

XIII. Dissolução Parcial de S/As Fechadas: Involução Sistêmica e Coisas que se Perdem pelo Caminho

Henrique Cunha Barbosa

Em artigo recém-publicado¹, o Ministro Ricardo Lewandowski reprimiu de modo enfático o que designou de “*relativização jurídica*” por parte da magistratura nacional, trazendo a lume a velha questão de se “*o direito, afinal, é uma ciência ou simples técnica retórica*”².

Muito embora o foco primordial de S.Exa. fossem as garantias constitucionais inerentes à presunção de inocência, na seara societária o tema da dissolução parcial – tanto das Limitadas³, mas especialmente das Sociedades por Ações fechadas – parece padecer e representar bem essa mesma angústia.

Nesse contexto, o que se propõe aqui é um exame da realidade legal em vigor, em contraposição à jurisprudência no mínimo errante assentada nos últimos anos acerca da matéria, na tentativa de desmistificar conclusões sofismáticas que, lidas de modo superficial – quando não propositalmente deturpado –, caminham na contramão da solidez do sistema e só contribuem para o aumento da insegurança jurídica. E isso porque, quando o que está em jogo é a instrumentalização contratual do patrimônio e investimentos conjuntos, tal postura traz embutidos custos de regulação e transação nada desprezíveis.

Como sabido, até os idos dos anos 2000 o STJ não admitia a figura da dissolução parcial de sociedades anônimas fechadas, reconhecendo no direito

- 1 LEWANDOWSKI, Ricardo. *Direito como tópica*. In: Folha de São Paulo, 10/04/2018.
- 2 E aqui ironicamente importa menos quem o disse, mas muito mais o que disse, especialmente após o aval – senão efetiva convivência – dados por S.Exa. à *sui generis* segmentação das penas de perda de mandato e inelegibilidade no impeachment da ex-presidente – e não vai aqui juízo de valor quanto ao processo de impedimento, mas especificamente à notória relativização da regra constitucional de inelegibilidade inerente àquele.
- 3 Sobre as críticas aos rumos do instituto da Dissolução Parcial nas Sociedades Limitadas, sem embargo e respeitando as opiniões divergentes, já tivemos oportunidade de nos manifestar acerca da confusão conceitual e procedimental existente acerca do tema, fruto especialmente da natureza e origem da figura e da respectiva aplicabilidade ou não do art. 1.029 do Código Civil àquela espécie societária, mormente em face da regra de recesso do art. 1.077, o que não distoa em essência do cenário envolto às S/A Fechadas que ora se analisa. Nesse sentido, vide: BARBOSA, Henrique Cunha. *Dissolução Parcial, Recesso e Exclusão de Sócios: Diálogos e Dissensos na Jurisprudência do STJ e dos Projetos de CPC e Código Comercial*. In: Sociedade Limitada Contemporânea – IDSA. AZEVEDO, Luis André Negrelli; CASTRO, Rodrigo Monteiro de; (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2013.

de recesso posto no art. 137 (c/c art. 136 e, hoje, também 136-A) a única e legítima porta de saída conferida aos acionistas descontentes com os rumos dados ao empreendimento pela maioria ou controladores. Nesse sentido⁴:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DISSOLUÇÃO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Nas sociedades anônimas o direito de retirada do acionista é restrito às hipóteses do art. 137 da lei 6.404/76, apresentando-se impossível o pedido de dissolução parcial da sociedade, próprio das empresas organizadas por quotas de responsabilidade limitada, sem relevo a qualificação de coligada da empresa acionista, cuja condição poderá ser desfeita mediante alienação de ações de modo a reduzir a menos de dez por cento do capital da sociedade anônima. (AgRg no Ag 34120/SP – Rel. Ministro DIAS TRINDADE – Terceira Turma – 26.04.1993)

COMERCIAL – SOCIEDADE ANÔNIMA – DISSOLUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – CARÊNCIA DE AÇÃO. I – Pedido de dissolução, *in casu*, é juridicamente impossível pois a espécie societária admite o direito de recesso do sócio descontente. II – Recurso não conhecido. (REsp 171354/SP – Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER – Terceira Turma – 16.11.2000)

Mais que isso, o mesmo STJ reconhecia com firmeza que, apesar de seu inequívoco caráter protetivo, também o exercício do recesso ficava restrito às hipóteses e limites legais prescritos, rechaçando sua transmutação em medida oportunística de minoritários que pretendessem antepor seus anseios individuais ao interesse e patrimônio sociais macro⁵, o que claramente representaria exercício abusivo – e, via de consequência, irregular – do direito. Era essa a conclusão inarredável de ambas as Terceira e Quarta Turmas, ao menos até o final dos anos 90, como se tira dos seguintes arestos:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIREITO DE RECESSO PELA CRIAÇÃO DE AÇÕES PREFERENCIAIS. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO COMO

4 No que era acompanhado pelas Cortes estaduais: Sociedade anônima – Dissolução parcial (inadmissibilidade) – A dissolução parcial é figura incompatível com a lei das Sociedades Anônimas Sociedade que é de natureza fechada, composta por três irmãos – Irrelevância – A retirada de sócio deve se dar nos termos da legislação pertinente – Recurso provido. (TJSP – APELAÇÃO CÍVEL nº 26.884.4/8 – 17/03/1998)

5 Interesse social o qual a LSA é farta em fazer prevalecer, na esteira, v.g. das prescrições dos arts. 115, 116 p.u., 117, 118, §2º, 120, 134 §1º, 147 §3º, 154, 155, 156, 245 da 246.

PRESSUPOSTO DA RETIRADA. (ARTS. 136, I E 137 DA LEI 6.404/76). RECURSO DESACOLHIDO. O direito de retirada do sócio da sociedade anônima inconformado com a deliberação de criação de nova classe de ações preferenciais não é ilimitado, dependendo, assim, da demonstração de prejuízo em seu desfavor, sob pena de se transformar o recesso em mera venda de ações, o que escapa a finalidade do instituto. (REsp 31515/SP – Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – Quarta Turma – 25.03.1996)

SOCIEDADE ANÔNIMA. DIREITO DE RECESSO. LEI 6.404/76, ARTIGO 137. O direito de recesso visa a garantir a posição do sócio minoritário, quando ocorram modificações substanciais nos estatutos da sociedade, ou que possam afetar o significado econômico das ações de que seja titular. Não merece essa proteção o simples propósito de auferir lucros injustificados como se verifica com a aquisição das ações após a convocação da assembleia que objetiva introduzir as modificações estatutárias de que pode resultar o direito de retirada. Entendimento que se justificava antes mesmo da modificação introduzida pela Lei 9.457/97, tendo em vista a norma de interpretação constante do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. (REsp 197329/SP – Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO – Terceira Turma – 02.02.1999)

Desde o precedente firmado no REsp nº 111.294/PR, todavia, este cenário foi parcialmente alterado. Na ocasião, em decisão por maioria, fruto de divergência capitaneada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, o STJ facultou a dissolução parcial de S/A fechada, com a lavratura da seguinte ementa:

DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DE DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. SÓCIOS MINORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* CONJUGADA À INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DE DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS, POR LONGOS ANOS, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da

sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido. (REsp 111294/PR – Rel. Min. BARROS MONTEIRO – Rel. p/ Acórdão Min. CESAR ASFOR ROCHA – 19/09/2000)

Ocorre que, inobstante o julgado em questão tenha sido de clareza inequívoca ao deferir a dissolução parcial da sociedade atrelada fundamentalmente à “*conjugação*”, naquele caso concreto, da reiterada inexistência de lucros e, corolário disso, não distribuição de dividendos por longos anos, as menções – senão infelizes, no mínimo desnecessárias – ao fato de se tratar de “*grupo familiar*”, bem como à imagem absolutamente vaga e hesitante da dita “*affectio societatis*”, levaram a uma lamentável seqüência de desacertos dali em diante.

