatisfatória consequência da responsabilidade por perdas e danos e (b) o acionista controlador, principalmente quando não participe diretamente dos órgãos da administração social, dificilmente é alcançado pela repressão de ilícitos, especialmente no âmbito criminal” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56, p. 56 – sem grifos no original).

⁶⁷⁸ Por meio do que “o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembleia. (COMPARATO, Fabio Konder. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 41).

⁶⁷⁹ “O acionista controlador, em regra, tem a qualidade de acionista porque os direitos de voto são conferidos pelas ações a seus proprietários, mas a lei usa a expressão “titular de direitos de sócio” para abranger a hipótese de esses direitos serem exercidos pelo usufrutuário das ações. O direito de voto não pode ser transferido separadamente da propriedade, mas a lei admite que o instrumento que institui usufruto possa atribuir o direito de voto ao usufrutuário, ao nu-proprietário, ou distribuí-lo entre ambos; e como é controvertido se o usufrutuário é acionista, a lei refere-se a titular dos direitos de sócio para não deixar dúvida de que o usufrutuário que exerce o direito de voto (e o poder de controle) tem os deveres e responsabilidades de acionista controlador” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 815-816).

controlador titular de percentual menor de 50% do capital social, mas naturalmente percentual majoritário do capital votante (artigo 15 da LSA).

Por fim, vale registrar que pressupomos, no estudo, que o poder de controle é exercido por um único acionista. Nesse sentido, faremos sempre referência a um “acionista controlador” e não “bloco de controle”. Não buscaremos descrever os elementos que configuram o poder de controle. Partiremos do pressuposto da existência consensual de um acionista controlador que passa a atuar de maneira contrária aos seus deveres de colaboração e lealdade, conforme será abordado nos próximos itens.

Conclusões parciais (premissas do capítulo):

- (i) O próprio artigo 116 da LSA demonstra que os deveres de boa-fé do acionista controlador podem ser analisados sob duas perspectivas distintas: os deveres de colaboração e lealdade para com a companhia e, paralelamente, para com os demais sócios.
- (ii) Em razão do poder-função legalmente atribuído de gerir patrimônio alheio e conduzir os rumos da companhia de maneira plena, o acionista controlador: (a) fica submetido à exigência de boa-fé mais exacerbada *vis à vis* o quanto é exigido dos demais acionistas, tanto para com a companhia (para a consecução do objeto social), quanto em relação aos demais contratantes; e (b) mereceria ficar adstrito, também, a sanções que procurem preservar a boa-fé em seu relacionamento com os demais sócios.

4.1.2. ABUSO DE PODER DE CONTROLE VS. INADIMPLEMENTO DE DEVER SOCIAL PELO ACIONISTA CONTROLADOR: TUTELA JURÍDICA E NATUREZA DA SANÇÃO

Verificados os elementos que configuram o inadimplemento do acionista ao contrato de sociedade, cumpre identificar o inadimplemento do controlador da sociedade anônima fechada apto a fundamentar a hipótese de exclusão social. Para tanto, será necessário diferenciar a medida sancionatória aqui defendida da sanção civil estipulada pela lei para reparar o abuso de poder de controle (artigo 117 da LSA). Nesse contexto,

para que a sanção do abuso de poder de controle seja identificada, permitindo sua diferenciação daquela imputável ao inadimplemento, partiremos da análise “das palavras empregadas na norma”, tal como sugerido por Comparato⁶⁸⁰⁻⁶⁸¹.

A redação do artigo 116, parágrafo único da LSA, prevê que: “[o] acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. Da leitura do dispositivo de lei se depreende duas ordens distintas de conduta a que o controlador fica adstrito no âmbito interno da companhia: (i) usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social; e, (ii) tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da companhia.

É nesse sentido, portanto, que procede a lição de José Reinado de Lima Lopes, ao destacar que deve ser repreensível “a atitude do controlador que provoca de forma indesejável e danosa a alteração do equilíbrio contratual nas relações acionista/sociedade ou acionista/acionista, distanciando-as das regras anteriormente estabelecidas⁶⁸²”.

A seguir, o artigo 117 da LSA enuncia que o controlador deverá responder pelos danos causados quando usar seu poder de controle de maneira abusiva, ou seja, quando o uso de seu poder extrapolar a finalidade para a qual foi instituída; quando deixar de buscar a realização do objeto social – que, segundo os termos do artigo 2º da LSA, é a *empresa* em si. De fato, conforme sintetiza Carvalhosa, “o fundamento da responsabilidade

⁶⁸⁰ “[A] aplicação da norma é operação intimamente ligada à sua interpretação. Para se saber se determinado fato acontecido corresponde bem à hipótese normativa (*Tatbestand, fattispecie*), é preciso antes de mais nada estender esta última, fixar-lhe os limites ou contornos. Aqui, portanto, o entendimento preliminar é das palavras empregadas na norma; não dos fatos da realidade social” (COMPARATO, Fabio K. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 96, out-dez/1994, pp. 67-72, p. 67).

⁶⁸¹ O artigo 15 da ICVM 319/1999 dispõe sobre outras hipóteses de exercício abusivo de poder de controle, mas destina-se à regulação das operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta, apenas, motivo porque nos deteremos tão-somente no artigo 117 da LSA.

⁶⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O acionista controlador na Lei de Sociedades por Ações*. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 16. Número 61, janeiro-março/1979, pp. 265-274, p. 269. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181102/000364352.pdf?sequence=3>. Acesso em 15jan2014.

do controlador [imputada pelo artigo 117] é sua conduta na direção dos negócios sociais e empresariais⁶⁸³”.

Conforme lição de José Alexandre Tavares Guerreiro, o fenômeno econômico *empresa* é explicado juridicamente pela noção de *atividade negocial*; ou, “sequência ordenada e habitual de atos ou negócios jurídicos de conteúdo econômico, praticados profissionalmente com o intuito de lucro”⁶⁸⁴. Assim é que, para atingir seu fim, é preciso que a companhia explore a empresa, realize seu objeto – a própria *causa* do contrato de sociedade⁶⁸⁵ – ; exerça a atividade para a qual foi criada.

Nesse contexto, responde por abuso de poder de controle o acionista controlador que orientar a companhia para fim estranho para o qual seu poder foi instituído; ou seja, quando não houver congruência entre os meios (atos) empregados por ele em relação ao fim (atividade), que, por essa razão, poderão ser caracterizados como atos estranhos ao objeto social⁶⁸⁶. De fato, conforme destaca Carlos Klein Zanini, “a finalidade da empresa pode não coincidir, necessariamente, com a desejada por seu controlador^{687,688}. E é em razão dessa realidade que a lei instituiu, no artigo 117, “um freio à vontade do controlador, na medida em que este não pode exercer seu poder de controle de forma ilimitada e inconsequente, desgarrada do interesse da companhia⁶⁸⁹”.

Assim, imbuído dos deveres de colaboração e lealdade que legalmente lhes foram atribuídos, o acionista controlador deve agir no interesse da companhia; direcionar seu comportamento (ações e omissões) para o preenchimento do fim social de exploração

⁶⁸³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 685.

⁶⁸⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, pp. 67-68.

⁶⁸⁵ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, p. 70.

⁶⁸⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, p. 70. Para mais a respeito da conceituação de abuso de poder de controle, ver BESSONE, Darcy. *Acordo de acionistas – poderes do acionista controlador de sociedade anônima – artigos 116, 238 e 273 da Lei 6.404/76*. In **Revista dos Tribunais**. V. 672, outubro/1991, pp. 21-46, pp. 30-35.

⁶⁸⁷ ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80.

⁶⁸⁸ No mesmo sentido, Comparato: “A maioria não se confunde nunca com a sociedade, e o seu interesse próprio pode contrastar com o da empresa, por ela explorada. São essas algumas verdades elementares, que o Direito moderno vem iluminando sempre mais intensamente” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, pp. 140-141).

⁶⁸⁹ ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80 – sem grifos no original.

da empresa e de lucratividade⁶⁹⁰. É essa a nuance dos deveres de boa-fé do acionista controlador diretamente para com a companhia⁶⁹¹ e que enseja sua responsabilização nos termos do artigo 117 da LSA (vale dizer, que o compele a restituir à companhia os danos causados pela conduta contrária ao interesse social).

Procuramos, aqui, seguir a lição de Dominique Schmidt e identificar o fundamento preciso da sanção de abuso de poder de controle, a fim de destacá-lo de qualquer outra noção próxima⁶⁹², referente a eventuais outras sanções relacionadas ao comportamento irregular do controlador. Ao assim nos propormos, e diante das considerações acima, parece ser possível identificar a sanção de que trata o artigo 117, que visa a constranger o abuso de poder de controle como medida de punição do controlador que sobrepuser seus interesses pessoais, ou os de outrem, sobre o interesse social⁶⁹³.

Com efeito, da própria leitura da LSA se depreende que a vedação/reparação do abuso de poder de controle faz expressa referência à primeira das duas regras de conduta descritas no artigo 116 parágrafo único, identificadas acima. Em outras palavras, ainda que o uso abusivo do poder de controle gere efeitos no âmbito do relacionamento societário, a responsabilização civil pelos danos causados instituída pelo artigo 117 da LSA busca sancionar o *default* do controlador no que se refere aos prejuízos causados à companhia.

Nesse sentido, Lamy e Bulhões esclarecem que o exercício do poder de controle obedece ao “esquema conceitual da responsabilidade civil por ato ilícito”, de

⁶⁹⁰ “No direito acionário, o funcionalismo foi claramente consagrado pelo legislador. Não conferiu a lei ao acionista controlador suas prerrogativas de poder em benefício próprio, mas para “o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, com deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os trabalhadores da empresa e a comunidade onde esta se insere (art. 116, parágrafo único)” (COMPARATO, Fabio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 67).

⁶⁹¹ “Un dovere più generale, comune ai soci a responsabilità illimitata e limitata, discende dall’obbligo di collaborazione: quello di usar, nell’interesse sociale, dei poteri organici di amministrazione e di controllo” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 57).

⁶⁹² “[L]a recherche d’un fondement des sanctions de l’abus de majorité devra-t-elle être conduite en deux temps, tout d’abord pour isoler l’abus de majorité et le débarrasser des apports de notions proches, ensuite pour lui découvrir un fondement précis” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 176).

⁶⁹³ “L’abus de droit est alors conçu comme une technique commode et susceptible de pallier les excès de la loi fondamentale de la société anonyme. Si la majorité fait passer les intérêts ou les sentiments personnels de ses membres avant les intérêts sociaux, elle tourne son pouvoir contre l’affectio societatis et par conséquence elle le détourne” (CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris: Librairie Sirey, 1962, p. 145).

maneira que, excedendo-se ao padrão de conduta legal estabelecido – no caso, ainda segundo Lamy e Bulhões, “o dever de exercer o poder de controle *para realizar o objeto da companhia*” – o controlador age com abuso, do que resulta o dever de reparar os danos causados à empresa em razão da conduta abusiva⁶⁹⁴. Disso se depreende que (i) o abuso de poder de controle refere-se à atuação do controlador que extrapola ou contradiz a realização do objeto social; ou seja, refere-se diretamente à relação controlador/companhia; e, (ii) a referida conduta é considerada ato ilícito, pelo que o controlador responde pelas perdas e danos causados à companhia⁶⁹⁵.

A perspectiva para apurar o inadimplemento social por parte do acionista controlador é outra: deve tratar do ponto de vista do relacionamento entre os sócios. Refere-se, portanto, à segunda das duas ordens de padrão de conduta identificadas no artigo 116 parágrafo único da LSA. Em outras palavras, busca identificar se, e em que medida, a conduta de abuso de poder de controle configura também inadimplemento dos deveres sociais (de colaboração e lealdade) do controlador em face dos demais contratantes. Estamos, portanto, no campo dos deveres e responsabilidades do controlador *para com os demais acionistas da companhia*.

Conforme explicado por Bean, quando a lei atribui a possibilidade de determinado sujeito (Y) exercer poder sobre os bens de outro (X), tal só lhe é atribuído para que assim o faça no interesse de X. Esse seria o princípio dos “deveres fiduciários” a que Y estaria adstrito⁶⁹⁶. Essa nos parece ser a base sobre a qual repousam os deveres de

⁶⁹⁴ “A lei disciplina o exercício do poder de controle observando rigorosamente o esquema conceitual da responsabilidade civil por ato ilícito: (a) enuncia regra de conduta a ser observada pelo acionista, impondo-lhe o dever de exercer o poder de controle para realizar o objeto da companhia; (b) define como abusivo o exercício do poder de controle com outros fins; e (c) cria para o acionista o dever de reparar os danos causados por atos praticados com abuso de poder” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 842).

⁶⁹⁵ Cf. sumariado por Lamy e Bulhões: “segundo os princípios gerais da responsabilidade civil por ato ilícito: (a) o acionista tem o dever legal de observar determinada conduta; (b) o ato que viola a regra legal de conduta é ilícito e, portanto, anulável; (c) do ato ilícito nasce para o acionista, por força da lei, o dever de reparar os danos que tenha causado” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 843).

⁶⁹⁶ “If we limit the concept of trust in Y to not harming X’s interests this would allow Y to act in its own interests or someone else’s interests as long as X’s interests were not harmed (*i.e.* a relationship of good faith). The fiduciary principle is different: it requires Y to act in X’s interests alone. To move from Y not acting to harm X’s interests to Y acting in X’s interests is but a small step involving consideration of one question – why has Y obtained access to X’s assets? The answer is obvious: Y has access to these assets for the purpose of benefiting X. Moreover, where Y has powers to deal with X’s assets Y will be constrained to exercise such powers in X’s interests. The purpose of the relationship dictates the ends Y must serve. Where

colaboração e lealdade atribuídos ao acionista controlador em relação aos demais acionistas da companhia, na medida em que possui o poder-função de gerir bens alheios.

A partir daí é que seria possível mencionar a justa e legítima expectativa dos acionistas minoritários – ou expectativas razoáveis –, objeto de tutela dos deveres de colaboração e lealdade atribuídos ao acionista controlador⁶⁹⁷. Tal expectativa de que o acionista controlador se comportará, sempre, no sentido de adimplir suas obrigações sociais (legais e contratuais), com o intuito de atingir o fim social, reflete a confiança depositada pelos acionistas minoritários em sua figura. Tal confiança, naturalmente, é também objeto de tutela dos deveres de boa-fé e merece ser preservada por meio da conduta colaborativa e leal pelo controlador.

A esse respeito, Carvalhosa denomina como “aspectos contratualistas da responsabilidade do controlador” justamente o fato de a LSA tutelar, por meio da imputação de deveres ao controlador, o interesse dos acionistas minoritários diretamente⁶⁹⁸, que esperam legitimamente a exploração eficiente de empresa e a participação nos resultados.

Nesse contexto, é possível identificar como necessárias duas ordens de tutela do relacionamento societário: (i) a tutela da legítima expectativa e confiança dos acionistas minoritários de que o acionista controlador se conduzirá de maneira comprometida (com colaboração e lealdade) com o fim acordado entre eles; e, em decorrência, (ii) a tutela da

a coventurer has access to the assets of the joint venture it will be constrained to use or deal with those assets for the purposes of benefiting the joint venture” (BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 35 – sem grifos no original).

⁶⁹⁷ Conforme já mencionado acima: “[m]ost modern courts recognize that fiduciary duty limits uses of majority power even in the absence of such provisions and that the particular setting of a close corporation gives specific shape to fiduciary duty to protect reasonable expectations of minority shareholders” (O’NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 9 – sem grifos no original).

⁶⁹⁸ “Assim ocorre quando o presente dispositivo menciona comportamento prejudicial à participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo social, imprimindo-lhes, dessa forma, a característica de sócios de outra categoria, com outros direitos e deveres. A divisão também é manifesta quando a lei fala de “prejuízo aos demais acionistas” ou quando faz alusão a “investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 673).

legítima expectativa dos acionistas minoritários de participarem do resultado da empresa e obterem o retorno do investimento feito, por meio da regular exploração de empresa⁶⁹⁹.

A par disso, torna-se necessário tutelar também o âmbito patrimonial dos acionistas no que se refere aos prejuízos eventualmente causados na esfera particular de cada um pela conduta abusiva do acionista controlador (que sobrepõe interesse particular sobre o interesse social). Essa parece ser a consideração de Wiedemann, ao afirmar, no que se refere ao dever de lealdade atribuído a órgãos sociais, que:

“[o] dever de lealdade encontra-se de dois modos: uma vez como dever fiduciário típico de não desapontar a confiança nele depositada e, de outro lado, como dever típico de administrador de bens de não usar sua posição para perseguir interesses patrimoniais próprios. Os deveres se sobrepõem parcialmente, mas deveriam ser tratados separadamente em razão das consequências jurídicas distintas⁷⁰⁰”.

A perspectiva patrimonial acima destacada, relacionada à esfera particular de cada acionista, é tutelada pela regra que sanciona o abuso de poder de controle, na medida em que esta visa a reparação dos danos sofridos pela empresa⁷⁰¹⁻⁷⁰². Tanto é assim que

⁶⁹⁹ As “expectativas razoáveis” do Direito norte-americano (“*the reasonable expectations*”), conforme sintetiza Zanini: “reputam-se razoáveis as expectativas dos sócios minoritários de ter na participação por eles detida na companhia uma fonte de receitas” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 220).

⁷⁰⁰ WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas*. ADAMEK, Otto Carlos Vieira Ritter von (trad.). In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 143-168, p. 149.

⁷⁰¹ “Often a minority shareholder is complaining about the majority shareholders’ using their control to direct corporate assets to themselves while excluding the minority from some or all of those benefits. This misuse of authority is usual thought to be derivative since the entity’s assets were dissipated. The minority shareholders have been hurt but only indirectly by the reduction in their proportional share of the value of the corporation; there is no separate and distinct injury to the minority shareholders” (O’NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 70 – sem grifos no original).

⁷⁰² É nesse sentido que Zanini esclarece a existência dos deveres fiduciários entre acionista controlador e companhia que, inadimplidos, geram danos diretos à empresa e indiretos aos demais acionistas: “[c]laro está, até este ponto, que a violação (*breach*) dos *fiduciary duties* acarreta danos diretos à sociedade, os quais, via de consequência, podem ocasionar danos indiretos a terceiros. Ocorre, no entanto, que se tem constatado no direito norte-americano um alargamento na aplicação direta dos *fiduciary duties* também no que diz respeito às pessoas por ele tuteladas. Assim, passa-se a exigir, principalmente nas sociedades anônimas de capital fechado (*close corporations*), que os *fiduciary duties* sejam observados não apenas no sentido de não causar prejuízo à companhia, mas, também aos acionistas minoritários. (...). Pode-se dizer, assim, que a imposição aos administradores e acionistas controladores dos *fiduciary duties* tutela, diretamente, a companhia, e, indiretamente, os acionistas e demais pessoas afetadas pela atividade desenvolvida pela sociedade, como exposto acima, sendo justificável, ainda, falar-se na proteção direta dos acionistas minoritários dispensada por este instituto” (ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 109, janeiro-março/1998, pp. 137-149, p. 142).

O'Neal descreve longamente⁷⁰³ sobre a dificuldade de se identificar se uma ação judicial contra acionista controlador ou administrador, no ordenamento norte-americano, proposta por um acionista minoritário, deveria ser feita em nome da companhia (*derivative action*⁷⁰⁴) ou em nome próprio (*direct action*), justamente porque seria difícil identificar se uma “opressão” por parte de quem comanda a sociedade, em quebra dos “deveres fiduciários” para com a companhia e demais consócios, resultaria em pretensão de reparação apenas por parte do acionista minoritário ou também da própria companhia⁷⁰⁵-⁷⁰⁶, dado que o prejuízo patrimonial desta reflete no prejuízo patrimonial daquele.

Vale registrar, todavia, que no Direito Brasileiro, embora haja, indiretamente, proveito econômico de todos os acionistas como resultado do pagamento das perdas e danos pelo controlador, em tal hipótese o pagamento é feito em benefício da companhia, para a recomposição patrimonial da empresa. Foi nesse sentido que já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 23.9.2014: a reparação de danos a que o controlador é apenado pelo abuso de poder praticado deve ser paga à companhia, sendo parte ilegítima o acionista que sofre prejuízos apenas indiretos⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Cf. O'NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, pp. 54-90.

⁷⁰⁴ “In derivative action, the plaintiff shareholder brings suit in the name of the corporation to redress defendant's breach of duty to the corporation and the shareholders as a group” (O'NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 55). A *derivative action* permitiria que um acionista falasse em nome da companhia quando aqueles que a representam teriam um interesse particular em não o fazer: “its is not realistic to expect directors to prosecute a suit in which they would be defendants” (Op. Cit., pp. 55-56).

⁷⁰⁵ “When directors of others possession corporate power act of the collective group, they are subject to fiduciary duties. A shareholder may challenge particular action as a breach of those duties, often discussed as a duty of care or a duty of loyalty. Those claims are often derivative, brought in the name of, and on behalf of, the corporation, by an individual shareholder who asserts that the usual parties designated to at for the corporation (e.g. its directors) are not able to act because of self-interests or another disability. Such claims may also be direct claims for the shareholder, a growing pattern in the oppression context” (O'NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 11).

⁷⁰⁶ A respeito das dificuldades que envolvem o exercício *ut singuli* da ação social, Yves Guyon igualmente reconhece que “il n'est pas toujours facile de distinguer l'action sociale exercée *ut singuli* d'action individuelle. Pourtant le régime de ces deux actions est différent: (...) les dommages-intérêts sont attribués à la société en cas d'action sociale, au demandeur si l'action est individuelle; (...)” (GUYON, Yves. *Droits des affaires – droit commercial général et société*. Tomo 1. 11^a ed. Paris : Economica, 2001, p. 498).

⁷⁰⁷ STJ, Recurso Especial 1.214.497-RJ, Min. Rel. Raul Araújo, j. em 23.9.2014. É possível fazer um paralelo com a ação judicial prevista no artigo 159, *caput* da LSA (que não se confunde com a ação individual prevista no parágrafo 7o. do mencionado artigo). A esse respeito, confira-se a explicação de Carvalhosa, que nos parece aplicável ao presente caso no limite em que diferencia a pretensão que aproveita à empresa (e, por extensão, a todos os acionistas) daquela que diz respeito unicamente a um determinado acionista: “A ação individual do acionista ([art. 159] parágrafo 7º) tende à satisfação de seus interesses

Nesse cenário, a perspectiva societária – relativa à manutenção de um vínculo societário com sócio desleal e que age de maneira contrária ao fim social e, portanto, frustra a legítima expectativa de cumprimento, pelo controlador, dos deveres sociais para a exploração da empresa e atendimento do interesse comum – permanece desprotegida, fora do alcance da tutela da ação de perdas e danos a que o artigo 117 da LSA se refere.

Não se nega que o inadimplemento social do acionista controlador gera impactos negativos para a companhia, dado que as obrigações sociais reciprocamente contratadas, relembre-se, intencionam a realização do escopo comum e para essa finalidade importam. Da mesma forma, igualmente se reconhece que uma conduta com abuso de poder de controle, por comprometer o objeto social, impacta na esfera patrimonial de cada acionista⁷⁰⁸. No entanto, a dualidade de perspectivas que aqui se propõe constrói-se a partir do enunciado da lei e busca identificar a relação preponderante que cada padrão de conduta legalmente imposto busca preservar e tutelar: as relações jurídicas acionista/companhia (âmbito patrimonial do exercício da empresa) ou a relação controlador/demais acionistas (relacionamento interno societário), embora todas essas relações naturalmente se interrelacionem e impactem mutuamente uma na outra.

Daí a possibilidade de existência de duas ordens distintas de sanção à conduta irregular da maioria: uma no sentido de reparar os prejuízos ao exercício de empresa (relacionada, portanto, à tutela do interesse social e, conseqüentemente, das relações individuais acionista/companhia) e a outra, a coibir comportamentos que frustrem a legítima expectativa dos consócios no âmbito das obrigações sociais reciprocamente assumidas para o exercício da empresa (relacionada, portanto, à tutela do relacionamento societário – a “colletività sociale”, na nomenclatura de Dalmartello ou o vínculo de

personais, ainda que não estranhos aos do colégio acionário. A intenção do acionista não é a de restabelecer a ordem coletiva, ainda que esta tenha sido afetada. O seu intento é obter a reparação de um prejuízo jurídico ou patrimonial que direta e pessoalmente sofreu. Por outro lado, a ação social (*caput*) tem por fundamento o dano causado à companhia e à coletividade dos seus acionistas. Interessa, portanto, a todos. Como referido, a ação social visa a restaurar o direito ou a reconstituir o patrimônio da própria sociedade. Visa o remédio a restabelecer o equilíbrio das relações no seio da companhia e a reparação civil dos prejuízos causados pelos administradores ao patrimônio social. A ação social é o remédio eficaz para garantir o reconhecimento das prerrogativas do acionista junto à companhia, notadamente quanto à sua participação na vontade social e no controle da legalidade e da legitimidade (interesse social, abuso e desvio de poder) das funções e poderes dos administradores” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas – arts. 138 a 205*. V. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 543-544).

⁷⁰⁸ “[L]a décision adoptée, qui avantage la majorité, est contraire aux intérêts de la minorité et à l’intérêt social” (VIANDIER, Alain. *La notion d’associé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, p. 101).

lealdade entre os sócios que permite o atendimento do “interesse comum”, na nomenclatura de Dominique Schmidt).

É nesse sentido, aliás, que o abuso de poder de controle, hipótese de “abuso de direito” e “desvio de poder”⁷⁰⁹, pode configurar também inadimplemento⁷¹⁰: na medida em que a conduta abusiva, para além dos efeitos com relação à companhia (e, por via reflexa, no patrimônio de cada acionista), representa quebra do dever de boa-fé entre os contratantes, por configurar conduta contrária ao quanto reciprocamente acordado entre eles por ocasião da celebração do contrato de sociedade⁷¹¹⁻⁷¹².

Segundo nossa LSA, configurado o abuso de poder de controle, a única sanção prevista expressamente é a recomposição do eventual prejuízo ocasionado pelo acionista controlador, nos termos do artigo 117.

⁷⁰⁹ “a enumeração exemplificativa de modalidades de exercício abusivo de poder, constante do parágrafo 1º do artigo 117, deixa evidente que o conceito de “abuso de poder” usado nesse dispositivo abrange as noções de “abuso de direito” e “desvio de poder” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 841).

⁷¹⁰ De fato, o “desvio de poder difere do ato *contra legem* pelo fato de, naquele, o agente procurar respeitar a legalidade formal, ou meramente aparente” (COMPARATO, Fabio Konder. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 341). Tratamos aqui de inadimplemento de obrigação social, que envolve não apenas as obrigações legais, mas também aquelas convencionadas e, em sentido mais geral, os deveres de colaboração e lealdade reciprocamente assumidos entre os contratantes.

⁷¹¹ “Conclui-se, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que boa-fé objetiva e abuso do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não são mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério de boa-fé. Entre nós, portanto, é possível falar em abuso do direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abuso ou todas as funções da boa-fé. O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 119).

⁷¹² É exatamente essa posição de Dominique Schmidt ao asseverar que: “l’abus de majorité doit être sanctionné car il procède d’un exercice répréhensible du pouvoir majoritaire; il est contraire au pacte de société de s’avantager personnellement au détriment de ses co-associés et d’utiliser les mécanismes sociaux à des fins particulières, étrangères à l’intérêt de tous” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 175). No mesmo sentido, Laurent Godon, para quem “les abus de majorité/minorité symbolisent la violation de l’exigence de bonne foi à l’occasion des délibérations de l’assemblée. Or, l’assemblée des associés n’est pas le lieu exclusif des comportements déloyaux; parfois un tel comportement peut se produire avant même que l’assemblée ne soit amenée à s’exprimer. C’est le cas chaque fois qu’un associé conclut une convention avec la société et qu’il use de son influence sur les dirigeants sociaux pour se faire consentir des avantages injustifiés” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 116).

Tal resolução em perdas e danos, segundo defende Comparato, parece “ineficaz para o controle do poder do controlador”⁷¹³ e configura “um dos traços mais marcantes do individualismo patrimonialista que domina nossa organização jurídica”. Nesse cenário, prossegue o autor, apesar de consagrar a figura do acionista controlador, a LSA teria deixado de “completar a disciplina do instituto com o aparelhamento de congruas sanções”^{714,715}. Concordamos com a assertiva, notadamente em razão de, a nosso juízo, a imputação de sanção compensatória não atender a restauração da integridade dos laços societários entre os contratantes.

Essa parece ser, também, a conclusão de Laurent Godon, ao defender que as sanções chamadas por ele de “clássicas”, como a anulação de deliberação e a imposição ao controlador do dever de indenização dos danos causados pela conduta abusiva, não

⁷¹³ Conforme nota de Calixto Salomão Filho, a respeito da posição de Comparato no que diz respeito à questão do conflito de interesses e a regra do artigo 115, parágrafo 1º da LSA: “[e]m jurisprudência, esse tipo de questão tem se resolvido ou pelo simples atendimento de pedido subsidiário de perdas e danos (solução ineficaz para o controle do poder do controlador, como visto no texto) ou pela pura e simples rejeição do provimento pedido, com base na maioria das vezes em razões processuais” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 337-338).

⁷¹⁴ Confirma-se o trecho integral da manifestação de Comparato aqui mencionada: “[n]a Lei 6404/76, a sanção prevista genericamente, é apenas a de perdas e danos (art. 117), salvo quando o abuso de controle ocorre mediante voto em assembleias-gerais, hipótese em que têm aplicação as normas do art. 115, com a previsão, em seu parágrafo 4º, da anulabilidade da deliberação tomada em decorrência do voto de acionista com interesse conflitante com o da companhia; ou, então, da norma geral de anulação de deliberações viciadas por dolo, fraude ou simulação (art. 286). Essa preferência pela sanção compensatória é, aliás, um dos traços marcantes do individualismo patrimonialista que domina nossa organização jurídica. Diante do dano a interesses sociais ou coletivos, a legitimidade do particular de agir somente aparece quando pode produzir a prova de um prejuízo individual. E como a defesa do interesse geral é monopolizada, comumente, pelo titular do poder, a consequência ineffectível é a inaplicação de sanção adequada aos casos de abuso de poder. A lei de sociedades por ações de 1976, ainda aí, não obstante consagrar a instituição do acionista controlador, deixou de completar a disciplina do instituto com o aparelhamento de congruas sanções, a começar pelo mecanismo da ação sócia *uti singuli*, tradicionalmente prevista para os casos de responsabilidade administrativa. Diante da omissão legislativa, porém, parece irrecusável a aplicação analógica do direito positivo, segundo o mandamento da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 4º). Qualquer acionista, em nosso entender, é parte legítima para propor ação de perdas e danos, no interesse da companhia contra o controlador, observando, no que couber, os dispositivos do art. 246, parágrafo 1º. Não vemos obstáculo insuperável para tanto, na norma do art. 6º do Código de Processo Civil, uma vez que essa autorização legal para substituição processual não pode ser interpretada de modo estrito, como previsão direta e taxativa da lei” (COMPARATO, Fabio Konder. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 332).

⁷¹⁵ A própria sanção de anulação de deliberação por abuso de direito de voto também não seria a mais adequada à realidade societária, conforme nos explica Calixto Salomão Filho: “a anulação de atos é incompatível coma atividade societária. Chegado o momento da decisão final em processo de conhecimento visando a anulação da Assembleia, tantas e tão várias consequências da assembleia impugnada já decorreram para a companhia e para terceiros que é inviável anula-la. Em jurisprudência, esse tipo de questão tem se resolvido ou pelo simples atendimento de pedido subsidiário de perdas e danos (solução ineficaz para o controle do poder do controlador, como visto no texto) ou pela pura e simples rejeição do provimento pedido, com base na maioria das vezes em razões processuais” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 338-339).

apresentariam, segundo o autor, uma “eficácia absoluta” para punir, em todas as suas nuances, o abuso de maioria (e até o de minoria)⁷¹⁶. O autor prossegue o raciocínio dizendo que outras soluções, como a exclusão do sócio faltoso seriam eficazes para remediar definitivamente os “conflitos de interesse entre os sócios⁷¹⁷” – ao que nos parece que se refere, diretamente, à finalidade da sanção societária, de tutelar justamente o relacionamento societário.

Por fim, Godon reconhece que a solução de exclusão do sócio inadimplente é controvertida, porque “*heurte de front plusieurs droits fondamentaux du statut d’associé*”⁷¹⁸. Essa questão será tratada no último capítulo, em que pretendemos avaliar o direito do acionista excluindo de permanecer associado e o direito do consócio de excluí-lo em razão de dado inadimplemento (direito de não ser expropriado). O que por ora se registra é que a sanção obrigacional, embora seja de alguma forma proveitosa aos demais acionistas, já que se reverte à companhia, parece não tutelar o relacionamento de boa-fé entre eles e, dessa maneira, manter íntegros os laços societários.

Por fim, vale mencionar que Godon defende ser necessário avaliar caso a caso para identificar a melhor sanção de dado comportamento abusivo por parte da maioria⁷¹⁹. De fato, a referida análise parece imprescindível, mas é necessário ressaltar que as sanções de natureza diversa (obrigacional ou societária) não são substituíveis, considerando que visam a tutelar bens jurídicos diferentes. No mesmo sentido Comparato que, já em 1977, admitiu a possibilidade de exclusão do acionista controlador e afirmou que, “em alguns

⁷¹⁶ “En particulier, il apparaît extrêmement difficile de mettre en place des solutions à la fois efficaces et qui ne rencontrent aucun obstacle juridique ou pratique. En effet, les sanctions classiques (annulation de la délibération, allocation de dommages et intérêts et, dans une moindre mesure, nomination d’un mandataire *ad hoc*), indiscutables sur le plan des principes, ne présentent pas une efficacité absolue” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, pp. 109-110).

⁷¹⁷ “D’autres solutions ont alors été trouvées, lesquelles apparaissent à l’inverse très efficaces et son à même de mettre un terme définitif aux conflits d’intérêts entre associés. Or, ces dernières sanctions sont à la limite d’une atteinte à certains principes juridiques, voire aux droits fondamentaux de l’associé. Quelquefois, en effet, les tribunaux ont sanctionné le comportement abusif des associés en imposant des solutions radicales et sévères (exclusion des associés fautifs, jugement tenant lieu de délibération, dissolution de la société, etc.). C’est précisément parce qu’elles sont efficaces, et quelque part satisfaisantes que ces sanctions rencontrent des avis favorables tant en doctrine qu’en jurisprudence. Mais c’est parce qu’elles sont aussi pratiquement choquantes ou juridiquement douteuses que de nombreux auteurs restent résolument opposés à leur consécration” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 110).

⁷¹⁸ Cf. GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 112.

⁷¹⁹ “Au total, une conception restrictive des abus de majorité/minorité est souhaitable pour éviter une trop facile remise en cause des décisions sociales et, à terme, une déstabilisation de la société. En outre, seule une appréciation au cas par cas est à même d’assurer l’efficacité d’un concept qui se veut être un instrument correcteur du comportement des associés et qui se situe à la croisée de divers intérêts: intérêt social, intérêt commun des associés, intérêt légitime des minoritaires” (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris: Economica, 1999, p. 115).

casos extremos, a sanção de perdas e danos prevista na LSA seria insuficiente para corrigir o descompasso entre a vida social e as exigências empresariais⁷²⁰”. A esse respeito, concordamos com o autor, com a ressalva registrada acima, no sentido de que as sanções aqui mencionadas não se excluem mutuamente.

A esse respeito, é interessante a posição de Dominique Schmidt. O autor compartilha do entendimento de que, para haver a repreensão completa e eficaz do abuso do poder de controle, far-se-ia necessário duas ordens distintas de sanção.

Para o autor, o abuso de poder de controle seria uma ruptura da igualdade entre os acionistas, preteridos pela atuação do acionista controlador em seu próprio benefício, de maneira a causar prejuízos aos minoritários. Isso, segundo o autor, seria a consequência material do abuso. No entanto, a conduta do acionista controlador geraria também uma desinteligência entre os acionistas todos, de sorte que apenas restabelecer a igualdade entre eles (por meio da reparação dos prejuízos, por exemplo), não seria suficiente para repreender eficazmente o abuso de poder de controle. Assim, prossegue o autor, as sanções de abuso de poder de controle deveriam se ordenar em torno de dois objetivos: a reparação dos prejuízos sofridos pelos acionistas minoritários e a recomposição da harmonia entre os sócios⁷²¹.

Nesse contexto, prossegue o autor, seria possível a imputação de (i) sanção para reparação dos prejuízos causados pelo controlador aos acionistas não controladores

⁷²⁰ “entendo que, para sermos coerentes, há casos – os senhores conhecem inúmeros – em que a técnica da sanção ao abuso de controle não é suficiente. Por exemplo, na Lei de sociedades por Ações, o abuso do poder de controle é sancionado com perdas e danos. Não me parece que, em alguns casos extremos, essa sanção seja suficiente para corrigir o descompasso entre a vida social e as exigências empresariais. Por conseguinte, entendo que seria ao menos desejável que discutíssemos a questão da possibilidade da exclusão do majoritário” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 39).

⁷²¹ “L’abus de majorité se définit en une rupture d’égalité entre actionnaires; il se présente dans son expression. La plus directe et la plus saisissable sous forme d’un préjudice aux non-majoritaires, qui appelle réparation. Les sanctions de l’abus devront alors être aménagées de telle sorte que ce préjudice soit effacé. Mais cette vue des choses est incomplète: le préjudice à la minorité n’est que l’élément extérieur, la conséquence matérielle de l’abus; celui-ci traduit en réalité une mésintelligence fondamentale entre les associés, caractérisée par la conscience de s’avantager personnellement. Les associés sont désunis. Or il ne suffit pas toujours de rétablir l’égalité entre eux pour reformer leur communauté. La suppression de l’avantage personnel est un moyen de réparer un préjudice occasionnel et ne sert ni à sceller à nouveau l’union des associés ni à liquider leur désunion. Aussi les sanctions de l’abus de majorité devront-elles s’ordonner autour de deux objectifs, la réparation du préjudice subi et la liquidation de la mésintelligence entre les associés”. (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 183 – sem grifos no original).

em decorrência da ruptura da igualdade entre os acionistas, causada pelo abuso de poder de controle⁷²², incluindo-se aí a sanção obrigacional de perdas e danos em favor dos minoritários⁷²³ e a anulação da deliberação tomada com uso abusivo do controle⁷²⁴; e (ii) sanção para reconstrução de *affectio societatis* entre os sócios, decorrente da desinteligência entre eles resultante da obtenção de vantagens particulares por parte do controlador⁷²⁵, incluindo-se aí, entre outras, sua exclusão.

Em explicação do fundamento de aplicação da segunda ordem de sanções acima descritas, Dominique Schmidt afirma que a deslealdade do controlador que abusa de seu poder de comando provocaria uma “desordem coletiva”, de maneira que uma sanção de reparação de danos, per se, não se mostraria suficiente para “ultimar a origem do mal”, que seria a desinteligência entre os sócios⁷²⁶. A partir daí, no que se refere especificamente à medida de exclusão, o autor afirma que esta seria uma maneira de restabelecer a “boa ordem dentro da sociedade⁷²⁷”, justificando-se economicamente pelo fato de alcançar tal objetivo com a dissolução de apenas um vínculo social, embora deva ter uma aplicação limitada, dado seu caráter restritivo de direitos⁷²⁸.

⁷²² “[L]e préjudice subi par les non-majoritaires résulte d’une rupture d’égalité entre les actionnaires” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 183).

⁷²³ “La réparation par équivalent consiste en l’allocation de dommages-intérêts évalués de telle façon que les victimes de l’abus se retrouvent exactement la égalité avec leurs coassociés. Dans l’abstrait, il faudrait que les majoritaires restituent intégralement l’avantage qu’il se sont octroyé et que ce montant soit alors redistribué entre tous les actionnaires” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 187).

⁷²⁴ Cf. SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, pp. 184-186.

⁷²⁵ Para o autor, o abuso de poder de controle representaria uma “insuficiência de *affectio societatis*” (“*l’abus de majorité constitue essentiellement une méconnaissance*”). Segundo ele, a obtenção de vantagens pessoais dividiria os sócios, comprometendo “leur bonne intelligence parce qu’elle détruit la communauté de leurs intérêts” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 190).

⁷²⁶ “La déloyauté des majoritaires provoque un désordre collectif que ne répare pas une indemnisation individuelle. Cela explique aussi qu’une simple réparation du préjudice social ne suffit pas en toute circonstance, parce qu’elle ne permet que la suppression de la rupture d’égalité et n’atteint pas l’origine du mal, la mésintelligence entre les associés” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 190).

⁷²⁷ “Le rétablissement du bon ordre dans la société implique l’exclusion de ceux qui le troublent: l’intérêt social commande l’atteinte au droit propre de l’actionnaire de faire partie de la société” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, pp. 190-191).

⁷²⁸ “[E]lle ne se justifie que par la considération du but économique de l’opération, que vise à restreindre à un seul des associés les effets d’une dissolution qui devrait frapper la collectivité. Mais alors elle ne doit logiquement être prononcée que lorsque toutes les conditions d’une dissolution judiciaire de la société sont réunies. C’est à dire qu’une telle sanction ne sera que très rarement appliquée et que son intérêt est des plus restreint” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 192).

Para o autor francês, portanto, as duas ordens de sanção tem natureza diversa e tutelam bem jurídicos diferentes (a primeira, visaria ao restabelecimento da igualdade patrimonial entre os acionistas (“*rétablir l’égalité entre eux*”) e a segunda, liquidar a desinteligência entre eles (“*liquidation de la mésintelligence fondamentale entre les associés*”).

A lição de Dominique Schmidt é profundamente cara a esse estudo, na medida em que partilha da mesma base sobre a qual essa tese se sustenta: a insuficiência da sanção de reparação de danos para efetivamente repreender o abuso de poder de controle em todas as suas nuances⁷²⁹. Em sentido similar também já se manifestou Comparato, para quem em determinados casos – que o professor não especifica quais seriam –, a sanção de perdas e danos seria insuficiente para “corrigir o descompasso entre a vida social e as exigências empresariais⁷³⁰”.

De nossa parte, sustentamos que tal insuficiência refere-se ao campo de incidência da sanção de cunho meramente obrigacional – o Ordenamento Patrimonial de Wiedemann –, que tutelaria o interesse da companhia, na medida em que visa à recomposição do patrimônio necessário para o atingimento da finalidade⁷³¹. Nesse contexto, careceria de tutela o próprio relacionamento societário, fragilizado pela conduta irregular do acionista controlador que representa, na ótica dos demais acionistas, inadimplemento dos deveres de colaboração e lealdade do acionista controlador para com cada um deles (âmbito do Ordenamento Societário de Wiedemann).

⁷²⁹ “Cela est regrettable car en l’état actuel du droit, la minorité ne peut espérer obtenir d’autres sanctions de l’abus de majorité que le strict rétablissement de l’égalité entre actionnaires; la mésintelligence des associés imputable aux majoritaires reste en revanche impunie, ce qui ne garantit pas l’avenir” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 194 – sem grifos no original).

⁷³⁰ “Entendo que, para sermos coerentes, há casos – os senhores conhecem inúmeros – em que a técnica da sanção ao abuso de controle não é suficiente. Por exemplo, na Lei das Sociedades por Ações, o abuso do poder de controle é sancionado com perdas e danos. Não me parece que, em alguns casos extremos, essa sanção seja suficiente para corrigir o descompasso entre a vida social e as exigências empresariais. Por conseguinte, entendo que seria pelo menos desejável que discutíssemos a questão da possibilidade da exclusão do majoritário” (COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, pp. 47-48 – sem grifos no original).

⁷³¹ “A responsabilidade civil visa à reparação do prejuízo causado, que se traduz em perdas e danos. Tem pois, alcance patrimonial”. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 707).

De fato, o inadimplemento de obrigação social relacionada ao exercício da empresa por parte do acionista controlador frustra a legítima expectativa dos demais acionistas de maneira mais grave, porque a confiança de seus consócios é maior com relação ao controlador do que entre eles. Como contrapeso dessa maior confiança que os acionistas minoritários destinam ao controlador, este fica incumbido de deveres de colaboração e lealdade mais acentuados, seja com relação à companhia (de atuar no interesse social), seja com relação aos demais consócios (de cumprir os termos contratados). No âmbito do relacionamento societário, tais deveres correlatos ao dever de boa-fé visam justamente tutelar esse liame de fidelidade e confiança entre os acionistas da companhia.

Conclusões parciais:

- (i) Os deveres de colaboração e lealdade do acionista controlador estão positivados na LSA, no artigo 116, parágrafo único.
- (ii) Em razão de sua expressa positivação e da relevância do poder-função de controle no comando da companhia, os deveres de boa-fé atribuídos ao acionista controlador (tanto no que se refere à empresa, quanto em relação aos demais acionistas) são mais exacerbados do que aqueles atribuídos aos seus consócios.
- (iii) Exacerbação dos deveres de boa-fé na relação acionista controlador/companhia (âmbito patrimonial da atividade): acionista controlador é o responsável legal por explorar a empresa e atingir o fim social. Nesse contexto, deve guiar suas ações (e omissões) pelo interesse social, sob pena de reparar os danos que causar.
- (iv) Finalidade da sanção de cunho obrigacional (artigo 117 da LSA): tutela patrimonial (da empresa e, reflexamente, dos acionistas minoritários), pelo que impõe a reparação de danos causados pela ação/omissão contrária ao interesse social (seja pelo uso abusivo de um direito, seja pelo inadimplemento contratual).

- (v) Exacerbação dos deveres de boa-fé na relação acionista controlador/demais acionistas (relacionamento societário – âmbito societário): acionista controlador gere patrimônio alheio, motivo porque os acionistas minoritários esperam legitimamente e confiam que ele o fará em respeito ao quanto se comprometeu contratual e legalmente ⁷³² (relações recíprocas entre acionistas não controladores e controlador).
- (vi) Finalidade da sanção de cunho societário: tutela do relacionamento societário, pelo que busca manter a integridade dos laços societários e coibir o comportamento contraditório dos contratantes, notadamente do acionista controlador com relação aos demais acionistas.

4.1.3. QUESTÕES PROBLEMÁTICAS: FIM SOCIAL E GESTÃO EMPRESARIAL

Certas situações podem gerar alguma discussão no que se refere à admissibilidade da medida de exclusão do controlador. Duas questões principais aparecem: (i) a identificação do comprometimento do fim social em razão do inadimplemento do acionista controlador; e (ii) se a má gestão desempenhada pelo acionista controlador poderia ser considerada inadimplemento para o fim de fundamentar sua exclusão da companhia.