Isso talvez em função de um curioso – e igualmente perigoso – apego de operadores e julgadores pátrios a determinados “lugares comuns” que, sob o sofismático escudo de consolidação jurisprudencial, acabam ao revés por prateleirizar institutos que admitem tudo menos soluções padrão ou respostas pré-constituídas, quando não invertem sua verdadeira racional teleológica.

Nesse contexto, vale notar que não se critica aqui o deferimento da dissolução parcial no mencionado precedente do STJ. O que se lamenta sim é o efeito de deformação jurisprudencial propalado a partir dela, decorrente da utilização de fundamentos e expressões que tecnicamente em nada agregavam ao tema ou, mais grave, sob a regra legal em vigor somente o maculam e dão azo justamente àquela “relativização jurídica” mencionada na introdução.

Ora, ante a faculdade expressa do art. 206, II, “b” da LSA⁶, que reconhece aos detentores de 5% ou mais do capital social a possibilidade de requerer a dissolução – *in casu* total – de sociedade que comprovadamente não possa preencher seu fim, nada mais natural que se permita então a dissolução da companhia financeiramente infrutífera, ainda que, em homenagem à preservação da empresa – frise-se, dentro da racional lógica originária atinente àquele princípio –, se o fizesse na modalidade dissolutória parcial.

E tal se dá pelo reconhecimento do preceito basilar de que o fim por excelência de toda sociedade empresária é a geração de lucros e resultados

6 Art. 206. Dissolve-se a companhia: (...) II - por decisão judicial: (...) b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; (...).

positivos, desde que dentro do espectro do objeto social previamente definido. Afinal, na síntese quase poética de Osmar Brina Corrêa-Lima, “o objeto da sociedade é sua atividade-fim. O fim é o lucro. O fim é o primeiro na intenção, mas o último na execução.”

Nesse contexto, é plenamente compreensível que o legislador tenha positivado a ação de dissolução social do art. 206, II, “b” também como instrumento de defesa, não apenas do acionista minoritário propriamente dito, mas do próprio investimento alocado na sociedade e sua potencialidade produtiva, reconhecendo que, após verter seu patrimônio ao negócio, ao sócio não se pode impingir uma estagnação fruto da simples promessa de resultados que concretamente se mostram inatingíveis, tornando-o vítima da letargia do capital que poderia melhor desempenhar sua função em empreendimentos de outra natureza, com efetiva vocação a resultados favoráveis.

Por óbvio que isso não implica em ignorar o risco e as diversas externalidades de mercado mais ou menos impactantes ou transitórias como atributos inerentes à empreitada mercantil. De forma alguma! Ao contrário, o próprio legislador desde sempre assim os reconhece e baliza tanto na ideia de limitação de responsabilidade como, igualmente, na noção de intangibilidade do capital social e da compensação de lucros e/ou reservas com prejuízos passados ou presentes, o que a par de proteger terceiros implica numa inequívoca “validação” jurídica do prejuízo como fator concreto da realidade.

Lado outro, no entanto, o que a hipótese do art. 206, II, “b” parece admitir é que mesmo o reconhecimento do risco e do custo de oportunidade em face dos diversos fatores endógenos ou exógenos não deve redundar num investimento suicida ou prodigalidade patrimonial. Até porque, repita-se, o risco é tão somente um fator a ponderar, e não um corolário nato, muito menos pressuposto fático do investimento.

O mesmo se diga quanto ao não cumprimento do objeto social pela companhia. Na medida em que o objeto delimita a capacidade funcional da sociedade, sua realização é primordial a legitimar até mesmo a obtenção de lucros, servindo de bússola orientadora do investimento dos acionistas e, porque não, de todos os *stakeholders* postos no entorno do negócio.

Numa leitura sistêmica da LSA, portanto, a hipótese dissolutória prescrita no art. 206, II, “b” materializa-se como solução legal a complementar e dar

eficácia indireta às regras somadas do art. 2º – no sentido de poder ser objeto da companhia qualquer “*empresa de fim lucrativo*”, o qual deve ser identificado no estatuto “*de modo preciso e completo*” –, servindo de diretriz de conduta do controlador, a quem se impõe que use seu poder “*com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto*” (art.116, P.u.)

Conjugando esses dois *fronts*, Comparato já lecionava que “*o “fim” da companhia, cuja impossibilidade de preenchimento legitima sua dissolução judicial, é, basicamente, a produção e partilha de lucros. Mas essa lucratividade deve ser apreciada concretamente, em função do efetivo exercício da atividade empresarial definida no estatuto como sendo o objeto da companhia*”⁸. Em síntese, na feliz expressão de Enrico Zanelli, o objeto social seria “*il punto di encontro dela volonà d'azione di tutti soci*”⁹.

Foi com esse espírito inclusive que, ainda sob a égide do Decreto-lei 2.627/40, o STF já decidira ao manter comando dissolutório total de S/A fechada lucrativa, mas cujos frutos não derivavam do objeto social estatutariamente pactuado, com a seguinte redação¹⁰:

O fulcro maior da questão está em saber-se se o só fato de a sociedade dar lucros implica na conclusão de que está atingindo a seus fins, porque “o fim da sociedade é a obtenção de lucros, repartíveis entre os sócios, através da atividade traçada nos estatutos, isto é, da realização do objeto social” (Jaime Franco, in Comentário publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 6, p. 589). Ora, no caso, a ré foi constituída para a exploração industrial e comercial do papel e do papelão. Entretanto, desde o início, em 1955, afastou-se do objeto social, transformando-se em mera administradora de imóvel por ela construído e onde foi integralmente aplicado seu capital (...). A verdade é que “acionistas que representem mais de 1/5 do capital social realizado são partes legítimas para requerer a liquidação judicial da sociedade que não preenche seus fins sociais (Darcy A. Miranda Jr., Repertório de Jurisprudência do Código Comercial, vol. II, tomo II, nº 184)... Em suma, repetindo o que foi dito pelo digno prolator da decisão de primeiro grau, apesar do lucro que a sociedade tem dado, “não se pode negar que está impossibilitada de preencher o seu fim, jus-

8 COMPARATO, Fabio Konder. Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. In: *Revista de Direito Mercantil*, nº 96, p. 72. São Paulo, Revista dos Tribunais.