Quanto ao primeiro ponto, relembre-se que o fundamento dogmático-jurídico será sempre inadimplemento de dever social reciprocamente assumidos entre os sócios e que compromete a atividade social. Nesse contexto, poder-se-ia argumentar que algum inadimplemento entre sócios, de obrigação social, poderia não comprometer a continuidade da empresa, de maneira a tornar inadmissível a exclusão do inadimplente. Poderia ser o caso, por exemplo, do não pagamento de dividendos pelo acionista controlador ou da diluição de participação acionária dos minoritários.

A exclusão de acionista (e, no mesmo sentido, de acionista controlador), não pode ser utilizada como arma para solucionar desavenças pessoais entre os acionistas. É até por essa razão que entendemos que a obrigação cujo inadimplemento pode gerar a exclusão é uma obrigação assumida reciprocamente entre os acionistas na qualidade de

⁷³² Inclui-se aí os deveres do artigo 116, paragrafo único, da LSA, e o respeito aos direitos essenciais dos acionistas (artigo 109 da LSA).

consócios, no âmbito da empresa. Ou seja, o dever de colaboração ou lealdade inadimplido deve relacionar-se ao escopo comum (exercício da empresa + lucro).

De fato, “a exclusão tem, como elemento comum de justificação, o não cumprimento ou a impossibilidade de o sócio adimplir os seus deveres essenciais, inviabilizando ou colocando em risco a continuidade da própria atividade social⁷³³”. É nesse sentido a conclusão de Comparato, após explicar a natureza de contrato plurilateral da sociedade:

“Daí admitir-se, teoricamente, que o problema da exclusão do sócio só pode ser equacionado em função desse escopo comum, ou seja, se é indispensável para a realização do objetivo de produção e partilha de lucros, ou para a realização do objeto de exploração de uma atividade empresarial o afastamento de um sócio, esse afastamento se justifica. Ele encontra uma razão de justiça e de direito, se pode ser admitido sem a extinção de todas as demais relações que entram num contrato de sociedade. Portanto, tudo é balizado em função desse escopo comum⁷³⁴”.

Eis aí a pedra de toque a identificar o inadimplemento hábil a fundamentar, juridicamente, a exclusão do acionista inadimplente: a frustração do fim social.

Ao agir em seu próprio interesse (ou de terceiro), o acionista controlador prioriza interesse particular, de maneira que deixa de agir no interesse da companhia como deveria. Dessa maneira, emprega atos ou celebra negócios jurídicos que tenham fim diverso da exploração da empresa e da consecução de lucro pelos acionistas por meio da distribuição de dividendos⁷³⁵; ou seja, que não se coordenam de maneira coerente à atividade econômica da companhia⁷³⁶. Demonstrada, portanto, a ausência de tal necessária

⁷³³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 108-130, p. 122.

⁷³⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 41 – sem grifos no original

⁷³⁵ “Quem fala em fins, fala em interesse. Na sociedade anônima, a conduta de qualquer acionista, seja ou não controlador, deve sempre ter em vista o interesse social, assim como o procedimento, omissivo ou comissivo, dos administradores. Nessa perspectiva, como acentua Jaeger, a ênfase do interesse social se dá não tanto sobre a consecução do lucro pelos sócios através da distribuição de dividendos, como sobre o exercício de uma atividade econômica por parte da sociedade, que é o instrumento para conseguir aquele resultado (L’ interesse sociale. Giuffrè, Milão, 1972, pp. 197-198)” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, pp. 71-72 – sem grifos no original).

⁷³⁶ Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, p. 72; em especial o trecho: “Nessas condições, há sempre que considerar que é a finalidade dos atos que determina sua pertinência ao objeto da companhia, levando-se em conta, nessa constatação, a noção exposta de interesse social”.

coordenação coerente de determinado ato ou negócio jurídico com a empresa, verifica-se que o controlador não atuou de maneira imbuída pelo interesse social.

No entanto, para que o eventual inadimplemento enseje a possibilidade de exclusão há que se demonstrar sua **gravidade**; há que se demonstrar que ele inviabiliza ou coloca em risco a atividade social (o escopo-meio, aspecto fundamental do contrato associativo⁷³⁷), seja em razão de sua sistematicidade, pela natureza da obrigação inadimplida ou seus efeitos, por exemplo – o que, por sua vez, comprometerá a finalidade social (“a produção e partilha de lucros⁷³⁸”). Relembre-se que a lucratividade da companhia, como seu fim, decorre diretamente do exercício da empresa definida no estatuto como sendo o objeto da companhia⁷³⁹⁻⁷⁴⁰.

Nesse contexto, alguém poderia argumentar que a não distribuição de dividendos de maneira reiterada seria hábil a configurar inadimplemento do acionista controlador, de maneira a possibilitar sua exclusão do quadro social. Para tanto, poderia ser sustentado que a sistematicidade de uma tal conduta poderia oprimir os minoritários de maneira a compeli-los a vender suas ações ao acionista controlador – o que revelaria uma prática abusiva por parte deste, cuja finalidade poderia ser, eventualmente, a de “expelir” um dado minoritário do quadro social⁷⁴¹. Ou, por outro lado, poderia ser argumentado que

⁷³⁷ “Non è quindi dubbio che l’attività costituisca l’aspetto fondamentale de contratto associativo” (FARENGA, Luigi. *I contratti parasociali*. Milão: Giuffrè, 1987, p. 78).

⁷³⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*. In **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico, Financeiro**. V. 96, outubro-dezembro/1994, pp. 67-72, p. 72.

⁷³⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*. In **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico, Financeiro**. V. 96, outubro-dezembro/1994, pp. 67-72, p. 70.

⁷⁴⁰ “A doutrina mais autorizada põe em destaque que a finalidade lucrativa da empresa tanto se cumpre através da imediata realização e distribuição dos lucros aos acionistas (que Messineo chamou de escopo subjetivo de divisão dos dividendos), quanto através do que Galgano acentuou como sendo a “via imediata” da obtenção de lucros para realizar propósitos de expansão econômica ou para potencializar o exercício da atividade” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72, p. 70). Mais a frente, no mesmo artigo, o professor conclui: “Nessa perspectiva, como acentua Jaeger, a ênfase do interesse social se dá não tanto sobre a consecução do lucro pelos sócios através da distribuição de dividendos, como sobre o exercício de uma atividade econômica por parte da sociedade, que é o instrumento para conseguir aquele resultado (L’ interesse sociale. Giuffrè, Milão, 1972, pp. 197-198), o que coincide com as colocações antes referidas de Messineo e Galgano (v. Item 12 supra)” (op. Cit., pp. 71-72).

⁷⁴¹ Nas palavras de Hodge O’Neal, uma técnica de *squeeze-out*, descrita pelo autor (In O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, pp. 20-28), assim resumida: “Faced with the prospect of getting little or no return for an indefinite period on this investment for which there is no ready market, even on that on paper may appear to be increasing in value, a minority shareholder may reluctantly sell out to the majority shareholders at whatever price they are willing to pay”

a não distribuição de dividendos, *per se*, significaria o não preenchimento do fim social, de maneira que, não havendo a exclusão do acionista controlador, a sociedade seria dissolvida (art. 206, inciso II, alínea *b*, da LSA).

Não se discorda que a participação no resultado da sociedade é direito essencial do acionista, previsto na lei e irrevogável pela assembleia ou estatuto (artigo 109, I, da LSA) e que tal direito de partilhar dos resultados configura o escopo-fim da contratação de uma companhia. Do mesmo modo, a simples negativa de distribuição de lucro pelo acionista controlador pode configurar abuso de poder de controle⁷⁴².

No entanto, para que a mencionada conduta se mostre apta a configurar o inadimplemento para o fim da exclusão pretendida, deverá o acionista descontente demonstrar, em juízo, que tal conduta desempenhada pelo acionista controlador frustra ilegitimamente o fim social.

Essa análise parece necessária uma vez que a mencionada conduta em abstrato poderia configurar medida diligente e circunstancial por parte do acionista controlador, no interesse da companhia, como por exemplo em determinada situação de crise no setor em que a sociedade se insere. É nesse contexto que Comparato já chegou a afirmar que o acionista controlador teria o direito de expropriar os demais acionistas de suas ações se, e somente se, tal medida extrema correspondesse efetivamente ao interesse social e fosse acompanhada de uma reparação patrimonial devida⁷⁴³. Com efeito, “o fim social, na sociedade anônima, é mais amplo do que a mera produção de lucro, justificando-se a não distribuição de dividendos quando a preservação da empresa assim aconselhe⁷⁴⁴”.

(O'NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 24).

⁷⁴² “O mesmo não acontece nas companhias fechadas. Nelas, a forma mais devastadora de abuso do poder do controlador consiste no não-pagamento de dividendos, ou no pagamento de uma remuneração ridiculamente baixa” (COMPARATO, Fabio Konder. *O direito ao dividendo nas companhias fechadas*. In **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 161).

⁷⁴³ “assim como o acionista controlador não pode exercer o seu poder de voto de modo a defraudar o patrimônio social, da mesma forma não tem ele o direito de usá-lo para expropriar os demais acionistas de suas ações; salvo se essa medida extrema corresponder ao interesse da companhia em seu conjunto, e for acompanhada de uma justa indenização” (COMPARATO, Fabio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 68).

⁷⁴⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito Empresarial II – Sociedades anônimas, mercado de valores mobiliários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 268.

É nesse mesmo sentido que Robert Art demonstra que a jurisprudência norte-americana já se posicionou no sentido de que uma decisão de não pagamento de dividendos não representa quebra de “deveres fiduciários” daquele que controla a sociedade se este agiu com boa-fé e com o propósito legítimo de atingir o fim social⁷⁴⁵.

No entanto, constatada que a referida política reflete estratégia para a satisfação do próprio interesse econômico pessoal do acionista controlador em prejuízo da companhia⁷⁴⁶ ou uma “maneira disfarçada de se desviarem lucros da sociedade⁷⁴⁷” – em outras palavras, demonstrado o comprometimento, ainda que potencial, da atividade –, haveria que se permitir, a princípio, a exclusão do acionista controlador inadimplente.

O mesmo se pode dizer com relação à eventual diluição da participação acionária dos minoritários.

Sendo a subcapitalização da companhia motivo para sua dissolução, na medida em que pode caracterizar a não consecução do objeto⁷⁴⁸, é legítimo que o acionista controlador proceda ao aumento do capital da companhia. Em tais casos, ocorrerá, também

⁷⁴⁵ “A decision to withhold dividends does not breach fiduciary duties, the Oregon Supreme Court held, if those in control act “in good faith and the decisions reflect legitimate business purposes rather than the controlling parties’ private interests”. Courts traditionally give substantial deference to business decisions of the directors – a principle often referred to as the business judgment rule. Fiduciary duties are balanced against, and limited by, the prerogative of the majority to manage” (ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The Journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 388).

⁷⁴⁶ “O controlador pode obter satisfação do seu interesse econômico pessoal, na sociedade, sem a distribuição de dividendos, sobretudo, quando ocupa postos de direção na companhia, e se atribui elevados honorários, além de gozar de outras vantagens inerentes ao cargo” (COMPARATO, Fábio Konder. In COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 342).

⁷⁴⁷ “Uma maneira disfarçada de se desviarem lucros da sociedade, os quais, normalmente, deveria aproveitar aos acionistas, consiste na exagerada remuneração dos administradores. O caso ocorre com frequência, quando estes são também os controladores e pode combinar-se, ou não, com a inadequada distribuição de dividendos” (COMPARATO, Fábio Konder. In COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 344).

⁷⁴⁸ Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 155-156; FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito Empresarial II – Sociedades anônimas, mercado de valores mobiliários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 269; ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 142-149. O tema será abordado no capítulo 6.

legitimamente, a diluição da participação social dos acionistas que, a exclusivo critério, não exercitarem seu direito de preferência previsto no artigo 171, *caput*, da LSA⁷⁴⁹.

A diluição injustificada, por outro lado, é hipótese de abuso de poder de controle e parece também configurar inadimplemento do dever de lealdade do controlador para com os acionistas minoritários atingidos, impedidos de exercerem o mencionado direito, em desrespeito ao princípio da isonomia patrimonial⁷⁵⁰. No entanto, seria apta a fundamentar a exclusão do acionista controlador?

Não se discorda que seja de fato direito essencial do acionista a manutenção de “sua participação societária, ou seja, de não vê-la compulsoriamente diluída, com prejuízo a seu quinhão das reservas e acervo social, bem como à sua possível ingerência na administração da sociedade⁷⁵¹”. É essa a natureza do direito de preferência previsto no art. 109, inciso IV, da LSA.

A despeito disso, a análise de eventual diluição de participação social deve ser analisada casuisticamente a fim de se decidir pela admissibilidade ou não da exclusão do acionista controlador. Veja-se, por exemplo, uma determinada espécie de pacto parassocial proposta por Mariana Conti Craveiro, prevendo a renúncia irrestrita e prévia dos signatários ao direito de preferência como medida de financiamento da sociedade pelo acionista controlador, “garantindo-lhe a possibilidade de, a seu critério e a qualquer tempo, fazer aprovar aumento de capital com emissão de novas ações, cuja integralização se dá com o crédito existente contra a sociedade⁷⁵²”.

Em dada circunstância contratual, a autora afirma ser questionável a validade do acordo que, a seu juízo, deveria ser interpretado não apenas à luz dos princípios de

⁷⁴⁹ Conforme nos lembra Carvalhosa, o exercício desse direito é facultativo, renunciável e cedível (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 138 a 205*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 774).

⁷⁵⁰ “A conservação dessa proporcionalidade não tem apenas sentido patrimonial; repercute nos direitos de natureza pessoal do acionista, notadamente porque a lei exige porcentagem mínima de ações para o exercício dos direitos de minoria. Esse princípio legal de isonomia patrimonial impede que ocorra a diluição das participações dos não controladores a favor dos controladores, que têm poderes para propor o aumento sucessivo do capital” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 439). A citação é repetida em CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 138 a 205*. V. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 775.

⁷⁵¹ CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 191.

⁷⁵² CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 192.

direito contratual, mas também do próprio direito societário⁷⁵³. Ainda que possa haver aí a configuração de medida lesiva aos acionistas signatários, expostos que ficam à diluição de suas respectivas participações sociais, e a possibilidade de questionamento judicial a respeito da validade do acordo, tal deliberação é evidentemente benéfica à companhia, que fica com a prerrogativa de compensar dívidas existentes conta si sem a utilização de seus recursos⁷⁵⁴. Nesse contexto, a aparente contrariedade ao dever social de boa-fé entre os acionistas parece, a princípio, não ser fundamento para exclusão do acionista controlador, na medida em que este agiu imbuído pelo interesse social.

A situação muda caso seja constatado que o aumento de capital deliberado não foi realizado no interesse social, “uma vez que a companhia pode não necessitar, naquele momento, de expandir a sua capacidade de produção^{755,756}. Em tal caso, comprovando-se ainda que tal procedimento comprometeu o preenchimento do fim social (tornando, por exemplo, ineficiente o exercício da empresa) – ou seja, que o inadimplemento é *grave* –, a sanção de exclusão parece, a princípio, passar a ser admissível.

Sobre o exercício do direito de preferência e ajustes entre os sócios relativos à compra e venda de ações, Calixto Salomão Filho já afirmou que se trata de “[t]radicionais elementos de disciplina direta das relações entre os sócios, (...), em nada afetam a disciplina ou estrutura societária⁷⁵⁷”. Questões relacionadas à permanência do acionista na sociedade não geram necessariamente consequências para a companhia, motivo porque sua

⁷⁵³ Para que o ajuste seja válido, o mesmo pacto parassocial deveria prever renúncia expressa e específica dos acionistas com relação ao aumento de capital em questão (ou à série de operações de mesma motivação), determinando as condições em que ele será realizado e o valor do preço de emissão a ser aplicado (ou critérios para determiná-lo, com base na lei). Em suma: quais as condições em que o acionista efetivamente concorda em ver sua participação diluída” (CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 192).

⁷⁵⁴ Cf. CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 192.

⁷⁵⁵ Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. Comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 698.

⁷⁵⁶ A esse respeito, registre-se a posição de Mauro Rodrigues Penteado, para quem deveria haver uma inversão do ônus da prova, atribuindo-se ao acionista controlador a comprovação de que a operação de aumento de capital questionada ocorreu no interesse social: “uma vez que o acionista impugnante comprove haver experimentado prejuízos em uma dada operação de aumento de capital, que não apresente utilidade evidente para o interesse social, compete ao acionista controlador demonstrar e provar que a operação foi realizada tendo em vista o interesse da companhia, entendido como o interesse comum dos sócios, ou, então, se for o caso, que a mesma foi ditada por interesses comunitários ou nacionais” (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumento de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 271).

⁷⁵⁷ “[t]radicionais elementos de disciplina direta das relações entre os sócios, não são sequer cobertos pela lei societária (que não revê disciplina para preferência na venda de ações e não traz disciplina de compra e venda, exceto o limite genérico do art. 109), em nada afetam a disciplina ou estrutura societária. Mais delicada é a questão do voto. Aí o efeito perante a sociedade é direto” (SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 124-125 – sem grifos no original).

ocorrência não implica, de maneira automática, a admissibilidade de exclusão do acionista controlador. Da mesma forma a questão do exercício do direito de voto.

O artigo 115 da LSA prevê que será abusivo o voto exercido contra o interesse social, com o fim de causar prejuízo para a companhia **ou** para outros acionistas. No contexto da nossa LSA, Mauro Rodrigues Penteado nos explica que, ainda que se pretenda aduzir que uma dada operação de aumento de capital não causa dano à companhia, “o fato de causar ela dano ao acionista impugnante, associado à falta de justificativa de sua necessidade para o interesse da companhia, caracterizará os votos que a aprovaram como abusivos, ao teor do art. 115^{758,759}”.

O fato de eventual exercício do direito de voto representar prejuízo no âmbito patrimonial da esfera particular de outro acionista, por si só, não seria hábil a admitir a exclusão do acionista controlador (âmbito societário) – embora se configure abusivo. Para tanto, faz-se necessário que o referido voto não tenha sido exercido no interesse social e que seja *grave para a companhia* (comprometa, ainda que potencialmente, a atividade ou a partilha dos resultados).

Nesse contexto é que a tese que aqui se propõe, de admissibilidade da exclusão de acionista controlador, preenchidos os fundamentos e requisitos expostos nos itens precedentes, não se confunde com a teoria norte-americana de “*reasonable expectations*”⁷⁶⁰, embora com ela compartilhe de alguns pressupostos.

⁷⁵⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 263 – sem grifo no original.

⁷⁵⁹ A esse respeito, vale registrar o entendimento da CVM de que é legítimo que o acionista persiga interesse próprio no exercício do voto sem que tal conduta seja considerada abusiva, desde que não comprometa o interesse da companhia ou intencione causar prejuízo aos demais acionistas: “Se o voto não puder violar interesse da companhia, é lícito ao acionista exercê-lo no seu próprio interesse (omissis) enquanto os administradores representam os interesses da companhia, sem poder privilegiar um acionista, um grupo ou uma espécie de acionistas (art. 154, *caput*, e especialmente, seu parágrafo 1º), os acionistas defendem interesse próprio, que muitas vezes são contrapostos aos dos demais acionistas. Nesses casos, se a questão tratar de direitos dos acionistas sem impacto nas atividades da companhia, é lícito ao acionista votar no interesse de sua espécie ou classe, sem levar em consideração o interesse de outra espécie ou classe (desde que não vise causar dano para outros acionistas ou obter vantagem a que não faz jus com prejuízo para companhia ou para acionistas). Dentro de uma mesma espécie ou classe de ações, o acionista pode voltar, observadas essas mesmas limitações, de acordo com seu interesse individual” (CVM, PAS RJ 12/01. Rel. Dir. Pedro Oliva Marcílio de Sousa, j. em 12.1.2006 – sem grifos no original).

⁷⁶⁰ “One of the most significant trends in the law of shareholder relationships in recent decades has been the increasing willingness of courts to look to the reasonable expectations of shareholders to determine whether “oppression” of similar grounds exist as a justification for involuntary dissolution or another remedy” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012

De fato, a teoria norte-americana pode servir para fundamentar pedidos judiciais de recomposição de prejuízos formulados por acionistas minoritários com fundamento na quebra de “deveres fiduciários” do acionista controlador em companhias fechadas⁷⁶¹. O princípio da “expectativa razoável” visa a proteger os acionistas minoritários de condutas opressivas por parte dos administradores ou acionistas controladores na condução da empresa, de maneira a comprometer o investimento dos acionistas minoritários na sociedade. As técnicas de *squeeze-out* promovidas pelo acionista controlador contra os minoritários se encaixam no padrão de conduta opressiva a que o princípio em referência visa a reparar⁷⁶².

Embora a adoção de alguma medida de opressão ou *squeeze-out* pelo acionista controlador possa ser abusiva com relação a um acionista, tal técnica, parece-nos, apenas poderia configurar inadimplemento por parte do acionista controlador hábil a ensejar a medida de exclusão (desde, é claro, existentes os critérios acima identificados), na medida em que a conduta do controlador inviabilizar ou colocar em risco o preenchimento do fim social. Essa é uma avaliação delicada e deve ser feita de maneira casuística, já que uma mesma situação, em abstrato, pode gerar conclusões opostas, a depender das circunstâncias de fato.

É o caso, por exemplo, da destituição de um representante dos acionistas minoritários do cargo de administração da companhia por parte do acionista controlador. Segundo o princípio da “expectativa razoável” descrita por O’Neal, essa poderia ser uma

Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 113). Robert Art explica ainda que a mencionada teoria não busca apenas tutelar as expectativas razoáveis dos minoritários no que se refere ao emprego de técnicas de *squeeze out* pelo acionista controlador: “oppression can be found even though the conduct that frustrates the majority’s expectations does not entail a breach of fiduciary duty by the controlling shareholder. Conduct can be oppressive even though it does not include typical “squeeze-out” techniques, such as absence of dividends or payment of excessive salaries to the controlling shareholders. (...) If those in control exercise their power in a manner that breaches the reasonable expectations of the minority, they must in some other manner fulfill the expectations” (ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The Journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 390). Para mais a respeito da teoria, V. ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 220-224.

⁷⁶¹ Cf. O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, pp. 115-116.

⁷⁶² Sobre as técnicas de *squeeze-out* do controlador contra os minoritários, O’Neal descreve tratar-se de “various techniques by which persons in control of an enterprise deprive minority owners of their interest in the business or of a fair return on their investment” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 2).

situação típica de opressão do acionista controlador per se, quando efetuada de maneira abrupta; ou seja, quebrando a expectativa do minoritário de permanecer na administração da companhia⁷⁶³⁻⁷⁶⁴. Da mesma forma o sistemático não pagamento de dividendos de maneira injustificada, a fim de estrangular financeiramente os minoritários e adquirir suas ações a preço extorsivamente baixo, dada a iliquidez das ações da companhia⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶.

No primeiro exemplo acima, a princípio, não nos parece seja o caso de admitir-se a exclusão do acionista controlador, embora a conduta possa configurar-se; parecendo-nos admissível a hipótese em estudo no tocante ao segundo exemplo, que evidentemente frustra o fim social (nesse caso, notadamente o interesse comum)⁷⁶⁷.

⁷⁶³ “Denial of a shareholder’s continued employment or of a proportionate share in the return on the capital invested in an enterprise has been held to be significant enough to warrant relief if the parties’ expectations were for each shareholder’s active participation in the enterprise” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 120).

⁷⁶⁴ “E, todavia, no campo dos direitos dos acionistas minoritários que a casuística norte-americana tem se mostrado ainda mais notável, devido, em boa parte, à expansão e a um maior rigorismo da aplicação da doutrina dos *fiduciary duties* nas sociedades anônimas de capital fechado. Assim, dentre os recentes casos que abordaram a matéria merece destaque o de Wilkes v. Springside Nursing Home Inc., onde se entendeu que os acionistas minoritários de uma companhia fechada possuem um justo direito de integrar sua administração. Considerou-se, no caso, que a demissão injustificada de um sócio minoritário que ocupava a administração da sociedade caracterizava nítida opressão dos acionistas majoritários (*oppression of the minority shareholder*), frustrando, assim, as razoáveis expectativas (*reasonable expectations*) detidas pelos sócio minoritário diante da companhia e dos demais acionistas” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 147-148 – sem grifos no original).

⁷⁶⁵ “A minority shareholder is sometimes handicapped in his attempt to obtain a satisfactory price for his stock by the fact that he may be pressed for cash, especially if he wants to enter another business; whereas the majority owner usually is in no hurry to acquire the minority shares. The majority owner therefore is in a position to wait to see whether the minority owner will become desperate enough to sell at the offered price” (O’NEAL, Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, capítulo 2, pp. 44-45). Em nota, o autor explica como a estratégia em referência pode ser implementada pelo acionista controlador de companhia fechada, exemplificando com um caso de Nebraska, cujas únicas informações são essas, dado que o autor não divulga os dados do caso para preservar o anonimato das partes: “[a]n apparent squeeze-out strategy in a Nebraska Corporation followed this pattern. The majority shareholder made an offer to the other shareholders and made no further attempts at negotiation. He simply waited. Thereafter, dividends were kept low, profits being retained in the business. Whenever a minority shareholder needed money badly enough, he would sell out at the price offered by the majority shareholder. (Citation withheld to preserve the anonymity of the parties)” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, capítulo 2, p. 45, nota 12).

⁷⁶⁶ “Pode acontecer, mesmo, que a sistemática retenção de lucros líquidos constitua uma política deliberada de “congelamento” da minoria, como se diz no jargão societário norte-americano, compelindo-a a desfazer-se de suas ações a baixo preço” (COMPARATO, Fábio Konder. *In* COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 342).

⁷⁶⁷ A esse respeito, destaca-se a posição de Zanini no sentido de que tal exemplo seria fundamento hábil para a dissolução judicial da companhia nos termos do artigo 206, inciso II, alínea b, da LSA – ou seja, tal conduta abusiva do controlador comprometeria, para o autor, o fim social. Confira-se: “Todavia, naquelas situações em que assiste aos sócios uma expectativa legítima de receber parte dos lucros auferidos pela sociedade na forma de dividendos, somente uma razão muito consistente poderia justificar sua não-

Nesse contexto, para a constatação de que conduta é hábil a ensejar sua exclusão, haveria que se verificar se a ação do acionista controlador (i) configura inadimplemento de dever social de cooperação (colaboração ou lealdade) entre os sócios, na medida em que for contrária ao escopo comum contratado; e (ii) compromete o fim social. A referida análise demonstra que o emprego da exclusão de acionista, seja ele controlador ou não, não pode ser utilizada para mitigar conflitos maioria-minoria; a exclusão apenas poderá ser admitida quando a dissensão entre acionistas revelar o comprometimento do fim social.

Assim é que, embora de fato algumas técnicas de *squeeze-out* possam configurar inadimplemento por parte do controlador apto a ensejar sua exclusão da companhia, essa correlação não é imediata e pode não ser exata a depender do caso concreto. Nesse sentido é que se registra a necessidade de avaliar em cada caso a existência dos fundamentos e critérios de admissibilidade descritos nos capítulos precedentes para fins de admitir a medida de exclusão⁷⁶⁸.

distribuição. Nesses casos, soa-nos absurdo pretender exigir do sócio que se restrinja a propor ações de responsabilidade contra os controladores. Parece-nos muito mais razoável – sendo essa a linha seguida pelo direito norte-americano – possa ele promover a ação de dissolução, sustentando que uma companhia que frustra reiteradamente as expectativas razoáveis dos sócios minoritários, ao negar-lhes uma remuneração razoavelmente esperada em contrapartida a seu investimento, não está a preencher seu fim” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 164).

⁷⁶⁸ É necessário fazer a ressalva que o próprio Hodge O’Neal faz com relação ao princípio da “expectativa razoável”, de acordo com determinados precedentes norte-americanos, que parecem corroborar a tese de que é necessário verificar caso a caso a possibilidade de ensejar medidas contra o acionista controlador sob a alegação de opressão do acionista minoritário. O autor se refere ao fato de que o aumento do uso do “reasonable expectations standart” refletiu uma evolução no sentido de avaliar não apenas a conduta do controlador/administrador da companhia, mas também o comportamento do acionista minoritário que recorre ao Judiciário sob a alegação de quebra de “deveres fiduciários”(Cf. O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 127). Exemplifica o autor: “[w]hen majority shareholders point to the minority’s conduct as the reason for the majority’s act, for example, claiming that the minority shareholder was fired because of a lack of sales or ineffective job performance, courts nevertheless have provided some relief if termination would frustrate the parties’ expectations. When the unsatisfactory job performance can be traced to more affirmative and egregious misconduct of the minority shareholder, however, courts are less sympathetic. A New Jersey court denied relief to a son-in-law who had been terminated as an employee of the family business in which he held a minority interest. The court found that the son-in-law failed to learn the business and performed in an unsatisfactory way, so that his firing did not violate the reasonable expectations of the parties. Similarly, a New York court refused to order the rehiring of a minority shareholder charged with embezzlement” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, pp. 128-129). No entanto, há de se notar que, embora possa haver uma ponderação do princípio da “expectativa razoável” no caso concreto, a fim de avaliar se a conduta do controlador foi ou não opressiva, parece não haver uma avaliação do impacto da conduta do minoritário “frustrado” ou do controlador em relação à companhia para fins de apuração da ocorrência ou não de uma conduta opressiva.

Embora a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo não seja uníssona, conforme verificado por ocasião do estudo da *hipótese jurisprudencial* de exclusão de acionista (*cf.* item 3.3), interessante julgado de 2009 descreve justamente a necessidade de comprovação de que o acionista que se pretende excluir tenha praticado atos contrários ao objeto social. É esse o raciocínio do voto do Desembargador Relator, que manteve as razões da sentença de negar o pedido de exclusão judicial em análise:

“Nesse sentido, efetivamente não se comprovou desvio de conduta com resultado prejudicial à sociedade, ou mesmo abuso na sua gerência. Ademais, muitas das ações imputadas ao sócio Flávio revelam muito mais omissões dos outros, autores dessa ação e que nunca exigiram prestação de contas, exibição de livros, etc.

Também, colhe-se do v. acórdão por cópia às fls.559/605 que não houve irregularidade na proposta de aumento de capital da sociedade Clímax. Muito embora referida decisão tenha analisado semelhante reclamação dos filhos do falecido sócio Sérgio e que também reclamaram da representação do seu espólio, o fato é que pode ser aproveitada essa solução porque bem evidencia a ausência de intenção contrária aos objetivos sociais e do dever de gerência do sócio e réu Flávio” (TJSP, Apelação cível nº 386.684.4/1-00, Voto nº 9276, Des. Rel. Teixeira Leite, 10.12.2009).

Ainda a respeito do caso concreto acima, vale ressaltar que a decisão de 1ª instância, transcrita parcialmente pelo Relator do recurso de apelação, posicionou-se no sentido de que, havendo desentendimento entre os acionistas minoritários e o acionista controlador, responsável efetivamente pela gestão da empresa, poderia haver fundamento para a dissolução parcial da companhia, mas jamais para a exclusão de um dado acionista⁷⁶⁹. O raciocínio é interessante e parece, de fato, coadunar-se à tese aqui proposta na medida em que identifica que (i) de forma geral, a alegada “quebra de *affectio*

⁷⁶⁹ “O poder da administração não se mostra abusivo só porque está sendo exercido em desconformidade com a vontade de outros sócios, que ainda unidos não formam maioria suficiente para superar os votos arregimentados por efetivamente administra a sociedade, pois, repita-se mais uma vez, a falta de obtenção de consenso geral não pode ser imputada a nenhum dos sócios, muito menos como falta grave, e suscita apenas dissolução”. (...). “O fato de o dissenso entre os sócios ser tão grande que inviabiliza inclusive a realização de reuniões deliberativas entre os cotistas não constitui, nem mesmo em tese, descumprimento grave por um dos sócios de alguma obrigação. Assim, como nenhum dos sócios pode ser compelido a concordar com o outro a respeito dos rumos da empresa, tampouco pode exigir que algum dos outros mude suas próprias convicções.

Depreende-se dos autos que o réu Flavio vem contando com o apoio da inventariante do Espólio titular de parte do capital social, com o que a falta de reuniões entre todos os sócios é demonstração de falta de *affectio societatis*, a ser dirimida pela dissolução, total ou parcial, da sociedade, e não pela exclusão judicial.

Os fatos atinentes ao aumento de capital do laboratório Clímax estão sendo objeto de demanda própria. Ainda que assim não seja, não caracteriza falta grave no desempenho de obrigação social o fato de um dos sócios pretender ver aprovada na assembleia de uma sociedade anônima uma determinada deliberação, inclusive porque da própria inicial da presente demanda se depreende que os demais acionistas, dentre os quais os autores, foram cientificados não só da assembleia como estiveram presentes quando se deu a deliberação. Em outras palavras, não se pode extrair do simples fato de existir dissenso entre os sócios a respeito do mérito da atuação do outro sócio que administra a sociedade a caracterização de falta grave. Também neste ponto o que exsurge é a perda da afeição social, para a qual o remédio é a dissolução, não a exclusão compulsória” (sem grifos no original).

societatis” não é fundamento suficiente para ensejar a exclusão social; e, especificamente, (ii) o descontentamento de acionistas minoritários com as decisões de gestão, por si só, não caracteriza inadimplemento do dever de colaboração ou lealdade por parte do acionista controlador – e, portanto, não autoriza a medida de exclusão.

A segunda questão que compete analisar nesse tópico refere-se à possibilidade de a má gestão empresarial configurar-se inadimplemento do acionista controlador.

A regra da decisão empresarial impede que o Poder Judiciário – ou também a CVM, no caso das companhias abertas –, avalie a conveniência das políticas empresariais adotadas pelo acionista controlador, devendo ater sua eventual análise ao âmbito da legitimidade de tais políticas; vale dizer, à compatibilidade de sua adoção com o interesse social⁷⁷⁰⁻⁷⁷¹. Nesse contexto, conforme nos ensina Carvalhosa “[o] uso regular do poder de controle não é questionável mesmo que o seu resultado econômico seja a não criação de

⁷⁷⁰ “Essa autonomia de decisão da política empresarial por parte do controlador somente pode ser arguida quando há quebra do seu dever fiduciário, que se desdobra na estrita observância do dever de lealdade, de diligência e de inexistência de conflito de interesses. Assim, somente quando evidenciada a prevalência de outro direcionamento que não o do interesse da companhia e de seus acionistas minoritários, violando a lei, o estatuto, e de que resulte efetivo prejuízo para ambos, direta ou indiretamente, cabe adentrar no mérito dos atos ou da conduta do controlador. O pressuposto é o da autonomia do juízo de negócios, que a lei atribui autonomamente ao controlador (art. 116, *caput*). Somente quando houver quebra do dever fiduciário (art. 116, parágrafo único) é que o Poder Judiciário, arbitral ou administrativo (CVM), pode adentrar no mérito (*intrinsic fairness*) da conduta do controlador” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 692 – sem grifos no original).

⁷⁷¹ Conforme já decidiu a CVM, “[a] regra da decisão empresarial parte de uma comparação empírica de competências institucionais: via de regra, a administração e o controlador estão em melhores condições de decidir o que é melhor para a companhia do que a CVM. Logo, o reexame do mérito de suas decisões pouco tem a contribuir para o interesse social, podendo até gerar efeitos adversos, como aversão ineficiente a risco e burocratização desnecessária do processo decisório” (CVM, PAS Nº 2008/1815, Dir. Rel. Eli Loria, julgado em 28.4.2009). No entanto, a regra apenas será aplicável na existência de 3 pressupostos cumulativos, nos termos da decisão da CVM referente ao PAS Nº 2005/1443, proferida pelo então Diretor Pedro Marcílio, em 10.5.2006: “(i) decisão informada: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação; (ii) decisão refletida: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e, (iii) decisão desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (*duty of loyalty*)”. Confira-se a semelhança da aplicação da regra em referência no Direito norte-americano: “the business judgment rule is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company” (Moran v. Household Intern. Inc. 200 A.2d 1246, 1356, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 92371 (Del. 1985)) (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 12, nota 28 – sem grifos no original).

valor para a companhia, em vista da condução ineficiente ou improdutiva das atividades da empresa⁷⁷².

De fato, uma política empresarial que se revele desastrosa com o tempo não poderá ser objeto de responsabilização por parte do controlador, ainda que tenha resultado em danos patrimoniais à empresa – desde que, naturalmente, a referida política tenha sido comprovadamente adotada no exclusivo interesse da companhia⁷⁷³.

Para tanto, caberá analisar a boa-fé do acionista controlador na tomada da decisão empresarial; se o acionista controlador agiu com o cuidado e diligência que qualquer outro acionista prudente empregaria na condução da política da companhia⁷⁷⁴⁻⁷⁷⁵ ou na condução dos próprios negócios⁷⁷⁶. Nesse contexto, conforme ressalta Comparato, o

⁷⁷² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 706.

⁷⁷³ “Isso não significa que o acionista controlador possa ser responsabilizado quando adotar uma decisão que posteriormente revele-se inadequada, causando danos à companhia. Assim, por exemplo, se resolve investir parcela significativa dos recursos na companhia em determinado empreendimento, inserido no objeto social, que não produz os resultados esperados, não poderá ser responsabilizado por tal fato, exceto se ficar demonstrado que tomou tal decisão não no interesse social, mas em seu interesse próprio” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. Comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 692-693 – sem grifos no original).

⁷⁷⁴ “Esse dever de lealdade do controlador mede-se, sobretudo, pelo princípio da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422 do Código Civil), que, em si, embute o dever de diligência. Assim, o princípio da boa-fé objetiva aplica-se sempre no exame da conduta do controlador. Consequentemente, não será o controlador responsável por desacertos na condução política da companhia (*policy maker*), desde que fique demonstrado ter agido com o devido cuidado e diligência. Isto posto, a configuração ou não da responsabilidade do controlador verifica-se comparativamente, ou seja, se o controlador agiu com a mesma diligência que outro controlador prudente empregaria, em circunstâncias semelhantes” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 626).

⁷⁷⁵ A esse respeito, em duas ocasiões diferentes, O’Neal nos exemplifica com casos julgados na jurisdição norte-americana em que, questionada judicialmente a política empresarial determinada pelo acionista controlador, coube aos acionistas minoritários demonstrar que o mesmo objetivo poderia ter sido alcançado por meio alternativo menos arriscado em relação a seus interesses. Seguem as passagens, especificamente: “shareholders in close corporation owe one another a duty of “utmost good faith and loyalty”, but once the majority advances a legitimate business purpose for its action, “it is incumbent upon the minority shareholders to establish that... the same legitimate objective [could have been achieved] through an alternative course less harmful to the minority’s interest” (Leader v Hycon, Inc., 395 Mas. 215, 479 N. E. 2d 173 (1985))” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, pp. 25-26, nota 34 – sem grifos no original). “The earlier holding by the Massachusetts court, Donahue v. Rodd Electrotypes, Inc., had emphasized the duty of utmost good faith and loyalty, but here the court added some tempering language that the duty must be balanced against the majority’s right to selfish ownership. Under the approach set out in the opinion, the court should first require the controlling shareholder to demonstrate a legitimate business purpose for their action and then permit the minority shareholder to demonstrate that the business purpose can be achieved by an alternative course of action less harmful of the minority” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 62 – sem grifos no original).

⁷⁷⁶ “o dever de diligência expressa-se normativamente pela figura do controlador ativo e probo, que deve dispensar aos negócios societários o mesmo cuidado que dispensaria na condução dos próprios interesses. Daí o caráter fiduciário do poder-dever de diligência, próprio do exercício do controle (parágrafo único do

acionista controlador deverá ser responsabilizado à reparação dos danos que causar à companhia quando agir com negligência⁷⁷⁷ de maneira que, “cumprindo estritamente as obrigações legais e estatutárias, não lhe é imputável responsabilidade pelo fato de não ter logrado criar valor para a companhia^{778,779}”.

Trata-se, portanto, de obrigação de meio: o dever de agir de maneira leal e colaborativa na tomada de decisões em favor da companhia. Assim, o controlador apenas passa a ser responsável pelos danos causados à empresa em razão da implementação de decisões empresariais quando comprovada a quebra de seu dever de boa-fé, instituído pelo artigo 116, parágrafo único, da LSA, na condução da empresa – ainda que eventual resultado negativo decorra de erros legítimos de decisão ao definir uma determinada política⁷⁸⁰ ou de uma decisão empresarial que apenas se justifica em razão de uma circunstância específica porque passa a companhia⁷⁸¹.

Uma das explicações para esse padrão de responsabilização (apenas na comprovação de atuação com negligência ou com intenção de causar danos à companhia) é

art. 116)” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 693).

⁷⁷⁷ “O acionista majoritário será responsável por sua negligência no exercício do poder de controle e pelos danos que daí resultam (art. 186 c/c art. 927 do Código Civil)” (COMPARATO, Fabio Konder. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 74, nota 14).

⁷⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 693.

⁷⁷⁹ Em sentido similar, Yves Guyon, para quem: “la gestion est plus une question d’opportunité que de légalité et il n’existe pas actuellement en ce domaine de règles suffisamment précises. La gestion d’une entreprise suppose l’acceptation de certains risques. Ce n’est pas parce que tel ou tel d’entre eux se réalise que le dirigeant sera nécessairement fautif. Bref ce que l’on est en droit d’exiger des administrateurs ce n’est pas un don prophétique, mais seulement le souci d’éviter des mesures que l’on devait considérer comme déraisonnables au moment où elles ont été prises compte tenu des informations dont disposaient les intéressés” (GUYON, Yves. *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*. Tomo 1. 11ª ed. Paris: Economica, 2001, p. 493 – sem grifos no original).

⁷⁸⁰ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 75 a 137*. V. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 693-694; ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 150-151. Nesse sentido, sentença O’Neal: “[h]onest errors of judgment should not subject to liability” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 3, p. 14).

⁷⁸¹ “La référence à l’abus de majorité ne peut constituer la sanction d’une politique malheureuse, c’est-à-dire finalement d’une erreur de gestion. En effet le juge ne doit pas se substituer aux dirigeants dans l’appréciation de ce qui est opportun ou inopportun. Une décision n’est pas abusive du seul fait qu’elle déplaît aux minoritaires et qu’elle produit des résultats dont certains sont contestables, la meilleure solution n’étant souvent que la moins mauvaise. Il faut un acte dont le caractère anormal peut s’apprécier objectivement par référence à l’intérêt social. L’acte abusif présente donc quelques analogies avec l’acte anormal de gestion, notion bien connue en droit fiscal. Par conséquent une situation financière critique peut justifier une décision que, en temps normal, aurait été contestable” (GUYON, Yves. *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*. Tomo 1. 11ª ed. Paris: Economica, 2001, p. 490 – sem grifos no original).

o de evitar que o acionista controlador e administradores da companhia, por receio, acabem desempenhando um “*defensive management*”; ou seja, adotando apenas decisões empresariais “seguras”, o que pode tornar-se uma estratégia empresarial pouco produtiva para a companhia a longo prazo⁷⁸².

Nesse cenário, em que a responsabilização no âmbito patrimonial decorrerá em razão da negligência do acionista controlador, da mesma maneira, para fins de admissibilidade de sua exclusão, deverá restar comprovado que agiu ele em desatendimento de suas obrigações sociais (na qualidade de sócio) e, via de consequência, de seus deveres de boa-fé para com os demais acionistas e em comprometimento da empresa. Apenas em tal contexto, nos parece, será possível afastar a regra da decisão empresarial⁷⁸³ e admitir a penalização do acionista controlador à sanção societária da exclusão.

⁷⁸² “It is tempting to view violations of the director’s or officer’s duty of care as a kind of corporate “malpractice”, analogous to malpractice committed by other professional such as doctors or auditors. But the analogy is weak because defining “reasonable care” is far more difficult for directors than, say, for doctors. The misconduct that violates the duty of care is nominally described as “negligence” or “gross negligence”. Yet, most jurisdictions recognize a second principle of corporate law, the business judgment rule, which effectively insulates from legal challenge business decisions taken in good faith (that is, without intent to harm the Company). This low standard of liability has two principal justifications. The first is that judges are poorly equipped to evaluate highly contextual business decisions. In particular, absent clear standards hindsight bias can make even the most reasonable managerial decision seem reckless *ex post*. The second is that, given hazy standards and hindsight bias, the risk of legal error associated with aggressively enforcing the duty of care would inevitably lead corporate decision-makers to prefer safe projects with lower returns over risky projects with higher expected returns. Ultimately, shareholders may stand to lose more from such “defensive management” than they stand to gain from deterring occasional negligence” (ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *What is corporate law? In The anatomy of Corporate Law – a comparative and functional approach*. 2ª ed. Nova York: Oxford University, 2009, p. 79 – sem grifos no original).

⁷⁸³ “The duty of care is really an affirmative duty to the care for the corporation inherent in the statutory grant of authority to the board. That duty means that the board must affirmatively make decisions in good faith, do so advisedly, and must not abdicate its function. Not surprisingly, such failures are not covered by the business judgment rule and directors are exposed to liability” (RHEE, Robert J. *The tort foundation of duty of care and business judgment. In Notre Dame Law Review*. V. 88:3, pp. 1139-1198, p. 1198 – sem grifos no original).

4.1.4. ASPECTOS FORMAIS DA EXCLUSÃO DO CONTROLADOR EM S.A.⁷⁸⁴. PROCEDIMENTO, LEGITIMIDADE E EFEITOS

No presente item, verificaremos as questões que envolvem a exclusão do acionista controlador basicamente referentes (i) ao procedimento e legitimidade de propositura da ação judicial; (ii) aos efeitos da exclusão para o acionista excluído (apuração de haveres e responsabilidade pós-contratual); e, (iii) aos efeitos da exclusão para a companhia.

O artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA, base processual sugerida para a exclusão do acionista controlador conforme visto, prevê expressamente que a causa para o pedido judicial deve ser comprovada em ação proposta por acionistas que representem 5% ou mais do capital social.

Além do quanto já abordado no capítulo 3, o recurso ao mencionado artigo da LSA ao invés do emprego do artigo 1.030 do CC/02 para fundamentar processualmente o pedido de exclusão possui também a vantagem de evitar a discussão a respeito da legitimação ativa para a propositura da ação judicial⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ A ideia do presente item não é a de analisar a natureza da sentença ou as condições da ação judicial, por exemplo. Não se pretende, portanto, um estudo processual do tema. Para tanto, conferir ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 231-265. Procuraremos dar enfoque às questões relacionadas ao aspecto societário da exclusão de acionista controlador no que diz respeito, principalmente, às implicações da medida para o acionista excluído e para a companhia – o que nos permitirá, em seguida e justamente por essa razão, partir para a análise da conveniência do emprego da medida.