9 ZANELLI, Enrico. *La nozione di oggetto sociale*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 374.

10 RT 455/273.

tificando-se, pois, a sua liquidação com fundamento no art. 238, letra b, do Decreto-Lei nº 2.627/40.

Em suma, a expectativa de lucros decorrentes do exercício da atividade delimitada pelo objeto social da companhia sintetiza o que a doutrina norte-americana designa por espectro de expectativas razoáveis dos acionistas (*reasonable expectations*)¹¹, cuja frustração daria ensejo à medida dissolutória como solução a estancar a sangria de recursos ou a malversação do investimento pretendido na origem.

Com efeito, se a inviabilidade do empreendimento é tal que, ao invés de colher seus frutos, o acionista se veja perenemente pilhado – seja via constantes chamadas de capital infrutíferas, seja pela corrosão do não retorno ou, talvez num limite extremo, quicá de remuneração a margens de ROE e/ou ROI absolutamente destoantes da realidade comparável –, uma vez comprovando esta realidade – e este ônus da prova é indelével ao requerente –, há se reconhecer ao minoritário a hipótese de extinção do vínculo societário.

Destarte, numa conjuntura de ausência de lucros ou outro contexto que materialize uma impossibilidade de atingimento do fim ou concretização do objeto sociais, já à égide do art. 206, II, “b” não se sonegava aos minoritários a faculdade de lançar mão do pedido dissolutório – ainda que originariamente total – da sociedade. Nesses casos, contudo, o que se deveria ter é uma das seguintes alternativas:

- (i) *Não havendo concordância dos demais acionistas quanto à dissolução e, não comprovada a impossibilidade de não preenchimento do fim/objetivo sociais – o que, frise-se, é um ônus direto e exclusivo dos acionistas requerentes, até porque assenta nesta alegação a causa*

11 Esse conceito, oriundo do direito norte-americano, pode ser descrito como as expectativas e anseios minimamente justos e justificáveis do acionista para com o negócio ao qual se associou, dentre os quais, v.g., o direito ao lucro e a manutenção saudável do empreendimento com a realização e continuidade da atividade empresarial materializa no objeto social da companhia. É o que JOHN MAYNARD KEYNES definia como o *estado de confiança* do investidor no negócio para o qual dirige seu capital e, com isso, calcula seu *custo de oportunidade*. (A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Trad. Mário R. da Cruz. Atlas: São Paulo, 1992, p. 124.) Vide O'NEAL, Hodge. THOMPSON, R. *O'Neal's Oppression of Minority Shareholders. Protecting Minority Rights in Squeeze-Outs and Other Intracorporate Conflicts*. Vols. 1, 2. West Group: 2000. Interpretando a teoria das *reasonable expectations* sob esse aspecto contratual-societário, Melvin EISENBERG leciona: “*One of the most basic applications of this principle [reasonable expectations] is the concept of unfair surprise, which renders unenforceable a term that one party knew or should have known would violate the other party's fair expectations.*” (in *The Structure of Corporation Law*. Columbia Law Review, nº 89, 1989). Sobre o tema no direito brasileiro vide: ZANINI, Carlos Klein. *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

de pedir (remota e próxima) que substancia o pedido –, nega-se provimento ao feito e mantém-se o quadro societário em vigor, restando ao minoritário resignar-se com a posição jurídica e o respectivo *status socii* que lhe é inerente, sem prejuízo obviamente dos demais direitos e/ou faculdades protetivos e/ou fiscalizatórios que a LSA prudentemente lhe defere (v.g., possibilidade de solicitação de instalação e eleição em separado de membros do Conselho Fiscal, voto múltiplo para eleição de conselheiros de administração, exibição de livros, rejeição de contas, recesso);

- (ii) Fosse mediante concordância dos demais acionistas ou, então, caso estes não pleiteassem a continuidade do negócio com base na preservação da empresa, mas não conseguissem elidir a alegação de impossibilidade de preenchimento do fim social, decreta-se a dissolução total – e não parcial – da sociedade, eis que, como se verá na sequência, o princípio da preservação da empresa decorre fundamentalmente da intenção dos consortes remanescentes de dar continuidade ao negócio, o que obviamente não lhes pode ser imposto de modo compulsório, simplesmente para viabilizar a cômoda retirada “*extra-recesso*” do acionista requerente;
- (iii) Enfim, caso comprovada pelo requerente a alegação de inviabilidade de atingimento do fim social, mas, manifestado o interesse na continuidade do empreendimento – e, daí sim, preservação da empresa – por parte dos demais acionistas, defere-se então a dissolução parcial, a qual se apresenta assim como solução sopesada dos interesses contrapostos, entregando-se às partes a jurisdição íntegra e nos limites teleologia legal, representada pelo reconhecimento das pretensões finais de fundo, sem que para tanto se interfira ou cerceie indevida ou excessivamente a esfera jurídica alheia, o que redundaria num abuso de direito sabidamente rechaçado pelo sistema.

Lamentavelmente, no entanto, não é o que se vem assistindo.

E as disposições do CPC/2015 não parecem caminhar para uma volta às boas origens, especialmente face à natureza no mínimo obscura da regra posta no art. 599, §2º¹² e a positivação definitiva da “*ação de dissolução parcial de*

¹² Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto: (...) §2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital

sociedades”. Com efeito, se já se elastecia a hipótese mesmo pré CPC/15, não causará surpresa agora se a redação do novo diploma processual for tomada como um – destaque-se, inexistente – aval legal definitivo para a decretação de dissolução parcial de S/As Fechadas – pouco importando sua composição, eis que o texto normativo não a restringe – e nem poderia mesmo –, às tais sociedades familiares ou alegadamente *intuitu personae*.

Ora, por mais que não se desconheça a existência das normas ditas de caráter heterotópico, não parece que o dispositivo em questão tenha efetivamente o condão de criar um novo direito material de denúncia vazia à disposição das minorias – no que lamentavelmente parece ter sido vertida a dissolução parcial ante a abstração do conceito de “quebra do *affectio societatis*”.

Ao contrário, e considerando especialmente que a norma replica o texto do próprio art. 206, II, “b”, o que parece certo apenas é que, dadas concretamente aquelas exatas mesmas condições de não preenchimento do fim social – as quais, não se perca nunca de vista, hão de ser comprovadas pelo requerente – reconhece-se agora desnecessário o pleito inicial de dissolução total, admitindo-se desde logo o requerimento de dissolução parcial por parte do minoritário que busca o desligamento da sociedade, sem que para tanto se exija uma manifestação nesse sentido por parte dos demais acionistas em sede de contestação. Essa interpretação parece robustecida pelo disposto no art. 601 do mesmo CPC, ao estabelecer que após citados os sócios poderão apresentar contestação ao pedido de dissolução, o que mitiga uma exegese no sentido de uma pretensa tipificação legislativa do direito de denúncia vazia outorgado aos minoritários – embora a jurisprudência dos últimos anos ignore solenemente este fato ao tratar o pleito dissolutório como um suposto e amplíssimo direito potestativo – e praticamente não impugnável – de saída do sócio requerente.

Em todo caso, concorde-se ou não com esta opção legislativa de positivar a figura instrumental da dissolução parcial e reconhecê-la já como pedido originário, não se pode olvidar que tal metodologia foge igualmente à essência do princípio da preservação da empresa como substrato de validade deste rompimento fracionado do contrato de sociedade.

E aqui vale outra recapitulação evolutiva dos institutos. Como se sabe, o que se trata corriqueiramente como “dissolução parcial” decorre da construção

fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

pretoriana consolidada até os anos 70, num cenário em que, reconhecendo a função social e econômica inata à atividade empresária, mas buscando amenizar a drástica previsão dissolutória posta no revogado art. 335, V do Código Comercial de 1.850¹³, sem cassar aquela faculdade de abandono atemporal do investimento então deferida ao minoritário, passou a permitir o rompimento meramente pontual e individualizado do contrato de sociedade, com a saída tão somente daquele sócio que assim o desejasse, sem que isso importasse no encerramento completo e compulsório da pessoa jurídica e, com isso, do próprio negócio. Isso, repise-se, em homenagem fundamentalmente à preservação da empresa, ao que se reconhece então contornos principiológicos e valorativos superiores, dignos de proteção especial dada a relevância sócio-econômica inata à atividade empresária.

Entretanto, isso se dava fundamentalmente defronte à expressa manifestação do desejo de continuidade do negócio – ou da sociedade – por parte dos demais sócios, aos quais reconhecia-se naturalmente a capacidade de afirmar ser ou não conveniente – ou mesmo viável – essa conservação, após a retirada de um de seus integrantes. Ou seja, a modelagem de construção do princípio da preservação da empresa recaía sob os auspícios volitivos daqueles que eventualmente dariam sequência à empreitada, e não ao que a abandonava, sob pena até de se subverter tal preceito num comando de continuidade empresarial impositiva absolutamente descabido e não condizente com a autonomia privada e a liberdade de iniciativa.

É o que se desprende com clareza do precedente materializado pelo STF no fim da década de 70, no RE nº 89.464/SP:

COMERCIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA. Pedida a dissolução total por sócio dissidente, não é possível, em princípio, decretar a dissolução parcial, com simples apuração contábil dos haveres do autor. Admitida que seja a dissolução parcial em atenção a conveniência da preservação do empreendimento, dar-se-á ela mediante forma de liquidação que a aproxime da dissolução total. Nesse caso, deve ser assegurada ao sócio retirante situação de igualdade na apuração de haveres, fazendo-se esta com a maior amplitude possível, com a exata verificação, física e contábil,

¹³ "Art. 335. As sociedades reputam-se dissolvidas: (...) V - Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado."

dos valores do ativo. (STF – Rel. Min. Cordeiro Guerra – Segunda Turma – 12.12.1978)¹⁴

Como visto, todavia, a racional do art. 599 do CPC/15 parece estranhamente inverter essa concepção, colocando exclusivamente nas mãos do sócio retirante a decisão de continuidade ou não da sociedade.

Feita essa digressão histórico-conceitual, no que concerne especificamente ao tema e à crítica que aqui se pretende, chama atenção a disposição da jurisprudência recente em mandar às favas o requisito da *reiterada ausência de lucros* – ou outro que concretamente demonstre a impossibilidade de preenchimento do fim social exigida tanto pelo art. 206, II, "b" da LSA quanto pelo art 599, §2º do CPC – apegando-se meramente à dita terminologia de prateleira, desafortunadamente posta no precedente materializado no REsp nº 111.294/PR.

Ao contrário, na absoluta contramão da cumulação de requisitos destacada no referido precedente, e atropelando sem qualquer desassossego o pressuposto da impossibilidade de preenchimento do fim social como causa de pedir apta a justificar o pleito dissolutório, o que se tem visto **é que o apego aos ditos lugares comuns** do tipo "sociedade de *cincho familiar*", ou quebra da "*affectio societatis*", tem se mostrado suficientes por si só, mesmo em cenários onde a lucratividade não apenas se faz presente como, mais que isso, co-induz o próprio pedido de saída por parte do minoritário, senão veja-se:

SOCIEDADE COMERCIAL Ação de dissolução parcial cumulada com e apuração de haveres **Sociedade Anônima de capital fechado – Cincho familiar – Quebra de *affectio societatis* possibilitando a dissolução parcial da sociedade**, mantido o afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido **Admissibilidade, também, da cumulação de pedidos** feitos na inicial, com a apuração dos haveres e **dividendos correspondentes às ações da autora** por meio de perícia a ser realizada na fase de execução de sentença Não provimento. (TJSP – Agravo de Instrumento nº 2040069-89.2013.8.26.0000 – 05/12/2013)

¹⁴ No mesmo sentido: STF – RE 92773 / PR – Rel. Min. CORDEIRO GUERRA – Segunda Turma – 25.08.1981. Na VETUSTA lição de MIRANDA VALVERDE, o que se reconhecia era "a necessidade de proteger a sociedade, a continuidade da empresa, contra os próprios sócios ou eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional." (apud FONSECA, Priscilla M.P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 73)

Como se nota, se há dividendos, naturalmente que há de haver lucros – provavelmente decorrentes do exercício da atividade –, sendo a sociedade, ao menos *a priori*, plenamente capaz de preencher seu fim, elidindo o direito subjetivo (e causa de pedir) assentes no art. 206, II, “b” da LSA ou mesmo art. 599, §2º, do CPC/15.

Mas isto nem chega a ser o mais surpreendente, mormente quando se confronta com acórdãos que além de cingirem-se àqueles conceitos de “grupo familiar” e quebra de “*affectio societatis*” – como se estes bastassem à hipótese – e negligenciar por completo a inviabilidade de preenchimento do fim como motivador da dissolução, chegam ao ponto de verdadeiramente acusar uma sociedade simulada – e quiçá nula ou fraudulenta¹⁵ –, taxando de modo absolutamente temerário estas S/As fechadas de “*limitadas travestidas*” ou “*limitadas disfarçadas de anônimas*”.

É o que se tira, v.g, do seguinte julgado do TJSP:

SOCIEDADE EMPRESARIAL. Apelo contra sentença que determinou a dissolução da sociedade. Quebra da *affectio societatis* é por si só fundamento suficiente para a dissolução parcial. SOCIEDADE LIMITADA DISFARÇADA DE SOCIEDADE ANÔNIMA. Inteligência ao princípio da dissolução parcial, próprio das sociedades por quota de responsabilidade limitada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apuração de haveres relegada à fase de liquidação. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP – Apelação nº 000086365.1998.8.26.0247 – 13/03/2013)

Donde se lê ainda o seguinte trecho da fundamentação:

*Pois bem. Está reconhecida pelas próprias partes a quebra da *affectio societatis*, conforme se depreende das provas testemunhais, bem como das diversas ações envolvendo as partes (medidas cautelares), tornou-se mesmo impossível dar continuidade à sociedade firmada entre as partes litigantes. Fácil é imaginar, a partir daí, os conflitos decorrentes, ao que se verifica da providência requerida através do Judiciário.*

(...) Aliás, é flagrante a descaracterização da proposta inicial de sociedade, justificando a sua dissolução, eis que a afinidade que existia no empreen-

¹⁵ É o que se conclui diante da redação inequívoca dos artigos 166 e 167 do Código Civil: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) IV – não revestir a forma prescrita em lei; (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. §1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: (...) II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

dimento se encerrou, impossibilitando um bom relacionamento social, indispensável à consecução dos objetivos sociais.