⁷⁸⁵ A discussão doutrinária, que tem como ponto de partida a expressão legal “*iniciativa da maioria dos demais sócios*” do artigo 1.030 do CC/02, é sintetizada por Adamek no seguinte sentido: “[a]lguns estudiosos sustentam que, ao aludir a “*iniciativa da maioria dos demais sócios*”, o legislador teria exigido uma deliberação dos sócios para legitimar a atuação judicial da sociedade, (...). Os que assim pensam distinguem entre a iniciativa da medida, que seria “da maioria dos demais sócios”, e a legitimação ativa para a ação, que seria da sociedade. (...). O mérito dessa interpretação é dar solução a um delicado problema de ordem processual, possibilitando que a relação processual venha a ser válida e integralmente composta pela simples inclusão da sociedade, no polo ativo, e do excluendo, no polo passivo, sem fazer depender o processamento da causa da presença de todos os sócios no polo ativo ou, em caso de recusa de um deles (e pelo só fato de não concordar com a exclusão), no polo passivo, como litisconsorte do excluendo, com todos os ônus associados ao fato de alguém figurar pessoalmente como parte em juízo, seja no polo ativo ou no passivo. Outros estudiosos, no entanto, ainda influenciados pela prática consolidada em torno do ajuizamento das ações de dissolução parcial à luz do regime anterior, entendem que no citado art. 1030 do Código Civil não se teria exigido nenhuma deliberação para a propositura da ação de exclusão e que, portanto, o polo ativo da demanda deve ser composto por sócios representando a maioria dos demais sócios (computada essa maioria por capital e não por cabeça), e o polo passivo pelo sócio excluendo e pelos demais sócios que porventura não tenham assentido em promover a ação (estes últimos, porém, apenas para integrar a relação processual, sem que contra eles se venha, ao final, a pronunciar qualquer ato de exclusão); a sociedade, por sua vez, apenas para constar, haveria de figurar no polo ativo ou no polo passivo, tanto faz. (...)” (ADAMEK, Marcelo

Segundo ensina Dalmartello, tratando de sociedade de pessoas, cada sócio possui, em abstrato, o direito à resolução contratual em relação ao sócio inadimplente⁷⁸⁶. O sócio ou sócios que atuam no sentido de resolver o vínculo social relativo ao contratante inadimplente o fazem no interesse dos contratantes adimplentes (o que inclui a si próprio e compõe o interesse social, excluído o interesse do sócio excluendo)⁷⁸⁷, de maneira a demonstrar que a exclusão refere-se, diretamente, ao âmbito do relacionamento societário. Nesse contexto conclui o autor:

“La realtà, dunque, è che l’esclusione del socio, se pure è destinata a riflettersi nell’ente sociale, e se pure, sotto l’aspetto della continuità di vita della persona giuridica, può apparire d’interesse della persona giuridica stessa, è, in effetti, assolutamente estranea all’azione sociale, e fa capo unicamente ai soci come tali⁷⁸⁸”.

Nesse contexto, a ação que objetive a exclusão do acionista inadimplente proposta por um ou mais sócios que representem 5% ou mais do capital social aproveita, naturalmente, a todos os demais⁷⁸⁹. E por esse motivo que, recorrendo à lição de Chiovenda⁷⁹⁰, Dalmartello sugere a existência de um litisconsórcio ativo necessário entre

Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por fata grave no regime do Código Civil*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.), 2011, pp. 185-215, pp. 211-213). Para mais, ver PROENÇA, José Marcelo Martins. *A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual*. In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 169-184, pp. 179-184.

⁷⁸⁶ Cf. DALMARTELLO, Arturo. *Il rapporti giuridici interne nelle società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 118.

⁷⁸⁷ “l’azione del socio, in quanto si dirige alla pretesa dell’adempimento, realizza una finalità generale, comune a tutti i soci (...), e, quindi, attua una finalità della collettività sociale; l’azione del socio o dei soci, in quanto si dirige alla risoluzione del rapporto nei confronti del socio o dei soci escludenti, non attua più l’interesse della generalità dei soci, quale è costituita in quel momento, ma l’interesse di un categoria di soci (gli adempienti) contro al socio, o ai soci, inadempienti” (DALMARTELLO, Arturo. *Il rapporti giuridici interne nelle società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 116).

⁷⁸⁸ DALMARTELLO, Arturo. *Il rapporti giuridici interne nelle società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 117.

⁷⁸⁹ “Ci troviamo, insomma, di fronte a uno di quei casi in cui, secondo il limpido pensiero del Chiovenda, esiste un rapporto giuridico tale che non può esistere fra A e B, senza insieme esistere necessariamente fra A e C, fra A e D e così via; infatti, l’inadempienza del socio A verso il socio B è al tempo stesso inadempienza verso il socio C, e verso il socio D, poiché l’adempimento delle prestazione del contrato di società è dovuto così a B, come a C e a D: l’esclusione del socio A dalla società non può avvenire nei confronti di B, senza avvenire anche in quelli di C e D. Respinta, rispetto ad un socio, la domanda di esclusione il convenuto potrà opporre la cosa giudicata agli altri soci che si facciano in seguito a riproporla: e ciò non perché questi fossero rappresentati nel primo giudizio, ma perché fra i soci corre un rapporto tale che il diritto di esclusione non può spettare ad uno se fu negato ad altri, salvo che, s’intende, le successive azioni non si basino su diversi motivo d’esclusione. Accolta invece la domanda di un socio, l’esclusione è operata dalla sentenza necessariamente rispetto a tutti i soci: l’azione di un singolo socio rende superflua quella degli altri”. (DALMARTELLO, Arturo. *Il rapporti giuridici interne nelle società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 119 – sem grifos no original).

⁷⁹⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. V. 2. Roma: Foro Italiano, 1931, pp. 450-455, do que destacamos a seguinte passagem: “[a]nalizzando ancor più il fenomeno, si vedrà che l’unità concettuale del volere sociale è data dall’unità concettuale dell’organizzazione sociale. Come la società esiste

os acionistas adimplentes, pela natureza da relação jurídica existente entre eles (“*rapporto preesistente al processo*”⁷⁹¹”) (conforme, inclusive, dispõe o artigo 47 do nosso Código de Processo Civil).

Até por conta dessa “pluralidade de sujeitos investidos do poder de exigir a exclusão do inadimplente”, de que pode decorrer dificuldades práticas (por exemplo, a propositura de mais de uma ação de maneira descoordenada entre os acionistas adimplentes), é que Auletta chegou a defender que tal *dificuldade* seria superada pela atribuição de personalidade jurídica à sociedade, que passaria a ser titular de tal “poder”⁷⁹².

No entanto, dado que a legitimidade ativa para a ação judicial que busca a exclusão de acionista está declarada pela lei (art. 206, inciso II, alínea *b*, da LSA), não há grandes elucubrações a serem feitas a esse respeito – diferentemente, de fato, do quanto ocorre com relação ao artigo 1.030 do CC/02.

De toda forma, verifica-se a compatibilidade da lição de Dalmartello e de Chiovenda com a finalidade imediata da exclusão de tutela do relacionamento societário e mediata de preservação da empresa. De tal maneira que, ainda que a exclusão do sócio inadimplente vise mediatemente a preservação do interesse social (até porque apenas pode ser admitida caso o fim social esteja comprometido pela conduta irregular do sócio excluendo), de maneira imediata busca a sancionar conduta contraditória do contratante que, quando da celebração do contrato de sociedade, se obrigou reciprocamente perante aos demais a adimplir os deveres sociais.

Nesse contexto, no âmbito de incidência do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA, seguimos o magistério de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca a respeito da legitimidade

necessariamente rispetto a tutti i soci, così il volere sociale; come quella non potrebbe sciogliersi se non rispetto a tutti i soci, così questo non può cessare che per tutti” (Op. Cit., p. 452).

⁷⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. V. 2. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 440.

⁷⁹² “Particolare importanza politica assume, nei contratti con comunione di scopo, l’esercizio di quei poteri, che si escludono a vicenda nel loro esercizio; così, di fronte all’inadempimento di uno dei contraenti, si può chiedere l’adempimento ovvero la risoluzione del rapporto; così, contro il socio che viola il divieto di concorrenza, si può chiedere il risarcimento del danno ovvero la comunicazione dei guadagni. La pluralità dei soggetti investiti di tali poteri può dar luogo a seri difficoltà pratiche, quando alcuni preferiscono ricorrere a un rimedio giuridico, altri al secondo. (...) Nelle società di commercio la difficoltà viene superata dall’attribuzione della personalità giuridica. Tali poteri possono essere esercitati solo dalla persona giuridica società, onde praticamente può sorgere disputa soltanto sull’organo investito di tali poteri: così, nelle società in nome collettivo, se trattasi dell’amministratore o della assemblea dei soci o di ogni singolo socio (...)” (AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937, pp. 58-59 – sem grifos no original).

da ação de exclusão fundamentada no artigo 1.030 do CC/02, para identificar a legitimidade ativa dos sócios e a necessidade de a sociedade integrar o polo ativo da ação em litisconsórcio necessário, na medida em que, da sentença que determinar a exclusão do acionista controlador, decorrerá a obrigação da companhia de pagar-lhe os haveres devidos⁷⁹³.

Proposta a ação judicial⁷⁹⁴; garantido o contraditório e a ampla defesa ao acionista controlador; e transitada em julgado a sentença de exclusão, à sociedade será imputada a obrigação de pagamento dos haveres do acionista excluindo, que, a partir de então, passa a ser credor da sociedade.

O fundamento da apuração dos haveres em caso de dissolução parcial *strictu sensu* ou exclusão “tem por escopo preservar o *quantum* devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios, remanescentes em detrimento dos retirantes⁷⁹⁵”. Nesse cenário, há que se efetuar o balanço especial de determinação, por meio do que se levanta o valor do patrimônio líquido da sociedade (ativo apurado menos o passível exigível). A esse respeito, a jurisprudência brasileira⁷⁹⁶ tem entendido ser necessária, igualmente, a apuração dos bens imateriais da sociedade (o “fundo de comércio”⁷⁹⁷⁻⁷⁹⁸) para pagamento ao

⁷⁹³ “A sociedade também deverá fazer-se presente no pólo ativo da ação – em litisconsórcio passivo necessário com os sócios – porquanto é dela a obrigação de pagar os haveres do sócio que é compulsoriamente afastado” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101).

⁷⁹⁴ A esse respeito, vale registrar a posição de Comparato, para quem a exclusão de sócio, de forma geral, e pelo fato de requerer uma “justa causa”, requereria um exame de mérito judicial: “[n]ão me parece que esse remédio extremo, que esse remédio heroico, possa ser exercido, ou passa ser imposto, sem que houvesse a possibilidade de um controle de mérito, de um exame da justiça ou injustiça dessa medida. (...). Eu continuo a pensar que a exclusão de sócios é um remédio heroico, que deve ser feito por justa causa, e, por conseguinte, há um ônus daqueles que desejam se utilizar desse remédio de recorrer ao Judiciário” COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48, p. 47.

⁷⁹⁵ STJ, Recurso Especial 38.160-SP, 3a. Turma, j. em 9.11.1993.

⁷⁹⁶ Para o fim a que a pesquisa jurisprudencial pretendeu neste trabalho, foram analisados os repertórios de jurisprudência digital do STJ (critério de pesquisa: exclusão + acionista) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (critério de pesquisa: exclusão + acionista + apuração + haveres + sociedade + anônima).

⁷⁹⁷ “A expressão fundo de comércio é também empregada, frequentemente, como sinônimo de estabelecimento, significando, portanto, o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos de que se utiliza o empresário, de forma organizada, para o exercício de sua atividade. No direito francês, estabelecimento equivale a *fonds de commerce*, enquanto na Espanha, indistintamente, se utiliza, como equivalentes, *hacienda*, *establecimiento comercial* ou *fondo de comercio*. No Direito Argentino, a expressão *establecimiento comercial* é empregada como sinônimo de *fondo de comercio*. Muitos dos autores nacionais também consideram o fundo de comércio como o próprio estabelecimento comercial. (...). No Direito Brasileiro, todavia, a partir do Dec. 24.250 de 20 de abril de 1934 – a chamada Lei de Luvas –, a expressão fundo de comércio ganhou uma nova conotação, já que o objetivo daquele diploma legal era o de proteger o

acionista excluindo⁷⁹⁹. Nota-se que para jurisprudência, sendo hipótese de dissolução parcial *lato sensu*, haverá que se apurar o valor de mercado das ações, sendo indiferente tratar-se de dissolução parcial *strictu sensu* ou exclusão.

Segundo Olavo Zago Chinaglia, ao se identificar a natureza jurídica dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento como lucros cessantes (antecipação de resultado econômico decorrente da exploração da atividade), tornar-se-ia possível distinguir em que hipóteses de dissolução parcial do vínculo societário o pagamento de tais valores seria verdadeiramente adequado⁸⁰⁰ (ou seja, se seria apropriada a adoção do método de fluxo de caixa descontado⁸⁰¹). Tratando-se de caso de exclusão social, os bens imateriais não deveriam ser pagos ao sócio excluindo; a seu juízo, e ao contrário do entendimento jurisprudencial, seria ilógico propor o pagamento de elementos intangíveis àquele que colocou em risco a própria continuidade da empresa⁸⁰².

ponto ante a renovação do contrato de locação comercial. Passava, assim, a designar o próprio aviamento. Curiosamente, no entanto, a expressão fundo de comércio, na jurisprudência, acabou por abranger, ao lado do aviamento, todos os elementos imateriais integrantes do estabelecimento: nome, marca, local, direito, ao arrendamento, concessões, etc.” (FONSECA, Priscila M. P. Correa. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 194-195 – sem grifos no original).

⁷⁹⁸ “O fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na apuração dos haveres, por ocasião da dissolução, sem que a sua inclusão caracterize julgamento extra petita. III - A inclusão, entre os haveres, dos dividendos porventura não pagos ao sócio retirante, ainda que não pedida expressamente, tem por objetivo evitar o enriquecimento indevido do sócio remanescente, não configurando julgamento *extra petita*. (...)” (STJ, Recurso Especial nº 271.930 – SP, 4ª Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.4.2001). No mesmo sentido, STJ, Recurso Especial nº 907.014-MS, Min. Rel. Antônio Carlos Ferreira, j. em 11.10.2011; STJ, Recurso Especial nº 130.617-AM, 4ª Turma, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior, j. em 18.10.2005; STJ, Recurso Especial nº 43/395-SP, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 28.6.1999; STJ, Recurso Especial nº 564.711-RS, 4ª Turma, Min. Rel. Cesar Asfor Rocha, j. em 13.12.2005.

⁷⁹⁹ Nesse sentido, os julgados TJSP, Apelação 1021367-06.2013.8.26.0100, Des. Rel. Tasso Duarte de Melo, Voto 14.388, j. em 1º.7.2014; TJSP Apelação 0003579-80.2011.8.26.0224, Rel. Des. Ênio Zuliani, Voto 26.399, j. em 21.5.2013; TJSP, Apelação com revisão 9154634-64.2001.8.26.0000, Rel. Des. Justino Magno Araújo, j. em 39.5.2008.

⁸⁰⁰ Cf. CHINAGLIA, Olavo ZAGO. *Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13ago2008, p. 152.

⁸⁰¹ “O método do fluxo de caixa descontado, por sua vez, é o que melhor reflete o valor econômico da empresa. Sem descartar os elementos contábeis, analisa a situação da empresa dentro do contexto macroeconômico, projetando lucros futuros nos próximos cinco a dez anos, mas aplicando taxa que reduz o valor futuro para presente. O método traça uma perspectiva de lucro, sem desconsiderar os riscos” (TJSP, Apelação n. 0101528-30.2007.8.26.0003, Des. Rel. Ricardo Negrão, j. em 25.2.2013 – Voto 22.762, p. 10).

⁸⁰² Cf. CHINAGLIA, Olavo ZAGO. *Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário*. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. Orientação: Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. Defendida em 13ago2008, p. 150. Um pouco antes, detalha o autor que “a indenização dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento não será devida ao sócio que tiver sido legitimamente excluído da sociedade, em razão do descumprimento de deveres sociais ou ameaça à continuidade da empresa. Do contrário, estar-se-ia

Em sentido similar registre-se a posição de Hernani Estrella a respeito das sociedades regidas pelo CC/02, para quem aqueles que recusam ao sócio desligado qualquer participação no valor dos bens incorpóreos teriam como justificar-se plenamente em razão do princípio da “conveniência econômica e social” que a manutenção da sociedade implica, na medida em que, por conta da preservação da sociedade a despeito da retirada de um sócio, seria imposto a esse sócio retirante a predominância dos interesses sociais sobre os seus próprios interesses particulares, de sorte a impedir o pagamento dos bens intangíveis a ele⁸⁰³.

Além da questão do pagamento dos haveres devidos, é também aspecto referente aos efeitos da exclusão ao acionista excluindo a responsabilidade residual que lhe é imputada. Observada a perda do *status socii*, o acionista excluído torna-se credor de seus haveres, o que naturalmente não obsta eventuais perdas e danos a que ainda deva perante à companhia em razão de sua conduta irregular.

Nesse contexto, se alguma indenização a título de lucros cessantes (bens imateriais relativos às ações de sua titularidade) couber ao acionista excluindo, tal deveria ocorrer apenas em caso de eventual excedente resultante da compensação entre a apuração de tais lucros cessantes e os eventuais danos causados pelo acionista controlador à companhia. Relembre-se que tratamos, do aspecto patrimonial do inadimplemento e seus efeitos (que não se confunde com o aspecto societário, em que se situa a sanção de exclusão propriamente).

admitindo o pagamento de lucros cessantes àquele que, pelo seu comportamento, colocou em risco a própria realização desses lucros” (Op. Cit., p. 144).

⁸⁰³ “O desligamento do sócio não afeta, senão limitadamente, o ente societário. Nesse sentido, não tem ele direito a compartilhar dos bens intangíveis. Isso pela óbvia consideração de se conservarem integrados na sociedade, enquanto esta não se extinguir. Esta última solução, dizem os opositores, iria consagrar o enriquecimento dos sócios remanescentes em detrimento do pedido. (...). Mesmo inaceitando-se a teoria institucional, não se pode recusar a aplicabilidade de alguns de seus postulados à disciplina das entidades coletivas comerciais. O poder disciplinar em relação aos seus membros, pelo qual se fundamenta o direito de expulsão daquele que se mostra pernicioso, a subordinação do individual ao social, o predomínio majoritários, etc., são indícios veementíssimos, senão provas irrefutáveis, de que, sob muito aspectos o interesse particular do sócio é sobrepujado pelo interesse social. Essa subordinação indisfarçável se reflete decisivamente sobre o próprio conceito de justiça distributiva, nas relações entre sociedade e sócio, impondo, por vezes, tratamento que seria iníquo fora destas relações. Aqui, porém, encontra explicação satisfatória, não só naquela subordinação, como ainda na nítida contraposição de interesses, com a predominância dos sociais sobre os individuais. Isto é assim, porque “a posição de membro a respeito do corpo não é a mesma que aquela entre um indivíduo independente em face de uma parte em relação ao todo e, em consequência, seu direito à justiça distributiva fica inteiramente subordinado às exigências do bem do corpo em seu conjunto. É assim que, se o bem do corpo o exige, nas sociedades privadas, os lucros serão subtraídos à distribuição, afetados à reserva ou terão outras destinações” (ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 125).

Por fim, vale analisar os efeitos da exclusão do acionista controlador para a companhia. Segundo Henrique Cunha Barbosa, a fim de tornar o pagamento de haveres “mais indolor para a sociedade”, o autor propõe a aquisição das ações de titularidade do acionista controlador pelos demais acionistas, “nas proporções e preferências respectivas (art. 171), mantendo incólumes patrimônio, capital e participações societárias⁸⁰⁴”.

Outra solução poderia ser a promoção de leilão especial na bolsa de valores, nos moldes do artigo 107, parágrafo 2º, da LSA; ou a ordem judicial de compra das ações (“*court order purchase of shares*⁸⁰⁵”) do acionista excluindo pela companhia para a permanência em tesouraria (e futura venda) ou cancelamento (na existência de lucros ou reservas, nos termos do artigo 30, alínea *b* da LSA) ou de venda de tais ações a determinado sujeito, indicado, por exemplo, pelos autores da demanda judicial e aprovado pela sociedade, litisconsorte passiva da ação judicial.

Todas as alternativas não implicam redução do capital social. A última delas, no entanto, parece especialmente interessante tratando-se, o acionista excluindo, de peça importante para a consecução de atividade. De fato, a ordem de venda compulsória de suas ações a outro sujeito parece permitir que o novo sócio, igualmente apto a prestar determinada prestação, passe a integrar a sociedade, de maneira a preservar a execução da empresa.

A respeito das mencionadas ordens judiciais de compra/venda de ações, Robert Art explica ser possível que o acionista minoritário que propõe ação judicial contra o acionista controlador tendo por objeto a quebra de “deveres fiduciários” deste, compre todas as ações do controlador ou parte suficiente para diluir a participação do acionista então controlador⁸⁰⁶. Considerando que tratamos aqui de ação judicial promovida no

⁸⁰⁴ BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 112.

⁸⁰⁵ Cf. ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 412. Segundo explica o autor, “[o]nce the selling shareholder delivers the shares to the purchaser pursuant to the judicial order to purchase, the seller has no further rights as a shareholder” (ART, Robert. *Op. cit.*, pp. 413-414). De acordo com o autor, tais ordens judiciais estão inseridas no âmbito das ações judiciais propostas por acionistas “oprimidos” pelos acionistas controladores de companhias fechadas, como remédio à opressão.

⁸⁰⁶ “[B]uyout is the most common resolution of dissolution proceedings. The shares purchased are most commonly those belonging to the party asserting oppression, but the remedy is not restricted in that manner. In certain fact situations, it may be equitable for the party asserting oppression to buy all of some of the controlling shareholders’ shares, to modify the control relationships” (ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The journal of**

interesse da companhia e que não se confunde com os *direct suits* fundamentados na *reasonable expectations theory* (interesse pecuniário do acionista minoritário espoliado), talvez essa solução apenas fosse possível com a anuência da sociedade em juízo, de maneira a atestar que a medida seria adotada no interesse social. De qualquer maneira, havendo a compra apenas parcial da participação societária do acionista controlador, não haverá propriamente sua exclusão social.

Por fim Robert Art ressalta que, quando da eventual determinação judicial de venda das ações do acionista controlador, o juiz deve levar em consideração aspectos financeiros (como a questão da liquidez das ações e o fato de que os demais acionistas da companhia podem não ter recursos para comprar a participação do acionista controlador) e legais envolvendo a companhia (como restrições contratuais à circulação das ações)⁸⁰⁷.

Uma questão interessante pode surgir se forem inexistentes lucros ou reservas da companhia e não for encontrado substituto ao acionista excluindo. Em tal realidade, os haveres devidos seriam pagos ao acionista excluindo à conta do capital social, de maneira a implicar sua redução. A par da questão da conveniência do emprego da medida de exclusão em tal contexto, a ser abordada no próximo capítulo, poderia ser argumentada a inadmissibilidade jurídica da exclusão em tais casos em virtude do tratamento legal conferido à redução do capital social.

De fato, a tutela da integridade do capital social é inerente à LSA, dada a limitação da responsabilidade dos sócios e a função de garantia dos credores que reveste o instituto, o que imprime tratamento estrito a sua regulação (artigo 173, *caput*, da LSA) e a

Corporation Law. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 412). E mais a frente exemplifica o autor: “[f]or example, in *Naito v. Naito*, 35 P.3d 1068 (...), shareholders holding 49,5% of the voting stock and 40% of the non-voting stock asserted oppression. Id. At. 1073, 1079. One remedy might have been to require the holder of the 50,5% of the voting stock to sell enough shares to bring the two groups into equality, to promote even more negotiation, or to reverse the power relationship. The court did not actually grant that remedy, in part because the previous owner of the 49,5% bloc and the current owner of the 50,5% bloc had deliberately arranged for that division upon the death of the First, in order to prevent deadlock. Id. At 1074, 1079-80. In a different case, in the absence of a deliberate arrangement, a court might require the dominant group to sell all or part of its holdings” (ART, Robert. Op. cit., p. 412, nota 276 – sem grifos no original).

⁸⁰⁷ “The court must consider financial or legal constraints on the corporation’s or purchasing shareholder’s ability to purchase the shares. Financial constraints include liquidity problems, recognizing that business and their owners rarely have sufficient cash on hand to purchase a large quantity of stock at once. Legal constraints include the statutory restrictions on payment of distributions to shareholders and private agreements to limit payments to shareholders in bond debentures or loan agreements” (ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The Journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418, p. 413).

possibilidade de objeção dos eventuais credores quirografários sobre a deliberação da companhia a respeito de sua redução (artigo 174, § 1º, da LSA)⁸⁰⁸. Não se nega a importância e a necessidade de respeito a tais regras cogentes do nosso ordenamento.

A hipótese de exclusão de acionista por inadimplemento do dever social de cooperação, tal como a hipótese de exclusão de acionista por inadimplemento do dever social de conferimento (artigo 107, II, da LSA), no entanto, não trata de hipótese de redução facultativa do capital social. Conforme visto, a hipótese em estudo decorre de decisão judicial proferida pela interpretação sistemática da lei a fim de preservar a empresa, do que parece depreender-se o caráter obrigatório e institucional da redução do capital social necessária nesse caso. A partir disso, seria defensável a admissibilidade da exclusão de acionista conforme descrita nesse trabalho a despeito da existência de lucros ou reservas da companhia e sem a previsão de oposição dos credores quirografários⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Sobre a função do capital social na sociedade anônima ver ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 131-132; GARCIA, Alexandre Hildebrand. *A redução do capital social (em companhias abertas e fechadas)*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 25mai2009, pp. 64-79; PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 13-14.

⁸⁰⁹ “Tanto no Decreto-Lei nº 2.627/40, quanto na Lei nº 6.404/76, encontra-se a ressalva de que tal regra [artigo 174 da LSA] não se aplica às hipóteses de resgate e ações caídas em comisso, o que faz todo o sentido, pois são hipóteses de redução obrigatórias, não sendo possível, portanto, obstá-las pela manifestação de credores ou exigir que estes recebam o pagamento antecipado de seus créditos por uma medida à qual a companhia não se pode furtar. Em linhas gerais, pode-se resumir a regra relativa ao cabimento da oposição de credores, na formulação de que ela é cabível nas reduções facultativas, em que ocorra redução do patrimônio social” (GARCIA, Alexandre Hildebrand. *A redução do capital social (em companhias abertas e fechadas)*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 25mai2009, p. 145).

4.1.5. A ADMISSIBILIDADE DA HIPÓTESE COMO INCENTIVO À COOPERAÇÃO DO CONTROLADOR E INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO SOCIETÁRIA

Na introdução da edição de 2014 da clássica obra de Comparato, “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, Calixto Salomão Filho faz um importante alerta, que nos parece seja, justamente, a pedra angular dessa tese:

“Particularmente, dentro das organizações sociais, é preciso estar atento aos determinantes estruturais que fazem com que indivíduos se comportem de maneira cooperativa ou estratégica. A última forma de comportamento gera particular preocupação em face dos abusos que podem dela decorrer. É preciso, portanto, incentivar o primeiro tipo de atitude, desestimulando o segundo. A análise jurídica do fenômeno do poder dentro da sociedade anônima insere-se dentro dessa linha de preocupações”⁸¹⁰.

A inexistência de hipótese específica e expressa de exclusão de acionista por inadimplemento do dever de cooperação na LSA, nesse contexto, deve ser analisada com cuidado.

De acordo com o que se pretendeu deixar claro nesse trabalho, em um ambiente de controle definido e permanente – e por mais que a LSA tenha procurado institucionalizar contrapesos ao poder de controle⁸¹¹, dentre os quais os direitos inalienáveis –, não há barganha entre minoritários e acionista controlador: há, por outro lado, sujeição da minoria à maioria⁸¹².

Tratando-se de sociedade anônima fechada com restrição à livre circulação de ações, a situação parece se agravar na medida em que a relação acionista controlador vs. não controladores pode tornar-se ainda mais desequilibrada – pendente de prerrogativa, evidentemente, a posição do acionista controlador⁸¹³. O desequilíbrio acentuado, em

⁸¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19 – sem grifos no original.

⁸¹¹ “Isso não significa que não existam limites estruturais e comportamentais relevantes ao exercício do poder de controle na própria lei das sociedades anônimas. Esses limites são os pilares sobre os quais se ergue a disciplina do poder de controle, que encarando a realidade de sua existência, têm como dever em certos casos limitá-lo ou mesmo eliminá-lo (limites estruturais), em outros casos restringir seu exercício submetendo-o à sua função (social) ou aos interesses da sociedade (limites comportamentais)” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *In* COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, nota 5, p. 42).

⁸¹² Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. *In* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56.

⁸¹³ “In a close corporation setting, the norm of free transferability of shares is illusory. Because of the size of the business and the small number of participants there is no ready market for interests in the enterprise.

ambiente em que já inexistente barganha, pode representar ainda maior incentivo à adoção de comportamento estratégico, ao invés de cooperativo, por parte do controlador.

A ausência de previsão legal a respeito da exclusão de acionista por descumprimento de dever social não nos parece de fato uma omissão legal: faz todo o sentido dentro da lógica acionária, conforme visto ao longo do trabalho. No entanto, em determinado arranjo contratual (restrição à livre circulação + prestações acessórias), distante do modelo da “grande empresa privada” que serviu de inspiração aos legisladores, a referida inexistência de previsão legal pode ser interpretada, de maneira maliciosa por dado acionista controlador, como uma autorização para toda sorte de inadimplementos de deveres sociais assumidos perante os demais acionistas e em favor do escopo comum.

Sob o discurso de que já há previsão legal de sanção para o comportamento abusivo por parte do acionista controlador – a responsabilização por perdas e danos –, acaba-se por consagrar sua impunidade em relação à quebra dos deveres de boa-fé contratados com os demais acionistas. Essa é a conclusão de Dominique Schmidt, ao declarar que a sanção imputável ao acionista controlador por abuso de poder de controle apenas faz a restabelecer a igualdade entre todos os sócios pecuniariamente, deixando no entanto impune a “*mésintelligence*” entre eles⁸¹⁴ – o que dota o relacionamento societário de insegurança e desconfiança a partir de então.

E mais do que isso: a manutenção no quadro acionário de controlador que espolia, quando deveria buscar a geração de riquezas da companhia, parece configurar cenário oposto àquele exigido pelo princípio da preservação da empresa, inserido no contexto da perspectiva institucional da companhia.

Indeed, because of the close personal relationship that characterizes the closely held business, the participants often affirmatively restrict who can join the enterprise to avoid being stuck in an intimate relationship with someone with whom they are not compatible. In this intimate illiquid relationship the corporate norms of centralized control and majority rule can easily become instruments of oppression. When harmony between participants breaks down, a minority participant may find that the majority interests can manage the affairs of the corporation in unexpected ways” (O’NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012, cap. 7, p. 8 – sem grifos no original).

⁸¹⁴ “Cela est regrettable car en l’état actuel du droit, la minorité ne peut espérer obtenir d’autres sanctions de l’abus de majorité que le strict rétablissement de l’égalité entre actionnaires; la *mésintelligence* des associés imputable aux majoritaires reste en revanche impunie, ce qui ne garantit pas l’avenir” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, p. 194).

Tal realidade parece temerária, ainda que ausente regulação específica a esse respeito em nossa LSA.

Conforme explica Calixto Salomão Filho, com base na obra de K. Dowding, a estrutura das relações individuais que configura o poder de controle acaba por determinar o comportamento do indivíduo⁸¹⁵. Se a referida estrutura não prevê, ainda que por interpretação jurisprudencial, a possibilidade de repreensão no âmbito societário (e não apenas obrigacional) do comportamento contraditório do acionista controlador em relação a seus pares, parece-nos, ele tenderá a adotar comportamento oportunista.

Com efeito, de acordo com o que nos ensina José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho, “[c]ondutas oportunistas podem ser racionais se os acionistas tiverem interesses particulares conflitantes ou simplesmente não coincidentes plenamente com os da sociedade⁸¹⁶”, o que se soma ao fato de que, ainda segundo o autor, baseando-se em Oliver Williamson, dado contratante estará disposto a explorar a posição de fraqueza da contraparte se, com essa conduta oportunista, produzir mais benefícios para si do que custos⁸¹⁷.

Em um ambiente em que custo do oportunismo para o acionista controlador se resume ao eventual pagamento das perdas e danos à companhia, pode haver aí um incentivo para que ele deixe de adimplir seus deveres de cooperação, caso consiga, a partir de tal conduta omissiva ou comissiva contrária ao seu dever de boa-fé para com os demais acionistas, extrair mais benefícios para si do que o quanto poderia vir a ser compelido a pagar à sociedade em razão do artigo 117 da LSA. Em outras palavras, o que se quer dizer é que a imposição de apenas sanção obrigacional pode ser insuficiente para incitar um comportamento cooperativo por parte do acionista controlador em relação a seus pares (dado o contexto de supremacia da vontade da maioria), o que tende a prejudicar, por via reflexa, a companhia e seus *stakeholders*.

⁸¹⁵ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 18.

⁸¹⁶ PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *A estabilidade da firma: o alinhamento esperado do poder de controle na sociedade por ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, pp. 90-113, p. 103.

⁸¹⁷ “Williamson extrai que contratos são intrinsecamente incompletos e que a parte de uma transação está disposta a explorar a posição de fraqueza da contraparte se isso ocasionar mais benefícios que custos para o agente oportunista” (PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *A estabilidade da firma: o alinhamento esperado do poder de controle na sociedade por ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, pp. 90-113, p. 102).

Por outro lado, caso esteja em jogo sua própria participação societária na companhia, pode se tornar menos conveniente ao acionista controlador, racionalmente, adotar comportamento oportunista: o custo de tal comportamento pode superar os benefícios que daí poderiam ser extraídos.

É nesse sentido que a formação de um ambiente cooperativo, por meio da interpretação dos deveres de boa-fé a que o acionista controlador fica adstrito perante os demais contratantes ao celebrar o contrato de sociedade, nos termos do artigo 116, parágrafo único, da LSA, poderia estimular a preservação da fidelidade e confiança entre ele e os demais acionistas, de maneira a instá-lo ao cumprimento de seus deveres sociais em atingimento do escopo social – única maneira de atender o interesse comum dos sócios. Eis aí o papel do Direito como instrumento de atingimento do “bem da convivência”⁸¹⁸ – e, via de consequência, para o caso dessa tese, de conservação da empresa.

A interpretação dos deveres sociais atinentes ao *status socii* do acionista controlador a fim de admitir a hipótese de sua exclusão social, além de ser incentivo importante à cooperação do acionista controlador em relação aos demais contratantes (e, em razão disso, elemento de equilíbrio no relacionamento societário), acaba por se revelar verdadeiro instrumento para combater o exercício do poder de controle contrário à finalidade para a qual foi instituído na LSA.

A esse respeito, e ainda segundo Calixto Salomão Filho, o princípio geral de conflito de interesses (aplicável a todos os gestores de patrimônio alheio) também pode ser considerado limite estrutural à técnica de organização do controle; ou seja, instrumento a partir do que se pode controlar o comportamento dos administradores e do acionista controlador⁸¹⁹. Assim, os deveres fiduciários a que o acionista controlador está adstrito representariam “critérios para aplicação da regra de conflito”⁸²⁰. Ainda que se concorde com a importância da regra do conflito de interesses como limite ao poder de controle e instrumento para a criação de um ambiente cooperativo entre acionista controlador e

⁸¹⁸ “Se os homens só procurassem realizar o *seu* bem nas relações com os outros homens e com o Estado, se os homens não tivessem também que cooperar ao *bem da convivência* como condição de seu próprio bem, não haveria Direito” (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 309 – destaques do original).

⁸¹⁹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 126-129.

⁸²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127.

demais acionistas⁸²¹, bem como se constate o papel dos deveres de boa-fé nesse cenário, a par das hipótese de “*divieto de voto*”⁸²², a sanção prevista para os casos de abuso do direito de voto é a de perdas e danos – que não implica, portanto, a restauração da boa-fé no relacionamento societário. Nesse contexto, ainda restaria necessária a configuração de um limite estrutural ao poder de controle que tutelasse o próprio relacionamento societário de maneira paralela à tutela da empresa.

É nesse cenário que nos parece essencial admitir a exclusão de acionista controlador por inadimplemento de deveres sociais como hipótese validamente possível no âmbito da LSA, a despeito da inexistência de previsão legal. A aplicação da sanção, conforme se pretendeu demonstrar nesse trabalho, dar-se-ia por meio da interpretação dos deveres de boa-fé entre os acionistas como instrumento de limitação do poder de controle, a partir do que se busca eliminar seu exercício ilegítimo (em sentido contrário à respectiva finalidade), que “viola o mandamento constitucional” pelo desatendimento da função social da empresa⁸²³.

Os deveres de boa-fé, portanto – e da mesma forma como ocorre no que se refere à regra de conflito de interesses –, serviriam de critério para a aplicação da exclusão social (na medida em que o gatilho da hipótese é justamente o inadimplemento grave dos deveres de colaboração e lealdade do acionista controlador para com os demais contratantes).

⁸²¹ “A questão do conflito de interesses é na verdade nuclear para o controle do exercício do poder pelo controlador e para a própria criação de um ambiente societário cooperativo. (...), a moderna teoria dos jogos demonstra que o comportamento individual é fortemente influenciado pela estrutura de relacionamento interindividual. Se essa estrutura estimula a cooperação, haverá possibilidade de cooperação, caso contrário não. (...). A regra do conflito de interesses formal tem, portanto, dupla função. Além de evitar decisão seguramente prejudicial à sociedade, ajuda a formação de um ambiente cooperativo, fundamental para seu desenvolvimento” (SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 335-336). E mais a frente, o mesmo autor: “Na perspectiva institucional organizativa a regra de conflito de interesses assume uma função nova e bem mais importante. Trata-se do instrumento mais importante de depuração dos interesses individuais dos sócios, permitindo a convivência e a cooperação societária” (Op. Cit., p. 338).

⁸²² Para Calixto Salomão, a regra do artigo 115, parágrafo 1º, da LSA, traduziria regra de conflito formal em todas as hipóteses. Sem entrar na acalorada discussão doutrinária a esse respeito, apenas se registra a posição contrária de Erasmo Valladão, para quem a hipótese de voto com interesse conflitante com o da companhia seria regra de conflito substancial. (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Conflito de interesses: formal ou substancial? Nova decisão da CVM sobre a questão*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 128, outubro-dezembro/2002, pp. 225-262). Para mais a respeito da controvérsia conferir SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 336-337, nota 35.

⁸²³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 478.

De fato, o dever de boa-fé é importante balizador de condutas e “fator de limitação ao exercício de direitos”⁸²⁴. Não por outra razão, Calixto Salomão Filho nos aconselha a interpretar o “princípio geral do art. 116 da lei societária” como instrumento de limitação do poder de controle⁸²⁵. E foi a partir daí que se procurou estabelecer a exclusão do acionista controlador – para além de medida (i) de tutela do relacionamento societário, procurando preservar a integridade dos laços societários (a fidelidade e confiança dos contratantes adimplentes que permanecerem sócios); e (ii) equidade, por tolher o acionista inadimplente da participação dos resultados da companhia⁸²⁶ – como sanção ao exercício do poder de controle que subjuga a função social para a qual foi instituído na LSA e inviabiliza, real ou potencialmente, o preenchimento do fim social, em desatendimento ao compromisso de fidelidade e confiança assumido reciprocamente entre os contratantes.

Essa parece ser a conclusão de Comparato, transcrita a seguir:

⁸²⁴ “Ela [boa-fé objetiva] possui, conseqüentemente, uma ótica tripla: trata-se de um elemento a mais na interpretação da norma jurídica pública ou privada, de modo a facilitar a aplicação da mesma de acordo com a sistemática do ordenamento; apresenta-se também como um elemento criador de novos deveres para as partes juridicamente relacionadas (como os deveres de informar, de cooperar, de prestar contas e de sigilo); bem como consiste em fator de limitação ao exercício de direitos, ou mesmo de supressão desse exercício, caso, por exemplo, o mesmo seja realizado com vistas a prejudicar a outrem, e não para atingir propriamente o seu resultado (jurídico, social ou econômico)” (CVM, Processo Nº RJ 2004/1660, Diretora Relatora Norma Jonsenn Parente, julgado em 18.5.2004 – sem grifos no original).

⁸²⁵ “Por outro lado, existem fundamentos teleológicos para a limitação do poder, inclusive dentro da sociedade anônima. Trata-se da única forma crível de reequilíbrio social. De outro lado, como visto ao longo dos comentários, hoje se tem por demonstrado que o poder econômico, dentro ou for a da sociedade, se não for dilapidado por limites estruturais, torna-se incontrolável por uma mera disciplina de condutas. (...). A questão passa a ser, portanto, como instrumentalizar a disciplina societária a esses objetivos. Meios existem, basta aplica-los. É o que ocorre com o princípio geral do art. 116 da lei societária e com a disciplina do conflito de interesses que, como visto, quando bem interpretada é poderoso instrumento de limitação do poder de controle. Essa definição de limites estruturais ao poder de controle pressupõe a evolução das ideias tanto sobre os fins quanto sobre os meios de exercício do poder de controle, que carece ainda de muito mais elaboração” (SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 479 – sem grifos no original).

⁸²⁶ “Pensamos, porém, que o estrito respeito daquele princípio (o princípio da igualdade de tratamento dos sócios) exige somente que cada um dos sócios não possa ser objeto do arbítrio da maioria, que não possa ser vítima de medidas arbitrárias e discriminatórias que se pretendem tomar em relação a ele, sem justificação bastante. Esta a razão de ser de tal princípio, que de modo algum resulta prejudicado quando se exclui um sócio com fundamento em motivo grave. Por outro lado, o princípio de igualdade dos sócios, se concede iguais garantias contra as arbitrariedades da maioria, significa também que uns e outros devem colaborar no exercício da atividade econômica a que a sociedade se destina, devem contribuir para a prossecução do interesse comum (cada um, evidentemente, de acordo com a posição que ocupa na sociedade). Já se vê, portanto, como a exclusão do sócio cuja presença na sociedade se torna incompatível com a boa marcha [d]os negócios sociais, longe de contrariar o aludido princípio, resulta afinal de uma exigência da própria ideia de tratamento igualitário dos sócios: à sociedade há de ser lícito excluir aquela que não colabora na realização do escopo comum” (AVELÂS NUNES, Antônio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 275)

“Fundamento da legitimidade do poder de controle, no setor avançado da economia, ou seja, aquele que dita as leis do mercado, é o cumprimento dessa sua função social, conforme o princípio constante do art. 170, III, da Constituição de 1988. Isto significa, em estrita lógica, que, onde o controle se exerça em sentido contrário a essa sua finalidade, torna-se antijurídico, por violar o mandamento constitucional. A legitimidade, ou fundamento axiológico do poder, é, no caso, elemento integrante do conteúdo literal da norma. A sanção natural, por conseguinte, é a perda do direito ao controle; não, apenas, pela nacionalização da empresa, que é remédio para os casos extremos, em que estão em jogo interesses fundamentais da nação, em seu conjunto, mas também da expropriação do controle, em proveito de outro empresário.

Como se percebe, a medida punitiva não se aplica, apenas, aos administradores da pessoa jurídica, mas também aos seus controladores, de direito ou de fato. Trata-se de sanção da incompetência na gestão empresarial, independentemente de qualquer prova de desonestidade, em aplicação do princípio de que o exercício do controle, ou da administração de uma pessoa jurídica, é uma função social.

A via está assim aberta, no direito comparado, à expropriação do poder de controle, em benefício de outros empresários, pelo descumprimento de sua finalidade⁸²⁷.”

A conclusão de Comparato de que seria possível a “expropriação do controle” na hipótese de exercício ilegítimo de poder de controle parece irretocável. Evidentemente, ninguém pode ser privado de sua condição de acionista de maneira indevida ou abusiva⁸²⁸ e o direito à qualidade de sócio, de permanecer na sociedade, deve ser respeitado, enquanto “pressuposto lógico” dos demais direitos essenciais⁸²⁹.

No entanto, nos termos do quanto pondera Avelãs Nunes, um tal *direito* somente pode merecer tutela jurídica se o sócio em questão estiver adimplente em relação aos seus “deveres de socialidade”, ou seja, aos deveres inerentes ao seu *status socii*⁸³⁰. Isso equivale a dizer que o interesse social se coloca acima do direito do acionista de

⁸²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. In COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 478 – sem grifos no original.

⁸²⁸ “Ninguém é obrigado a ser acionista nem a permanecer na companhia, mas, em contrapartida, ninguém pode ser privado, de modo indevido ou abusivo, de sua condição de acionista; porque, se o pudesse, todo o sistema de defesa dos direitos e garantias essenciais seria vão e absurdo” (COMPARATO, Fábio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 68).

⁸²⁹ “É preciso, com efeito, reconhecer que todos os direitos essenciais do acionista, catalogados no art. 109 da Lei 6.404, fundam-se no mesmo pressuposto lógico: o direito ao *status* de acionista, o direito de permanecer sócio” (COMPARATO, Fábio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73, p. 68).

⁸³⁰ “Um tal direito, na verdade, só pode merecer proteção jurídica enquanto os sócios estiverem em condições de cumprir os seus deveres de socialidade, de prestar à sociedade a colaboração que lhe é devida. Mas logo que o sócio, com culpa ou sem ela, deixa de cumprir as obrigações decorrentes de lei ou do pacto social (analisadas à luz dos princípios da boa-fé contratual), por forma a pôr em perigo a sociedade, a organização econômica que ela representa, desaparecem os pressupostos da proteção devida ao seu direito de socialidade. Aceitar que um sócio nestas condições pudesse invocar esse direito de permanecer na sociedade para obstar a que a sua exclusão fosse praticada – apesar de existirem razões sérias para a efetivação de tal medida – aceitar semelhante princípio seria, segundo pensamos, apoiar uma situação nítida de abuso de direito, situação que não pode merecer protecção jurídica, quer em face da sociedade, quer em face dos outros sócios que pretendem evitar a destruição da empresa social e do valor objetivo de organização que ela representa” (AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, pp. 57-58 – sem grifos no original).

permanecer associado, autorizando sua exclusão quando necessária para “restabelecer a boa ordem dentro da sociedade⁸³¹”.