Pasmem, portanto, além da singular desnaturação do tipo societário lançada já na ementa, o acórdão presta jurisdição via exercício especulativo de um desacordo meramente potencial e futuro dos acionistas, demonstrando um completo desprestígio ao princípio da maioria e gritante desconhecimento da estrutura orgânica e funcional das sociedades por ações, idealizados com fins justamente a evitar que eventuais desacordos entre os acionistas tenham o condão de por si só colocar em xeque a atividade empresarial.

Na mesma esteira, confunde-se “*affectio societatis*” com o “*fim comum*” que, este sim, deve pautar os rumos sociais e a métrica de sucesso do investimento coletivo. E a técnica societária há tempos demonstra que não se deva prestigiar a tal “*affectio*” como melhor balança dos dissídios ou desarmonias entre sócios, especialmente face à imprecisão e vagueza da expressão, a qual foge de qualquer parâmetro minimamente identificável quando se cogita da formação ou manutenção do contrato de sociedade, o qual deve ter como bússola primordial o *fim comum* daqueles consortes quando da celebração do pacto plurilateral. Alinhada a motivação para a qual se associaram e acordada a atividade a ser exercida, o nível de “afeição” mantido pelos sócios passa a ter importância minorada, desde que o eventual “desamor” não implique em comprometimento efetivo do atingimento daquele fim e/ou descontinuidade do empreendimento. O mote referencial de manutenção do vínculo societário, assim, passa ao largo do mero relacionamento interpessoal da figura individual dos sócios, assentando, portanto, na viabilidade do prosseguimento da atividade (objeto social) e na geração de resultados (lucros) originariamente pretendidos¹⁶.

Mas infelizmente tal decisão não é isolada. Em rumo congênere – tanto pela admissão da quebra da *affectio* como bala de prata social quanto pela absurda (quase)acusação de sociedade simulada, do mesmo TJSP, lê-se:

As sociedades anônimas são sociedades de capital, em que a pessoa do sócio não tem função fundamental. Entretanto, nas sociedades anônimas de médio e pequeno porte, com caráter familiar, de capital fechado, o elemento preponderante são os sócios. Nelas, o fator

¹⁶ Sobre a impropriedade da utilização da *affectio societatis* como elemento societário vide ADA-MEK, Marcelo Vieira Von e NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de Fim Social*. In: *Direito Societário Contemporâneo* I. Coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

que prevalece é a relação pessoal entre os sócios. Portanto, o que se conclui é que, na prática, muitas vezes o que há É SOCIEDADE LIMITADA TRAVESTIDA DE SOCIEDADE ANÔNIMA.
(TJSP – Apelação nº 1007338-04.2014.8.26.0071 – 29/06/2015)

E aqui se peca novamente pelo vício dos “lugares comuns” e conceitos estanques imprópriamente prateleirizados.

Ora, é de há muito superada a perspectiva de que se possa carimbar as sociedades anônimas exclusivamente como “sociedades de capital”, como pressuposto decorrente simplesmente da adoção desta tipologia (ou espécie) societária pelos consócios¹⁷. Ao contrário, vem de longa data ter se tornado corriqueira a existência das chamadas *sociedades anônimas de pessoas*, caracterizadas não apenas pelos aventados “grupos familiares” – aos quais a jurisprudência comumente as restringe –, mas em não menor volume a empreendimentos compostos por acionistas de interação técnica ou portfolio similar de investimentos, integrados tanto por investidores estratégicos quanto financeiros.

Nessa linha, ou bem há que se voltar às origens – e, mais importante, à letra e teleologia da lei – e reconhecer que a regra do recesso suplanta a possibilidade de dissolução parcial fora daquelas hipóteses taxativas do art. 137 (c/c 136 e 136-A), ou, noutro norte, impõem-se que se uniformize a “regra” decisória ao tipo societário das companhias fechadas, pouco importando se se tratam ou não de “grupos familiares”.

Mas aí se defronta com outros dilemas de não menor gravidade.

Primeiro, a absoluta insegurança jurídica semeada a investidores e empreendedores que optem pela constituição de suas parcerias empresariais na forma de sociedade anônima, o que, ao contrário do que tais julgados pressupõem,

¹⁷ No diagnóstico de CALIXTO SALOMÃO FILHO, inarredável reconhecer que: “(...) evidencia-se a falência dos modelos pré-definicionistas, tanto contratualista quanto institucionalista, que estancaram a evolução e ajudaram a disparar crises nos sistemas empresariais em que conviviam.” (in *Sociedade Anônima: interesse público e privado*. In: Revista de Direito Mercantil, nº 127, p. 18.) Alerta de há muito feito por FÁBIO KONDER COMPARATO, ao pontuar: “Não existe, assim, um conceito “puro” e imutável de sociedade anônima, ou mesmo de sociedade mercantil, mas definições aproximativas, em cada época histórica. Da mesma forma, a permanente evolução da vida humana está sempre a gerar situações jurídicas não explicáveis, totalmente, com os antigos conceitos.” (in *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 106). Sobre essa personalização das sociedades anônimas vide ainda: COMPARATO, Fábio Konder. *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera”*. In: Revista de Direito Mercantil, n. 36, p. 65. e RIBEIRO, Renato Ventura. op.cit. REQUIÃO, Rubens. *A Sociedade Anônima*; FONSECA, Priscila. *A Dissolução parcial in vera nas sociedades anônimas*. In: Revista do Advogado. Ano XXVIII, nº 96, AASP: São Paulo, p. 107.; CAMERLYNCK, Guillaume Hubert. *De l'intuitus personae dans le société anonyme*. Pédone: Paris, 1929.

possui toda uma gama de motivadores e racionais jurídicas, econômicas e estratégicas, condizentes justamente com a flexibilidade do anonimato, tais como, dentre as quais, v.g.: (i) a ampla flexibilidade de alocação dos diversos interesses conjugados e a farta possibilidade de *funding* via *equity* ou dívida, pela emissão dos mais variados instrumentos (via ações de diferentes espécies e/ou classes, com voto e/ou veto mais ou menos amplos ou restritos, privilégios políticos, dividendos das mais diversas naturezas, emissão de debêntures, *commercial papers*, partes beneficiárias, etc); (ii) criação de incentivos aos gestores e funcionários chave, via planos de *stock option*; (iii) manutenção do controle pela detenção da maioria (simples ou qualificada), mas sem que para tanto se precise deter os 75% do capital social exigidos pelo regramento das Limitadas.

Segundo porque, ao se rotular as sociedades ditas de “*cunho familiar*” como *intuitu personae* e, daí, dissolúveis atemporalmente por premissa potestativa pura e simples, esquece-se de modo absolutamente lamentável – senão desconectado da realidade – a própria importância das empresas familiares para o desenvolvimento econômico ao longo da história mundial¹⁸. Nessa vertente, e para que não se acuse este autor de tentar confundir “empresas familiares” de companhias “sob controle familiar”, é de se lembrar que essa relevância econômica e capacidade produtiva não se abstrai tampouco daqueles grupos familiares fechados. Diferentemente do que se parece tentar fazer crer da jurisprudência em referência, esses empreendimentos de família transcendem em muito os negócios de pequeno e médio porte, fazendo-se presentes de modo quase dominante no *middle market* nacional e constituindo outrossim grupos de grande porte não raro multibilionários.

Aliás, também na ponta inversa, fora do âmbito dos grupos familiares, mesmo negócios bastante diminutos se constituem como companhias até para viabilizarem o próprio fomento ou continuidade da atividade, como sói acontecer, por exemplo, com o notório mercado de *start-ups*, no qual não se nega – aliás, se exalta – a relevância da identidade pessoal dos fundadores, mas ao mesmo tempo se utiliza da forma anônima justamente para garantir a melhor composição de interesses via financiamento adequado e de menor custo, aliado à limitação de risco e responsabilidade dos terceiros aportadores,

¹⁸ Nesse sentido, vide relatório do Credit Suisse, *ESG: The Family Business Model. The Credit Suisse Global Family 900 universe*. July, 2015. No Brasil, vide, v.g.: *Valor 1000*, Ano 17, n 17, Agosto 2017; *Melhores & Maiores*, 2017, Revista Exame, Agosto 2017; *Empresas de capital fechado valem mais do que as listadas*. Revista Exame, 30/07/2015.

não raro via emissão de debêntures conversíveis ou preferenciais resgatáveis, as quais ao menos por ora ainda não se admite à limitadas¹⁹. Com efeito, a partir do momento em que se transmite ao mercado a mensagem de que a sociedade pactuada não passa de uma roupagem meramente formal de uma brincadeira transitória ou de um jogo de negócios simulado, estará dada a receita para o irrefreável encarecimento – senão completo fechamento – do *funding* ao ramo de inovação.

Mas o apego àqueles conceitos-padrão está tão “institucionalizado”, que do TJMG se depara com o seguinte julgado:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA. USUFRUTO SOBRE DIVIDENDOS. EXTINÇÃO. ANTECIPAÇÃO DA SUCESSÃO. IMPROCEDÊNCIA. 1. Considerando que a Lei das S/A prevê a possibilidade de retirada do sócio dissidente, a princípio, a dissolução da sociedade anônima não é possível. No entanto, tem-se permitido a dissolução parcial desta sociedade quando a mesma, apesar de formalmente constituída como S/A, na prática, é uma sociedade familiar semelhante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Precedentes do STJ. 2. Tendo sido instituído em favor dos doadores o usufruto dos dividendos das ações, impossível se mostra a dissolução da respectiva sociedade sob pena de permitir a extinção deste usufruto, de forma subvertida. 3. A dissolução da sociedade, no caso dos autos, traduziria uma verdadeira antecipação da sucessão dos bens dos pais do autor, que constituíram a empresa com vistas a gerir o seu patrimônio e certos de que poderiam dele usufruir indiretamente enquanto estivessem vivos justamente em razão da cláusula de usufruto que gravou a doação das ações. 4. A majoração dos honorários de sucumbência não se justifica quando o feito teve ser curso abreviado, sem sequer abertura de fase probatória e apresentação de memoriais. (TJMG – Apelação Cível 1.0024.08.059639-8/002 – 07/07/2010)

Sem entrar no mérito do acerto da decisão quanto à natureza e efeitos do usufruto²⁰, o que se vê aqui muito claramente é que o contrato de natureza

¹⁹ O que levou este mercado inclusive a desenvolver e/ou importar modelos alternativos congêneres, tais como os chamados contratos de “Mútuo Conversível”, dentre outros.
²⁰ Sobre a figura do “Usufruto Societário” já se manifestou com maior profundidade em BARBOSA, Henrique Cunha. *Usufruto societário: polêmicas e a importância da visão sistêmica e do bom regimento do instituto.* In: *Direito Societário – Análise Crítica.* BOTREL, Sergio (Coordenador). São Paulo: Saraiva: 2012, p. 367-401.

civil – igualmente privado e sujeito a regras bastante símeles de autonomia das vontades, boa-fé e vinculação – é muito mais prestigiado do que o próprio contrato plurilateral (societário) que lhe serve de alicerce – aliás é dele principal, sendo o usufruto quiçá pacto acessório à sociedade.

Felizmente, no entanto, ainda há esperança, e pondo por terra as irrefletidas acusações de travestimento ou disfarce societário, vale trazer a lume trecho de voto do Ministro Massami Uyeda, nos Embargos de Divergência em REp nº 1.079.763/SP, onde mesmo compondo a ala de votos vencidos que entendia incabível a dissolução parcial, diante de alegação similar de tratar-se *in casu* de uma “limitada travestida”, S.Exa. assim fez questão de pontuar:

Uso, respeitosamente, divergir do voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo dos embargos e os admitindo porque, **na minha concepção, contrária à própria natureza da existência de uma sociedade anônima, seja no âmbito aberta ou fechada, e sob a alegação de que há uma forma travestida de uma sociedade limitada – SE FOSSE PARA SER SOCIEDADE LIMITADA, QUE FOSSE SOCIEDADE LIMITADA** –, na verdade, a natureza jurídica da sociedade anônima, ainda que fechada, é regida pelo Direito Privado, tanto é que a Lei é de S/A, mas, está profundamente emantado o interesse público. E o interesse público que anima aqui é exatamente a circulação da riqueza, a preservação e, por isso mesmo, ainda que possa, digamos, haver uma dissidência entre seus acionistas, isso não implicaria que pudéssemos admitir uma dissolução parcial.

Nessa toada, prestigiar a alegação de que as S/As fechadas familiares equiparar-se-iam de fato a essas “limitadas travestidas de S/A”, implicaria via de consequência em ou bem admitir um eventual julgamento *ultra petita* – decorrente de uma não alegação expressa dessa simulação pela parte retirante – ou, então, premiar a própria torpeza do requerente em detrimento inclusive de prazos prescricionais – senão decadenciais – atribuídos aos acionistas. Isso porque, como sabido, o prazo para anulação da constituição de S/A decorrente de vícios ou defeitos – gêneros nos quais se subsumiriam então a simulação do alegado “travestimento societário” –, é de um (01) ano da publicação dos atos constitutivos, nos termos do art. 285 da LSA²¹.

²¹ Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembléia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Ademais, e mantendo ao menos a consciência de que a sociedade possui personalidade jurídica autônoma e distinta da dos sócios, restaria irresponsável também a questão de o que fazer com o mesmo art. 167 do Código Civil que nulifica o pretense vício de simulação de uma “sociedade travestida”, o qual ressalva expressamente em seu §2º “os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”, especialmente quando este terceiro, aqui, parece ser ninguém menos do que a própria sociedade dissolvida, a quem sabidamente se imputa ao final os ônus de pagamento dos haveres consequentes à retirada.