Em razão disso, a interpretação sistemática da LSA no sentido de fazer incidir a sanção societária da exclusão parece medida importante para incentivar um comportamento de cooperação por parte do controlador. Portanto, preenchidos os requisitos de admissibilidade da exclusão aqui propostos, entendemos que a “expropriação do controle” seria legítima – desde que, é claro, respeitado o procedimento adequado e o devido processo legal.

Limitar o poder de controle é necessário para “reestruturar as relações societárias⁸³²” e buscar, de alguma maneira, equilibrá-las. É o que se procura defender nesse trabalho, com realismo e idealismo⁸³³, a partir da interpretação sistemática dos deveres de boa-fé inerentes à posição do controlador (limites estruturais ao comportamento do acionista) com os demais dispositivos da LSA.

4.2. A CONVENIÊNCIA DA HIPÓTESE

Para a apuração da análise de conveniência da exclusão do acionista, que deverá ser casuística, os critérios de admissibilidade serão importantes para uma avaliação conjugada com a estrutura do controle da sociedade (interno majoritário ou interno minoritário). Desde logo, no entanto, já se registra que não há como se fazer aqui um conjunto de regras absolutas. O que se pretende, por outro lado, é traçar conclusões gerais a respeito da possibilidade de, a despeito da admissibilidade jurídica da exclusão do acionista controlador de dada companhia fechada, sua adoção mostrar-se conveniente ou não para o fim último a que ela ambiciona: a preservação do exercício da empresa e da sociedade. Trata-se, portanto, de um juízo de conveniência arbitrado no interesse social.

⁸³¹ “Le rétablissement du bon ordre dans la société implique l’exclusion de ceux qui le troublent: l’intérêt social commande l’atteinte au droit propre de l’actionnaire de faire partie de la société” (SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970, pp. 190-191).

⁸³² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19

⁸³³ “É preciso discutir então, com realismo, mas também com idealismo, os limites estruturais comportamentais ao exercício do poder de controle” (SALOMÃO FILHO, Calixto. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19).

A referida análise, conforme descrito no capítulo 1, abordará dois dos Ordenamentos de Wiedemann. Com relação ao Ordenamento de Empresa, procuraremos analisar a conveniência da exclusão do acionista controlador dada sua importância para a concussão da atividade empresarial, como elemento causal do negócio. Sob o enfoque do Ordenamento Patrimonial, verificaremos a integridade do patrimônio social, a partir do momento em que o pagamento dos haveres é efetuado, para fins de continuidade da exploração da empresa. Relembre-se, nesse ponto, que ainda que estejamos no âmbito do Ordenamento Patrimonial, o fim social é a *estrela polar* da sociedade e o Ordenamento em análise compreende a ideia de “patrimônio especial próprio da organização societária (Verband), com o qual a finalidade social deve ser alcançada”⁸³⁴.

Renato Ventura Ribeiro coloca a questão do que aqui chamamos de *conveniência* da exclusão do acionista controlador como a identificação de limites em que a adoção da medida acabaria por ensejar a própria dissolução da sociedade, por razões relacionadas ao Ordenamento de Empresa ou ao Ordenamento Patrimonial⁸³⁵.

A partir daí, a conveniência da exclusão do acionista controlador será analisada sob perspectiva diferente, *externa corporis*. Para tanto, será relevante retomar o aspecto institucional das companhias para averiguar, comparativamente a outra espécie de dissolução parcial de vínculo societário (a dissolução parcial *strictu sensu*), qual alternativa, partindo do pressuposto de que ambas são admissíveis, seria mais conveniente do ponto de vista institucional.

4.2.1. PERSPECTIVA INTERNA CORPORIS: O FIM SOCIAL

A primeira ressalva que deve ser feita é a de que a eficiência não é automática com a exclusão do acionista controlador inadimplente. Para fins de verificação da eficiência do emprego da medida, utilizaremos a orientação de Bebchuk no que tange à transferência de controle. Segundo o autor, um novo controlador para a companhia será

⁸³⁴ Cf. WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. Erasmo Valladão Novaes e França (trad.). In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, V. 143, julho-setembro/2006, pp. 66-75, p. 69.

⁸³⁵ “[A] exclusão de sócio encontra limites em determinadas situações, que podem ensejar a dissolução da sociedade, como em casos de exigência de capital mínimo, número mínimo de sócios ou quando a sociedade depende do trabalho, capital ou condição pessoal do sócio, não conseguindo substituir as condições necessárias à continuação da atividade” (VENTURA, Renato Ventura. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 212).

considerado eficiente se, e somente se, este puder melhor geri-la⁸³⁶ – o que equivale a dizer, se puder agregar valor à companhia; explorar a empresa de maneira a gerar mais riqueza em relação ao acionista controlador anterior⁸³⁷. Parece ser nesse sentido a assertiva de Avelãs Nunes, para quem a eficiência empresarial da exclusão deve ser avaliada tendo-se em vista se a manutenção do acionista excluindo impede que haja a “extração dos melhores resultados” da empresa, nas “melhores condições econômicas⁸³⁸”. De tal maneira, parece-nos, haveria que se avaliar se, com a alteração do quadro societário, seria possível extrair melhores resultados da empresa.

A análise da conveniência da exclusão no que diz respeito ao âmbito interno da companhia deve passar por duas etapas. A primeira relacionada ao Ordenamento de Empresa e a segunda, ao Ordenamento Patrimonial.

Quanto à primeira etapa, a pergunta que se propõe seja inicialmente feita é se a obrigação inadimplida é indispensável ao escopo comum. Nesse caso, conforme explica Ascarelli, a resolução do vínculo societário com relação a esse acionista compromete todo o contrato de sociedade⁸³⁹. Dado que o contrato de sociedade já estaria comprometido pelo

⁸³⁶ “A control transfer from an exiting controller to a new controller will be efficient if and only if the new controller can better manage the company’s assets” (BEBCHUK, Lucian. *Efficient and inefficient sales of corporate control*. Harvard Law and Economics Discussion Paper nº 136. As revised for publication in: 109 Quarterly Journal of Economics 957-993 (1994), p. 3. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=520943&download=yes. Acesso em 27out2014.

⁸³⁷ Explorando a ideia de eficiência na transferência de controle, Andreia Cristina Bezerra Casquet sumariza: “[a] transferência de controle será considerada eficiente, do ponto de vista econômico, toda vez que em sua decorrência houver incremento no valor da companhia ou de sua capacidade de gerar riquezas, ocorrendo, por conseguinte, melhora na posição do conjunto de acionistas e da própria companhia” (CASQUET, Andréia Cristina Bezerra, *Alienação de Controle: limitação do poder do controlador como mecanismo de proteção dos acionistas minoritários de companhias fechadas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 14mar2014, p. 47).

⁸³⁸ “Para estes casos extremos em que a sociedade fique, em resultado do comportamento de algum dos sócios, na situação de não poder desenvolver a sua actividade, é que a lei facultaria a qualquer dos sócios o direito de provocar a dissolução da sociedade. Mas há casos em que o inadimplemento de um dos sócios não prejudica irreparavelmente a sociedade, mas pode afectá-la na sua capacidade para prosseguir o escopo social: a exploração, nas melhores condições económicas, da empresa comum. A conduta do sócio faltoso prejudica de tal modo a empresa que a sua exclusão se torna a única forma de proteger a organização económica de que a sociedade é titular” (...). Impedindo (culposa ou inculposamente) que da exploração da empresa comum se extraiam os melhores resultados, o sócio inadimplente quebra a relação sinalagmática e justifica a aplicação da medida resolutiva, que, nas sociedades, se traduz conforme já dissemos, na exclusão do inadimplente, sem necessidade de se produzir a resolução total do contrato” (AVELÂS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968, pp. 66-67 – sem grifos no original).

⁸³⁹ “A execução das prestações de uma das partes pode, com efeito, ser indispensável à consecução do objetivo social; por exemplo, quanto a uma sociedade que se proponha à exploração de uma mina (que um dos subscritores deve conferir), é indispensável a transferência da mina. Nessa hipótese, a nulidade, ou anulação ou, como veremos, a resolução do vínculo de uma das partes, influi sobre todo o contrato; tal influência, no entanto, é mediata, constituindo apenas a consequência da impossibilidade de alcançar o

próprio inadimplemento, a exclusão de tal acionista, nos parece, apenas se justificaria – em comparação à dissolução judicial da companhia – se for possível substituir o referido controlador inadimplente por acionista apto à mencionada prestação indispensável ao escopo comum.

Em segundo lugar, caso a sociedade possa sobreviver a despeito do inadimplemento, deve ser verificado se o acionista controlador inadimplente é o responsável por alguma outra prestação que seja, essa sim, indispensável, de tal forma que sua exclusão, relacionada ao inadimplemento de uma dada obrigação A, acabe por implicar no inadimplemento de uma obrigação B, sem a qual a sociedade não possa sobreviver. Ou, ainda, se o acionista controlador tratar-se de sócio relevante externamente à companhia⁸⁴⁰ para a garantia de determinada condição de gestão; por meio, por exemplo, da vinculação de seu nome e boa reputação ao empreendimento⁸⁴¹ – , portanto, “*determinante e non altrimenti sostituibile anche mediante un consulente esterno*”⁸⁴².

Tanto nesse caso quanto no anterior, ao invés de excluir o controlador, e embora presentes as condições de admissibilidade, talvez seja mais conveniente aos acionistas adimplentes buscar tutela na suspensão de direitos do artigo 120 da LSA (sanção de cunho societário) e, se necessário, paralelamente à sanção de perdas e danos, procurar

objetivo comum” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 414, nota 820).

⁸⁴⁰ “L’interesse diretto alla sussistenza od al mantenimento dello *status* de socio in capo a persone fisiche o giuridiche specifiche, da parte di terzi che pur contrattano con la società di capitali – e, quindi, con l’indubbia rilevanza esterna che il socio in parola assume in questo modo, per la sua capacità tecnica e “manageriale” ovvero “patrimoniale”, specialmente verso i creditori sociale – si appalesa attraverso la frequenza di clausole, che espressamente impongono od espongono tale circostanza quale fatto produttivo di conseguenze giuridiche nei rapporti economici con la società. (...) Poiché il rapporto negoziale intercorre fra la società avente personalità giuridica ed il terzo, quest’ultimo si troverebbe dunque vincolato dal contratto anche qualora il “socio rilevante” cedesse la propria partecipazione ad altro soggetto, svuotandosi sostanzialmente la causa per cui il rapporto era stato invece posto in essere” (MUSO, Alberto. *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*. 172 Quaderni di Giurisprudenza commercial. Milão: Giuffrè, 1996, pp. 240-241 – sem grifos no original).

⁸⁴¹ A esse respeito, Alberto Muso nos explica o que poderia dotar determinado acionista de tal *relevância*: “requisiti di idonea capacità imprenditoriale”, “in grado di garantire determinate condizioni finanziarie, economiche o gestionali attraverso un patto parasociale che li conformi in un “nucleo stabile di azionisti di riferimento, anche mediante il divieto di trasferimento delle partecipazioni per un certo periodo” (MUSO, Alberto. *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*. 172 Quaderni di Giurisprudenza commercial. Milão: Giuffrè, 1996, p. 244).

⁸⁴² “[S]i può pensare, ad esempio, al socio inventore, in un rapporto di sfruttamento del brevetto da questi conseguito e conferito nella società, ovvero al socio in possesso di requisiti tecnici, in un contratto d’appalto o d’*engineering*, ovvero ancora al socio di maggioranza, fornito di note capacità “manageriali”, che abbia condotto alla proposta d’un contratto di finanziamento da parte della società, laddove la sua persona fosse stata determinante e non altrimenti sostituibile anche mediante un consulente esterno (c.d. “azionista dedicato”) (MUSO, Alberto. *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*. 172 Quaderni di Giurisprudenza commercial. Milão: Giuffrè, 1996, pp. 249-250).

implementar a execução específica da obrigação inadimplida judicialmente (sanção de cunho obrigacional), nos termos do artigo 466-B do Código de Processo Civil⁸⁴³⁻⁸⁴⁴.

No que se refere à segunda etapa da perspectiva aqui proposta, já anotou Bulhões especificamente quanto ao direito de retirada, que a descapitalização em razão do pagamento de haveres de sócio que se retira coloca em cheque o interesse geral de sobrevivência e fortalecimento da companhia. Segundo o autor, se a porcentagem do acionista dissidente chega, por exemplo, a 30%, “poucas empresas podem sobreviver à descapitalização causada pelo pagamento do valor de reembolso⁸⁴⁵”.

A despeito de não tratarmos aqui do exercício potestativo de retirada, em que o acionista dissidente deve sopesar seu direito de sair em relação ao interesse social (ponderação inaplicável ao caso da exclusão), a questão trazida por Bulhões “descapitalização vs. sobrevivência” da companhia de fato procede e deve ser analisada para fins de verificar a conveniência de excluir o acionista controlador inadimplente.

Ressalte-se, nesse contexto, que a redução do capital social pode inviabilizar o prosseguimento regular da sociedade e, portanto, tornar-se causa de sua dissolução judicial, nos termos do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA⁸⁴⁶. Tratando-se de exclusão

⁸⁴³ Nesse sentido, Marcelo M. Bertoldi, analisando o artigo 461 do CPC à luz do abuso de poder de controle, defende o recurso à tutela jurisdicional para a execução específica de conduta do acionista controlador, concluindo que “nosso ordenamento jurídico permite que de imediato, sem que seja necessário aguardar que os atos tomados pelo controlador venham a efetivamente trazer prejuízos à sociedade, possa o juiz determinar, através de meios sub-rogatórios ou por imposição de multa, a cessação de todos os atos que se traduzam da exteriorização do uso abusivo do poder de controle (BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 118, abril-junho/2000, pp. 62-76, p. 72).

⁸⁴⁴ Faz-se, aqui, paralelo à possibilidade de execução do acionista remisso, nos termos do artigo 107, inciso I, da LSA, ao invés da promoção de sua exclusão da companhia.

⁸⁴⁵ Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luís. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 328. Também a respeito do tema no que tange ao direito de retirada, ROCHA, João Luiz Coelho da. *A retirada judicial dos sócios cotistas e a justa preservação de seus direitos no curso da ação*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 126, abril-junho/2002, pp. 37-41.

⁸⁴⁶ Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito Empresarial II – Sociedades anônimas, mercado de valores mobiliários*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 269. No mesmo sentido, Nelson Eizirik, para quem: “[t]ambém pode caracterizar a não consecução do objeto como causa de dissolução judicial a inexistência dos meios necessários à produção dos bens ou serviços nele compreendidos. A inadequada capitalização da companhia pode inviabilizar a realização do objeto, ou por não alcançar ela o capital mínimo exigido para determinadas atividades, como ocorre com as instituições financeiras, ou pelo fato de ser o capital integralizado insuficiente para o desempenho da atividade empresarial compreendida no objeto social. Com efeito, de acordo com o chamado “princípio da congruência”, o capital integralizado deve ser suficiente para que a companhia atinja o seu objeto social, podendo a infracapitalização, se duradoura, constituir causa para a dissolução” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 155-156). Sobre o tema, conferir também

de acionista controlador, o risco de eventual redução do capital social importar no encerramento da companhia parece ainda maior⁸⁴⁷.

Nesse sentido, destacou Daniel de Ávila Vio que, tratando-se, por exemplo, de acionista controlador detentor de mais de 50% das ações com direito a voto, seria difícil de imaginar que sua exclusão não traria “enorme impacto sobre a integridade patrimonial da sociedade”⁸⁴⁸.

Diante dessa análise, poderia ser perguntado se a anulação judicial da decisão do acionista controlador que configura eventual inadimplemento não bastaria para o fim de preservar o relacionamento de confiança entre o sócios. Entendemos que não, dado que (i) o inadimplemento do acionista controlador pode ocorrer para além de deliberações sociais (como, por exemplo, exercendo competição com a sociedade que comanda)⁸⁴⁹; e, (ii) a natureza da medida é a de suprimir a “causa do problema”, e não de tutelar o relacionamento de boa-fé entre os contratantes – apenas por meio do que se torna possível respeitar o interesse comum dos sócios.

De toda a forma, sob a perspectiva interna de risco de eventual “subcapitalização material” da companhia, a exclusão do acionista controlador

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 142-149. Segundo o autor, “[a] subcapitalização substancial se caracterizaria, dessarte, por uma quebra desse *standard* de capitalização adequada da sociedade, apurada sempre que constatada uma incongruência entre a atividade que a sociedade tem por objeto e a estrutura de capital necessária para explorá-la” (Op. Cit., p. 143). Ainda a seu juízo, a ocorrência de tal “subcapitalização material” poderia conduzir a sociedade à inviabilidade econômica de exercer a atividade e, por conseguinte, à dissolução judicial pela impossibilidade do preenchimento de seu fim, dado que “uma sociedade que não está em condições de explorar as atividades que têm por objeto em virtude da insuficiência de recursos se encontra impossibilitada de preencher seu fim” (Op. Cit., p. 147). Zanini também destaca a possibilidade de dissolução de pleno direito da companhia pela “subcapitalização formal”, ou seja, “quando a redução do capital social abaixo de determinado valor for eleito pelos sócios como causa de dissolução, a teor do que faculta o artigo 206, I, alínea b, da LSA” (Op. Cit., p. 137).

⁸⁴⁷ “a questão do afastamento majoritário traz ainda outro problema: devendo acarretar a redução do capital – se não se fizer possível a aquisição das quotas do excluído, por outros sócios ou terceiros –, essa diminuição poderá importar a dissolução da sociedade, em face da insuficiência do capital remanescente” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 46).

⁸⁴⁸ Cf. VIO, Daniel D’Ávila. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21 mai 2008, p. 197.

⁸⁴⁹ Em sentido similar, Godon, a respeito das omissões, em que não há o que se anular: « La possibilité d’annuler la décision abusive vient immédiatement à l’esprit. Cette réparation en nature supprime la cause même du préjudice en provoquant le retour au *statu quo ante*. Pourtant, elle n’est pas d’une efficacité absolue, parce qu’elle est inconcevable en cas d’abus de minorité “négatif” (il n’y a rien à annuler) et qu’elle est en toute matière impossible à l’encontre des tiers de bonne foi » (GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris : Economica, 1999, p. 110).

inadimplente – embora admissível em determinado caso concreto – pode configurar medida inconveniente para o fim de preservação da empresa. Em tal cenário, parece mais aconselhável aos demais acionistas adimplentes a procura e implementação da sanção de natureza societária prevista no artigo 120 da LSA (além, evidentemente, da procura pela imputação de sanção obrigacional).

4.2.2. PERSPECTIVA *EXTERNA CORPORIS*: O CARÁTER INSTITUCIONAL DAS COMPANHIAS

Um segundo aspecto da ponderação a respeito da conveniência da exclusão do acionista controlador inadimplente em companhia fechada deve ser feito – e corresponde ao ponto de vista do sócio descontente. Trata-se do juízo de ponderação entre buscar a exclusão do controlador prevaricador, a fim de que a empresa e a sociedade prossigam ou, de outra parte, requerer judicialmente a dissolução parcial da companhia; vale dizer, requerer retirar-se da sociedade, com apuração de haveres pelo valor real das ações.

Segundo o entendimento que parece estar pacificado na jurisprudência⁸⁵⁰, tem-se permitido que o acionista descontente se retire da sociedade anônima, com base no artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA⁸⁵¹, desde que seja comprovado, cumulativamente, que (i) a companhia é fechada e familiar, prevalecendo a essência *personae* sobre a natureza *pecuniae*⁸⁵²; (ii) tenha havido desinteligência entre os sócios tal que configuraria

⁸⁵⁰ “A dissolução parcial de sociedade é uma solução encontrada pelos tribunais para equacionar dois princípios constitucionalmente reconhecidos que por vezes se tornam incompatíveis: o da liberdade de associação e o da função social da propriedade” (CAMINHA, Uinie. *Dissolução parcial de S/A. – Quebra da “affectio societatis. Apuração de haveres.* In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 114, abril-junho/1999, pp. 174-182, p. 177).

⁸⁵¹ Cf. STJ, Recurso especial 917.531-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 8.11.2011; STJ Recurso Especial 1.128.431-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 11.10.2011; STJ, Agravo Regimental 1.079.763-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 5.10.2009; STJ, Embargos em Recurso Especial 419.174-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 4.8.2008; STJ, Embargos em Recurso Especial 111.294-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. em 28.6.2006.

⁸⁵² “É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuito pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não têm papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuito personae*. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas” (STJ, Embargos em Recurso Especial 111.294-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. em 28.6.2006).

⁸⁵² STJ, Recurso Especial 507.490-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 13.11.2006.

“verdadeiro impedimento” a que a companhia continuasse a realizar sua atividade e preencher seu fim⁸⁵³⁻⁸⁵⁴; e, (iii) os acionistas remanescentes desejem continuar com a sociedade. Comprovados os elementos acima, o acionista descontente com a atuação inadimplente do acionista controlador poderia requerer em juízo – e, de acordo com a jurisprudência atual do STJ, obter a tutela jurisdicional pleiteada – retirar-se da companhia.

Sem entrar no mérito do entendimento jurisprudencial, o recurso do acionista não controlador à dissolução parcial *strictu sensu*, quando lhe for possível a exclusão do acionista inadimplente⁸⁵⁵, não visa à preservação da companhia, tampouco a tutela da boa-fé do relacionamento societário. Tal alternativa demonstra apenas sua desistência de manter-se vinculado a acionista inadimplente e, por via reflexa, acaba por premiar o prevaricador, nos termos do quanto nos explica Comparato a respeito do exercício do direito de recesso (raciocínio que nos parece igualmente aplicável à retirada do acionista pela via judicial da dissolução parcial):

“O exercício do recesso social nada tem a ver com a defesa da sociedade. É, teoricamente, simples meio de defesa do próprio sócio retirante. Mas esse remédio jurídico pode se revelar, na prática, um verdadeiro prêmio ao sócio prevaricador, malicioso ou desonesto. Ao invés de sofrer a justa sanção pelo descumprimento dos seus deveres sociais, vem ele ainda a obter, de modo indireto, a exclusão do sócio prejudicado, passando a explorar a empresa com muito maior liberdade de ação”⁸⁵⁶.

Suponhamos uma mesma situação de fato: o controlador minoritário de uma companhia fechada (“Companhia”), com restrição à livre circulação de ações, vem, ao longo de determinado período, comprovadamente concorrendo de maneira desleal com a Companhia por meio de outra sociedade, cujo controle igualmente exerce, apropriando-se do *know how*, contato de fornecedores e vantagens competitivas da Companhia. Ao

⁸⁵³ Cf. STJ, Embargos em Recurso Especial 111.294-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. em 28.6.2006. Segundo o Relator do recurso, a mera quebra de *affectio societatis* impediria a realização do fim social da companhia uma vez que, em seu entendimento, “difícilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenha sido rompidos” (fls. 15 de seu voto).

⁸⁵⁴ A respeito da admissibilidade da dissolução parcial *strictu sensu* apenas por impossibilidade de preenchimento do fim social, excluído o argumento de mera quebra de *affectio societatis*, ver: BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 147-159; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 245.

⁸⁵⁵ Vale dizer, estando presentes os requisitos de admissibilidade e sendo o acionista titular de pelo menos 5% do capital social.

⁸⁵⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149, p. 144 – sem grifos no original.

consócio não controlador, teoricamente, surgem duas saídas opostas, mas igualmente admissíveis: retirar-se da Companhia por intervenção judicial (dissolução parcial *strictu sensu*), de maneira a evitar que seu investimento se esvaia por completo; ou, de outra ponta, buscar excluir o controlador inadimplente. A nosso juízo, em tal cenário, a solução da dissolução parcial não se mostra conveniente para o fim da conservação do ente empresarial, na medida em que não atende ao alerta de Comparato de que o direito comercial deve desenvolver-se “fazendo atuar mecanismos próprios de respeito a essa função social das empresas”⁸⁵⁷.