A vista disso, soa de uma tremenda fragilidade e despropósito permitir-se um rompimento – senão contra, ao menos *ultra legem* – de sociedades anônimas fechadas, pelo fato exclusivo de seus livros de registro de ações guardarem sobrenomes em comum, e tão somente sob o selo de uma alegada e volátil quebra de *affectio societatis* – destaque-se, não raro alegada de modo convenientemente unilateral pelo retirante, que se escusa sem qualquer pudor de engendrar a mais mínima prova acerca da imprescindível impossibilidade de preenchimento do fim social pela companhia em questão.

Não por acaso este contexto é severamente criticado pela Ministra Isabel Gallotti, a quem coube capitanear o voto divergente acompanhado Ministro Uyeda nos Embargos de Divergência em REsp nº 1.079.763/SP acima mencionado.

“Registro que, no caso presente, nenhum fato além da mera vontade potestativa dos autores – revelada pelo simples ajuizamento da presente ação, segundo consta do acórdão recorrido – justificou a dissolução parcial. A peculiaridade deste caso concreto é precisamente a ausência de qualquer peculiaridade, além da vontade dos autores, a ensejar a dissolução parcial. Não se alega limitação arbitrária à circulação das ações (art. 36, da Lei 6.404/76) ou qualquer das causas legais de direito de retirada (art. 137 da mesma lei). Uma das autoras alienou suas ações no curso da lide, conforme se verifica da sentença.”

Aliás, a par da reprimenda à postura oportunística, a Ministra Gallotti faz em seu voto uma excelente e sucinta análise histórica do tema, na qual aborda a perda de referencial que o presente texto tanto critica.²²

²² Vide o seguinte trecho do mesmo Voto-Vista da Ministra Isabel Gallotti, nos Embargos de Divergência em Resp nº 1.079.763/SP: “Como é sabido, a jurisprudência deste Tribunal não admitia a dissolução parcial de sociedade anônima fechada. As causas de dissolução parcial admitidas pela jurisprudência eram apenas as previstas no art. 206, da Lei 6.404/76, entre as quais não figura a quebra de afeição societária. O direito de retirada do acionista restringia-se às hipóteses taxativamente

descritas na Lei 6.404/76 (art. 45 c/c art. 137). Como exemplo, lembro os acórdãos no AgRg 34.120-8/SP, relator o Ministro Dias Trindade e REsp. 419.174/SP, rel. Ministro Menezes Direito, DJ 28.10.2002, entre outros. No julgamento do REsp. 111.294, a 4ª Turma, por maioria, em acórdão relatado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, embora admitindo, como regra, que “a sociedade anônima é plasmada numa ambiência em que prepondera o princípio intuitus pecuniae”, observou que há hipóteses em que “nada obstante a sociedade ser anônima, os sócios foram congregados, quando de sua constituição, por motivações pessoais, agindo, substancialmente, como força atrativa, a afeição recíproca e a mútua confiança que permeava entre eles.” Nestes casos, “a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucro e de distribuição de dividendos da sociedade anônima, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião.” Considerou a Turma, por maioria, que a hipótese se enquadraria no art. 206, II, b, da Lei 6.404/76, o qual prevê a dissolução da sociedade anônima quando provado que não pode preencher o seu fim. Os votos que aderiram ao relator ressaltaram as peculiaridades do caso concreto, notadamente a falta de distribuição de dividendos. No julgamento dos embargos de divergência no mencionado recurso especial (EREsp. 111.294), ora invocado como um dos paradigmas, o relator, Ministro Castro Filho, conduziu a maioria, resumindo na ementa do acórdão que “em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o art. 206, II, b, da Lei 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre seus sócios tenha sido rompidos. Acompanhou o relator, o Ministro Cesar Asfor Rocha, cujo voto na Turma já destacara as peculiaridades do caso em julgamento, e os Ministros Nancy Andrighi, Hélio Quaglia Barbosa e Humberto Gomes de Barros. Ficaram vencidos os Ministros Massami Uyeda, Ari Pargendler, Menezes Direito e Jorge Scartezini. O outro paradigma invocado nos embargos de divergência é da 3ª Turma, o REsp. 507.490-RJ, e foi julgado depois dos EREsp. 111.294. Neles, o julgamento também foi por maioria, e o relator, o Ministro Humberto Gomes de Barros, invocando o mencionado precedente, proferiu o voto vencedor no sentido de que a decretação da dissolução parcial de sociedade anônima é hipótese excepcionalíssima e “depende da existência de dois requisitos: 1) existência de *affectio societatis* como fator preponderante na criação da empresa; e 2) quebra dessa *affectio*, conjugada à inexistência de lucros ou à falta de distribuição de dividendos por longo período, de forma a configurar que a sociedade não consegue alcançar sua finalidade.” (grifei). E prosseguiu: “tais elementos – sociedade tipicamente familiar constituída com base em *affectio societatis*, quebra posterior desta *affectio* e falta de lucros – identificados pelas instâncias precedentes com base nas provas dos autos, preenchem satisfatoriamente os requisitos acima referidos.” (grifei). Por fim, no julgamento do REsp. 419.174, a 2ª Seção, adotando como fundamentação exclusivamente o decidido no REsp. 111.294, decidiu, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior: “Portanto, considerou-se preponderante para as sociedades anônimas familiares pequenas e médias a existência da *affectio societatis*, sem a qual presume-se que o clima beligerante entre os acionistas atua contra a preservação da empresa e torna-se obstáculo à consecução de seu objeto social, que não poderá ser cumprido. Acresça-se que a distribuição de lucros ou dividendos ficou relegada ao plano de mera consequência da dissolução, pois apesar de presente no recurso especial paradigma, não foi mencionada como condicionante adicional quando do julgamento do mesmo processo em embargos de divergência.” Com a devida vênia, não penso que o decidido no REsp. 419.174 enseje a conclusão da superação da divergência, a ensejar o não conhecimento dos presentes embargos com apoio na Súmula 168. Isso porque os votos integrantes do precedente em que se baseou – REsp. 111.294 – destacaram que a dissolução parcial de sociedade anônima fechada justificava-se, excepcionalmente, com base no art. 206, II, b, da Lei 6.404/76, dispositivo legal este destinado à situação em que a sociedade comprovadamente não pode preencher o seu fim, no caso, a obtenção de lucros e distribuição de dividendos. O que foi tratado como exceção, no REsp. 111.294, em razão das peculiaridades do caso concreto (rompimento da afeição societária conjugado com a falta de lucro e de distribuição de dividendos), passou a ser encarado, no REsp. 419.174, como regra, desde que se cuidasse de sociedade anônima fechada familiar. Poderia o precedente tomado do julgamento do REsp. 419.174 ser tomado como alteração de entendimento da Seção – para passar a considerar como regra o que, até então, era exceção à literalidade da lei das SA, justificada por peculiaridades do caso concreto, a fim de evitar “manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo” – se a mudança de jurisprudência fosse acompanhada de fundamento próprio, diver-

Mas eis que, confrontada com a técnica, a jurisprudência saca então da cartola o “argumento constitucional” e, como se tira do corpo daquele mesmo acórdão do TJSP dantes colacionado, “justifica” a utilização da quebra de “*affectio societatis*” como zona de conforto decisória no fato de esta ser – **a juízo daquela corrente de entendimento** – “requisito suficiente, à luz do artigo 5º, XX, da Constituição Federal e da adoção do princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social.”