Ressalte-se que tratamos aqui de um caso em que haja, de fato, inadimplemento de deveres sociais por parte do acionista controlador e não meramente desavenças subjetivas entre este o suposto minoritário descontente. Diz-se isso na medida em que, sendo concreta a segunda hipótese, e comprovado que a “desinteligência entre os acionistas” resulta em inviabilidade da empresa, caberia, tão-somente, a dissolução parcial *strictu sensu*, dado que ninguém pode ser compelido a permanecer associado contra vontade (artigo 5º, inciso XX, Constituição Federal)⁸⁵⁸.

Parece-nos que, quando a exclusão do acionista controlador for admissível e conveniente sob o primeiro aspecto (*interna corporis*) aqui analisado, esta seria medida mais adequada do que a dissolução parcial *strictu sensu*, do ponto de vista institucional. Se é verdade que a companhia apresenta caráter de instituição e não apenas contratual, o que parece ser inquestionável no âmbito da LSA, a solução que de fato preserva o ente social – e toda a estrutura que com ele se relaciona, como comunidade, trabalhadores, etc. – seria a mais salutar. E esta, sem dúvida, parece ser a exclusão do controlador inadimplente e não a dissolução parcial, que não impede que o acionista controlador, a despeito da retirada de um minoritário, siga espoliando ilegitimamente a companhia até sua dissolução total.

⁸⁵⁷ COMPARATO, Fabio Konder. In COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 477.

⁸⁵⁸ Confira-se, nesse sentido, o Enunciado 67 aprovado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, órgão do Superior Tribunal de Justiça, em Jornada de Direito Civil, promovida no período de 11 a 13.9.2002, sob a coordenação do Min. Ruy Rosado: “Arts. 1085, 1030 e 1033, III: A quebra do *affectio societatis* não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade”.

Conclusões parciais:

- (i) Ultrapassada a análise jurídica a respeito da ***admissibilidade*** da exclusão de acionista controlador a despeito da inexistência de expressa previsão legal, a análise da ***conveniência*** do emprego da exclusão do acionista controlador possui duas perspectivas diferentes: (i) *interna corporis*; e (ii) *externa corporis*.
- (ii) A perspectiva *interna corporis* compreende dois aspectos: (a) o acionista é elemento causal do negócio ou, em caso positivo, pode ser substituído satisfatoriamente em atendimento do escopo comum?; e, (ii) o pagamento dos haveres respectivos a sua participação societária implicaria na descapitalização da sociedade a ponto de inviabilizar o exercício da empresa?
- (iii) A perspectiva *externa corporis* reclama a comparação, do ponto de vista do acionista adimplente, entre o emprego da medida de exclusão do acionista controlador inadimplente (medida que consagra a tentativa de preservar o exercício da empresa) ou a alternativa egoística de simplesmente desligar-se da companhia por meio da dissolução parcial *strictu sensu*.

5. CONCLUSÕES

1. O fundamento jurídico da exclusão social seria o inadimplemento de um dever social (colaboração, lealdade ou conferimento), com impacto real ou potencial no escopo comum.
2. O fundamento axiológico do instituto da exclusão de sócio apresenta dois aspectos distintos e complementares: (i) finalidade referente à preservação do perfil funcional da empresa (de maneira mediata: preservação da atividade negocial e, conseqüentemente, os interesses institucionais envolvidos); e, (ii) finalidade referente à preservação do perfil subjetivo da empresa (de maneira imediata: preservação da boa-fé reciprocamente contratada entre os sócios, meio porque se atenderá o interesse comum societário).
3. A participação societária enseja duas ordens distintas de relação jurídica: a relação entre sócio e sociedade e relação entre sócios. Tratando-se de uma sociedade anônima fechada com restrição à circulação de ações, o relacionamento entre sócios adquire relevância. A contratação de prestações acessórias e de restrição à circulação de ações incrementa a legítima expectativa de cada um dos contratantes quanto (a) ao adimplemento de todas as obrigações sociais por cada um dos sócios e (b) à manutenção do quadro societário.
4. Tanto a previsão de prestações acessórias, quanto os acordos entre sócios relacionados à restrição à livre circulação de ações reforçam os laços de comunhão societária, de maneira a agregar importância positiva aos deveres do *status socii* para além do dever de conferimento típico das sociedades de capital⁸⁵⁹. Destacada a relevância do relacionamento societário para o preenchimento do fim social, os deveres de colaboração e lealdade reciprocamente contratados entre os sócios adquirem a mesma essencialidade do dever de conferimento no que se refere à exploração da empresa.

⁸⁵⁹ O critério de interpretação dos deveres de boa-fé entre os acionistas será, portanto, a existência de cláusulas específicas contratadas entre eles no âmbito da sociedade (prestações acessórias e restrição à livre circulação de ações), e não a eventual existência de *affectio societatis* – embora se reconheça que o referido arranjo contratual possa resultar na natureza personalista da companhia.

5. O inadimplemento social refere-se ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) de um acionista no âmbito do relacionamento societário, ou seja, ao descumprimento de uma obrigação social (contratada expressamente ou imposta pela LSA) a que fica implicitamente adstrito em razão de sua condição de sócio, ou, de maneira mais geral, do dever de colaboração ou lealdade reciprocamente contratado.
6. O *venire contra factum proprium* frustra a relação de confiança e fidelidade entre os contratantes.
7. Dado que o inadimplemento social compromete, de maneira imediata, o vínculo societário existente entre os acionistas, a sanção societária seria necessária para restabelecer a confiança e fidelidade no relacionamento societário, imprescindíveis para a manutenção do contrato de sociedade de tal natureza.
8. A **finalidade da sanção societária** (tutela do relacionamento societário) coaduna-se com o **fundamento axiológico da exclusão social** (tutela dos sócios de maneira imediata, preservando o relacionamento de confiança e fidelidade entre eles a fim de assegurar que os contratantes que pertençam ao relacionamento societário atuem de maneira a adimplir os respectivos deveres sociais reciprocamente assumidos em prol do escopo social).
9. Os requisitos de admissibilidade da exclusão de acionista, controlador ou não, seriam: (i) a gravidade do inadimplemento do dever social; quando o inadimplemento puser em risco a continuidade da empresa (condição necessária para aplicação do artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA); e, cumulativamente, (ii) a existência de restrição contratual à livre circulação de ações, de maneira que o inadimplemento grave verificado torna ainda mais vulnerável a posição dos acionistas adimplentes, que na prática permanecerão aprisionados na companhia e expostos à frustração perene de suas legítimas expectativas de preenchimento do fim social.
10. Situar a matéria no âmbito da LSA, distanciando-se de uma aplicação do regime das sociedades simples (artigo 1.030, CC/02), procura evitar a aplicação da

exclusão de acionista inadimplente às hipóteses que exclusivamente ocorrerem no âmbito de sociedades familiares. Construindo-se a exclusão como instituto adequado e integrado à lógica da LSA, intenciona-se admiti-lo quando a companhia apresentar um determinado arranjo contratual⁸⁶⁰, seja ela de natureza familiar ou não.

11. Em razão dos interesses envolvidos na preservação da empresa, a referida tutela seria cogente: derivada da interpretação sistemática das regras aplicáveis às companhias e não dependeria de disciplina contratual específica no pacto social.
12. A exclusão de acionista coaduna-se ao sistema da LSA e não contraria o princípio da tipicidade societária ou a autonomia contratual, uma vez que decorreria da interpretação sistemática da LSA: da possibilidade de dissolução parcial da sociedade por inadimplemento de dever social (nos termos do artigo 116, parágrafo único da LSA e/ou do artigo 981 do CC/02) que se torna causa de impossibilidade de preenchimento do fim social (artigo 206, inciso II, alínea *b*, da LSA).
13. No que se refere especificamente à exclusão de acionista controlador, o artigo 116, parágrafo único, da LSA demonstra que a exigência de deveres de boa-fé do acionista controlador pode ser analisada sob duas perspectivas distintas: os deveres de colaboração e lealdade para com a companhia e, paralelamente, para com os demais sócios. Em razão de sua expressa positivação e da relevância do poder-função de controle no comando da companhia, os deveres de boa-fé atribuídos ao acionista controlador (tanto no que se refere à empresa, quanto em relação aos demais acionistas) são mais exacerbados do que aqueles atribuídos aos seus consócios.
 - a. Exacerbação dos deveres de boa-fé na relação acionista controlador/companhia (interesse social – âmbito patrimonial): acionista controlador é o responsável legal por explorar a empresa e atingir o fim social. Nesse contexto, deve guiar suas ações (e omissões) pelo interesse social, de maneira a não causar prejuízos ilegítimos à empresa e, por extensão, aos demais acionistas (âmbito das

⁸⁶⁰ Prestações acessórias relevantes para o escopo comum, cujo inadimplemento ensejaria o comprometimento da atividade, e restrição à livre circulação de ações, que intencionam a permanência na sociedade dos acionistas que sejam elementos causais do negócio.

relações individuais acionista/companhia), sob pena de recompor os danos causados.

- b. Exacerbação dos deveres de boa-fé na relação acionista controlador/demais acionistas: acionista controlador gere patrimônio alheio, motivo porque os acionistas minoritários esperam legitimamente e confiam que ele o fará em respeito ao quanto se comprometeu quando da celebração do contrato de sociedade, garantindo-lhes a participação nos resultados e o retorno do investimento.

- 14. Finalidade da sanção de cunho obrigacional (artigos 115, parágrafos 3º e 4º, e 117 da LSA): tutela patrimonial do interesse social, pelo que impõe a reparação de danos causados à companhia (seja pelo uso abusivo de um direito, seja pelo inadimplemento contratual) e aos acionistas minoritários (âmbito de incidência: preponderantemente Ordenamento Patrimonial de Wiedemann).
- 15. Finalidade da sanção de cunho societário: tutela do relacionamento societário, pelo que busca coibir o comportamento contraditório dos contratantes, notadamente do acionista controlador com relação aos demais acionistas (âmbito de incidência: preponderantemente Ordenamento Societário de Wiedemann).
- 16. A análise da **conveniência** do emprego da exclusão do acionista controlador ultrapassa a análise de sua **admissibilidade** e possui duas perspectivas diferentes: (a) perspectiva *interna corporis*, pela qual se analisa se o acionista é elemento causal do negócio e, em caso positivo, se pode ser substituído satisfatoriamente em atendimento do escopo comum; e se o pagamento de haveres referentes a sua participação societária não implicaria em descapitalização da sociedade a ponto de inviabilizar o exercício da empresa; e (b) perspectiva *externa corporis*: promove a comparação entre o emprego da exclusão do acionista controlador inadimplente (medida que consagra a tentativa de preservar o exercício da empresa) e o pleito do acionista descontente de desligar-se da companhia por meio da dissolução parcial *strictu sensu*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAS, Brunello. *L'esclusione del socio nelle società*. Milão: Giuffrè, 2008.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*. In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 185-215.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em Direito Societário (Abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 22mar2010.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. *What is corporate law? In The anatomy of Corporate Law – a comparative and functional approach*. 2^a ed. Nova York: Oxford University, 2009.

ART, Robert. *Shareholder rights and remedies in close corporations: oppression, fiduciary duties and seasonable expectations*. In **The journal of Corporation Law**. V. 28, 2002/03, pp. 371-418.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2005.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. In COMPARATO, Fabio Konder (trad.). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 104, outubro-dezembro/1996, pp. 109-126.

AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il contratto di società commerciale*. Milão: Giuffrè, 1937.

AVELÃS NUNES, António José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 1968.

AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. 1^a ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

ÁVILA VIO, Daniel de. *A Exclusão de Sócios na Sociedade Limitada de acordo com o Código Civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21 mai 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAPTISTA, Daniela Farto. *O direito de exoneração dos acionistas – das suas causas*. Porto: Coimbra Editora, 2005.

BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BEAN, Gerard M. D. *Fiduciary Obligations and Joint Ventures*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

BEBCHUK, Lucian. *Efficient and inefficient sales of corporate control*. Harvard Law and Economics Discussion Paper nº 136. As revised for publication in: 109 Quarterly Journal of Economics 957-993 (1994). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=520943&download=yes. Acesso em 27 out 2014.

BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 118, abril-junho/2000, pp. 62-76.

BESSONE, Darcy. *Acordo de acionistas – poderes do acionista controlador de sociedade anônima – artigos 116, 238 e 273 da Lei 6.404/76*. In **Revista dos Tribunais**. V. 672, outubro/1991, pp. 21-46.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. SOLON, Ari Marcelo (trad.). São Paulo: Edipro, 2011.

BOITEAUX, Fernando Netto. *Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controlada*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barro, 1986.

BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 147-159.

BRUDNEY, Victor; CLARK, Robert Charles. *A New Look at Corporate Opportunities*. In **Harvard Law Review**. N. 5. V. 94, 1981, pp. 997-1062.

BULHÕES PEDREIRA, José Luís. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias nas S.As.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAILLAUD, Bernard. *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*. Paris: Sirey, 1966.

CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e (trad.), 2008.

CAMINHA, Uinie. *Dissolução parcial de S/A. – Quebra da “affectio societatis. Apuração de haveres*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 114, abril-junho/1999, pp. 174-182.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V 3. São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 1 a 74*. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas – arts. 138 a 205*. V. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – arts. 206 a 242*. V. 4. Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 137-138).

CASQUET, Andréia Cristina Bezerra, *Alienação de Controle: limitação do poder do controlador como mecanismo de proteção dos acionistas minoritários de companhias fechadas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 14mar2014.

CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris : Librairie Sirey, 1962.

CHINAGLIA, Olavo ZAGO. *Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13ago2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. V. 2. Roma: Foro Italiano, 1931.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. V. 2. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contrato entre sócios*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *Funções e disfunções do resgate acionário*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 73, janeiro-março/1989, pp. 66-73.

COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio, independente de específica previsão legal ou contratual*. In **Ensaio e Pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149.

COMPARATO, Fabio Konder. *O indispensável Direito Econômico*. In **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 453-472.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 25, 1977, pp. 39-48.

COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fabio Konder. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 96, outubro-dezembro/1994, pp. 67-72.

COMPARATO, Fabio Konder. *O direito ao dividendo nas companhias fechadas*. In **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 50, 1983, pp. 57-74.

COMPARATO, Fabio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vetera*. In **Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32-51.

CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina. *O acionista minoritário no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Pádua: Cedam, 1939.

DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1937, p. 30.

DONUSBERGHI-DONNERSBERG, Egone. *Le prestazioni accessorie nella società commerciali*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1934.

EINSELBERG, Melvin A. *Corporations and other business organizations – Status, rules, materials and forms*. Foundation Press, 2013.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. Comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EIZIRIK, Nelson. *Lei das S.A. Comentada*. V. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EIZIRIK, Nelson. *Reforma da S.A e do mercado de capitais*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus Freitas. *Mercado de Capitais – regime jurídico*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische denken (Introdução ao pensamento jurídico)*. MACHADO, J. Baptista (trad.). 10^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESPOSITO, Ciro. *L'esclusione del socio nelle società di capitali*. Milão: Giuffrè, 2012.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARENGA, Luigi. *I contratti parasociali*. Milão: Giuffrè, 1987.

FERREIRA, Juliano. *O direito de exclusão de sócio na sociedade anônima*. Coimbra: Almedina, 2009.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – o Estatuto da sociedade por Ações*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – o Estatuto da Sociedade de Pessoas*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

FERRI, Giuseppe. *Le società*. V. 10, T. III. Turim: Unione Tipografico, 1971.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. 8ª ed. Turim: Unione Tipografico, 1992.

FERRI, Giuseppe. *La fusione delle società commerciali*. Roma: Foro, 1936.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milão: Giuffrè, 1971.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Alguns aspectos referentes à cessão de quotas no novo Código Civil*. Disponível em: < <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=7>>. Acesso em 27abr2012.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas*. In **Revista da Associação dos Advogados de São Paulo**. Nº 96, março/2008. Disponível em <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=11>>. Acesso em 27abr2012.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Sociedade Anônima – comentário de jurisprudência*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 68-78.

FLAKS, Luís Loria. *Aspectos societários do resgate de ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 123, julho-setembro/2001, pp. 120-142.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de Direito Comercial*. V 1. 2^a ed. São Paulo: RT, 2004.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Dissolução e dissolução parcial. Pedido de dissolução parcial de sociedade anônima como sucedâneo para o recesso. Inadmissibilidade. Interpretação e aplicação do disposto na norma do art. 206, II “b”*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 159/160, julho-dezembro/2011, pp. 317-343.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Direito Empresarial II – Sociedades anônimas, mercado de valores mobiliários*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Viera von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 149/150, janeiro-dezembro/2008, pp. 109-130.

FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Conflito de interesses: formal ou substancial? Nova decisão da CVM sobre a questão*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 128, outubro-dezembro/2002, pp. 225-262.

FREITAS, Ricardo dos Santos. *Dissolução de S/A pela impossibilidade de preencher o seu fim*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 113, janeiro-março/1999, pp. 222-229.

FRONTINI, Paulo Salvador. *Sociedade Anônima – Direito de retirada – recesso de dissidente – Lei Lobão: um precedente judicial*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 86, abril-junho/1982, pp. 71-77.

GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale – Le società*. 15ª ed. Bologna: Zanichelli, 2005.

GARCIA, Alexandre Hildebrand. *A redução do capital social (em companhias abertas e fechadas)*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 25mai2009.

GODON, Laurent. *Les obligations des associés*. Paris : Economica, 1999.

GOFFAUX-CALLEBAUT, Géraldine. *Du contrat en droit de sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*. Paris : L'Harmattan, 2008.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Exclusão de sócio e arquivamento da alteração contratual*. In **Novas Questões de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1979.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa – comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOULART PIMENTA, Eduardo. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOUVEIA, Eduardo de Oliveira. *Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual – principais inovações*. In **Revista Forense**. V. 99, setembro/2003, p. 80.

GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre Obrigação, Dever e Ônus*. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>. Acesso em 14nov2014.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sobre a interpretação do objeto social*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 67-72.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Direito de retirada: um limite ao princípio do majoritário na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, janeiro-dezembro/2009, pp. 13-21.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo. E AZEVEDO, Luís André N. De Moura (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 19-28.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Contratos coligados, swap, vedação de negociação com as próprias ações e proibição de comportamento contraditório*. In **Processo Societário**. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 371-382.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico de capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociologia do poder na sociedade anônima*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 77, janeiro-março/1990, pp. 50-56.

GUYON, Yves. *Droit des affaires – Droit commercial general et sociétés*. Tomo I. 11^a ed. Paris: Economica, 2001.

INNOCENTI, Omidia. *L'esclusione del socio*. Pádua: Cedam, 1956.

LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.As – Exposições Pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução de acordo de acionistas por quebra de affectio societatis*. In **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 443-452.

LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro**. V. 100, outubro-novembro/1995, pp. 85-97.

LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOBO, Jorge. *Proteção à minoria acionária*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 105, janeiro-março/1997, pp. 25-36.

LOBO, Jorge. *Fraudes à Lei das S/A*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 113, pp. 108-117.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O acionista controlador na Lei de Sociedades por Ações*. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 16. Número 61, janeiro-março/1979, pp. 265-274.

Disponível

em

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181102/000364352.pdf?sequence=3>.

Acesso em 15jan2014.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades – das sociedades em geral*. V.1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades*. V. 2. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A lealdade no direito das sociedades*. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=54103&ida=54129. Acesso em 12mar2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão*. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Acesso em 6nov2014.

MUSO, Alberto. *La rilevanza esterna del socio nelle società di capitali*. 172 Quaderni di Giurisprudenza commercial. Milão: Giuffrè, 1996.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas – Questões controvertidas e uma proposta de revisão dos institutos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OIOLI, Erik Frederico. *A superação do modelo de concentração acionária no Brasil: o regime jurídico das companhias de capital disperso na lei das sociedades anônimas*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 13mai2013.

O'NEAL. Hodge. *Oppression of minority shareholders and LLC Members*. Revised Second Edition. 2012 Cumulative Supplement by Robert B. Thompson. Eagan: West – Thompson Reuters, 2012.

PÂNTANO, Tânia. *Dissolução Parcial de Sociedades por Ações*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, defendida em 21jun2005.

PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEDROL, Antonio. *La anónima actual y la sindicación de acciones*. Madri: Editorial revista de derecho privado, 1969.

PELA, Juliana, Krueger. *As golden shares no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERRINO, Michele. *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*. Milão: Giuffrè, 1997.

PINTO JR., Mário Engler. *Exclusão de acionista*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 54, abril-junho/1984, pp. 83-89.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. 3ª ed. Tomo L. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PONT, Manuel Broseta. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *A estabilidade da firma: o alinhamento esperado do poder de controle na sociedade por ações*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 151/152, pp. 90-113.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual*. In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 169-184.

RAUEN LOPES, Idevan César. *Empresa e exclusão de sócio*. Curitiba: Juruá, 2005.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. In **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. V. 21, julho-setembro/2003, pp. 11-13.

REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão social*. Tese (Cátedra em Direito Comercial). Universidade do Paraná. Curitiba, 1959. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>). Acesso em 10jul2014.

RHEE, Robert J. *The tort foundation of duty of care and business judgment*. In **Notre Dame Law Review**. V. 88:3, pp. 1139-1198.

ROCHA, João Luiz Coelho da. *A retirada judicial dos sócios cotistas e a justa preservação de seus direitos no curso da ação*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 126, abril-junho/2002, pp. 37-41.

RODRÍGUEZ. Jorge Miguel. *Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas*. In **Estudios de derecho mercantil**. ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García de; BANET, Fernando Oleo; FLÓREZ, Aurora Martínez (coord.). Navarra: Thompson Reuters, 2010, pp. 453-470.

ROMANO, Cristiano. *Sociedades Limitadas de Acordo com o Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

SCIUTO, Maurizio. *Società di persone e società di capitale*. In **Rivista della società**. Ano 54, 2009, pp. 1352-1418.

SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970.

SCHMIDT, Dominique. *De l'intérêt commun des associés*. In **La Semaine Juridique (JCP)**. N. 48, janeiro/1994, pp. 535-538.

SCHREIBER. Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil*. In **Revista de Direito Privado**. V. 22, abril-junho/2005, pp. 250-262.

SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TOZZINI, Syllas (atualiz.); BERGER, Renato (atualiz.). *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado – conforme a Constituição da República*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Rodrigo Tellechea. *O acordo de acionistas e o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários*. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano IV. Nº 15, julho-setembro/2007, pp. 27-42.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Os contratos inominados e o Novo Código Civil*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 126, abril-junho/2002, pp. 31-36.

VIANDIER, Alain. *La notion d'associé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978.

VILLAYERDE, Rafael Garcia. *La exclusión de socios – causas legales*. Madri: Editorial Mantecorvo, 1977.

VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WALD, Arnold. *Comentários ao novo Código Civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (trad.). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. V. 143, julho-setembro/2006., pp. 66-75.

WIEDEMANN, Herbert. *Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas*. ADAMEK, Otto Carlos Vieira Ritter von (trad.). In ADAMEK, Marcelo von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 143-168.

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos fiduciary duties no Direito Norte-Americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico**. V. 109, janeiro-março/1998, pp.137-149.