Ocorre, contudo, que essa retórica argumentativa não resiste a um teste mais robusto. E se não se dispõem os defensores de tal ideia a uma leitura histórica da regra constitucional em tela, basta ao aplicador proceder à exegese sistemática do próprio artigo 5º da Carta – e seus incisos vizinhos –, para que se perceba com clareza que os preceitos ali contidos – e interligados – têm por finalidade inequívoca a proteção de direitos de ordem totalmente diversa, especialmente os de natureza política, social e religiosa²³. Da mesma maneira, aos que tentam lançar mão do inciso II do art. 5º para sustentar uma suposta não obrigatoriedade de permanência na sociedade, basta lembrar que, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o sócio de fato não era obrigado a compor a sociedade na origem, porém, ao decidir fazê-lo, optou naturalmente por se sujeitar às normas legais e estatutárias em vigor, dentre as quais as que disciplinam de modo claro e incontestado quando e como se poderá abandonar o empreendimento via exercício do direito de recesso, tal qual regulamentado (art. 137 c/c arts. 136 e 136-A, LSA).

gente da linha até então adotada. Mas, ao contrário, baseou-se o acórdão de 2008 exclusivamente no acórdão do EREsp. 111.294, limitando-se a acentuar que “a distribuição de lucros ou dividendos ficou relegada ao plano de mera consequência da dissolução, pois apesar de presente no recurso especial paradigma, não foi mencionada como condicionante adicional quando do julgamento do mesmo processo em embargos de divergência.” Ora, a ausência de distribuição de dividendos não pode, data maxima vênia, ser considerada consequência da dissolução, mesmo porque fato anterior à dissolução buscada na ação judicial, com fundamento, precisamente, na quebra da afeição societária aliada à ausência da lucratividade inerente às S/A. Tal ressalva é incompatível, data vênia, com a fundamentação do acórdão no EREsp. 111.294, o qual expressamente baseou o deferimento da dissolução parcial na inviabilidade de realização, pela sociedade, do fim lucrativo ao qual se destina (art. 206, II, b, da Lei 6.404/76). Ademais, o alcance do acórdão nos embargos de divergência, embora tenha por função uniformizar a jurisprudência, não pode se afastar dos pressupostos de fato da causa por ele julgada. No caso do paradigma (EREsp. 111.294), apreciou-se a situação uma sociedade anônima fechada, há longos anos sem distribuir dividendos, motivo que, somado à quebra da afeição societária, foi julgado suficiente pela Turma e, depois, pela Seção, para ensejar a dissolução parcial. Fossem outras as circunstâncias, outros seriam forçosamente os fundamentos do acórdão da Turma e do acórdão da Seção. No caso dos autos, ao revés, acentuou o acórdão recorrido tratar-se de empresa com saudável, realizando o fim para o qual constituída.

23 Sobre as origens, evolução histórica e fundamentos do princípio em questão vide MARQUES, Ery Cynthia. *Fundamentos Jurídicos do Direito de Retirada*. In: *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. Coord. Marcelo Vieira Von Adamek. São Paulo: Malheiros, 2011.

Destarte, quando muito, de uma leitura sistemática da própria Constituição o que se poderia subsumir ao conceito de associação posto no art. 5º, XX seriam tão somente as entidades cooperativas (art. 174, §2º CR/88²⁴) que, além de possuírem regramento legal próprio e absolutamente apartado das sociedades empresárias, delas se distinguem inclusive pela disciplina expressa do Código Civil, que as qualifica como sociedades compulsoriamente simples, ou seja, passivas de um rompimento facilitado do vínculo associativo, como aliás o permite expressamente o art. 32 da própria lei 5.764/71²⁵ e, aí sim, por extensão expressa, o art. 1.029 do Código Civil. Ainda assim, a natureza cooperativa é de todo diversa, como inclusive já reconheceu o próprio STJ, no REsp nº 10545/RJ²⁶.

Ora, não se ignora aqui que vivemos tempos de constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, não se podendo abdicar de instrumentos exegéticos tais como a interpretação conforme a constituição. No entanto, isso não significa que o reconhecimento dessa tendência possa dar lugar à grosseira deturpação das regras constitucionais, tão somente para melhor amoldá-las ao interesse pontual e casuístico do operador. Nesse sentido, utilizar o “argumento constitucional” do livre associativismo para facultar uma denúncia vazia nas S/As Fechadas – ou mesmo nas Limitadas – importa num descabido e conveniente elasticamento da regra maior, subvertendo por completo os valores ali originariamente protegidos.

O mais curioso é que, a mesma dissolução parcial há muito sedimentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da preservação da empresa, hoje é solenemente desvirtuada justamente sob “argumentos constitucionais” que jamais voltaram a ser testados pela Corte Suprema, ao menos após a promulgação da Constituição de 1.988²⁷, encerrando-se as discussões desta ordem na esfera exclusiva do STJ. Aliás, o que se encontra no STF pós 1.989 são algumas pouquíssimas decisões que, tratando do art. 5º, o referendam exclusivamente a

24 Art. 174 (...)§2º – A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. (...)”

25 Art. 32. A demissão do associado será unicamente a seu pedido. “CIVIL. COOPERATIVA. DEMISSÃO DE ASSOCIADO. REEMBOLSO DE QUOTAS. NÃO CABE, EM CASO DE DEMISSÃO DE ASSOCIADO DE COOPERATIVA, A APURAÇÃO DE HAVERES SEGUNDO AS REGRAS ATINENTES AS SOCIEDADES COMERCIAIS, SENDO O MESMO FEITO EM FUNÇÃO DE CLAUSULA ESTATUTARIA, SEGUNDO O ART. 21, II DA LEI Nº 5.764/71.”

27 Como cediço, as bases da Dissolução Parcial foram assentadas no STF pré-Constituição de 1988, quando ainda não existia o STJ. Repita-se, no entanto, que a jurisprudência relacionada do STF tinha por parâmetro fundamental a preservação da empresa, jamais focando o tal princípio de livre associativismo como instrumento a fomentar a dissolução parcial, muito embora tal dispositivo já constasse das Constituições anteriores, ainda que com redações diversas.

associações de cunho não empresarial (v.g, ECAD, partidos políticos, sindicatos, etc), chegando inclusive a apontar aquele princípio como de "duvidosa extensão às pessoas jurídicas", como se vê logo da ementa da ADIN 2054-4/DF:

Liberdade de associação, garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas. (ADIN 2054-4/DF – Min. Sepúlveda Pertence)

Mas não é só! Ainda que porventura se reconhecesse um flanco constitucional à saída do sócio, como bem aponta Alfredo de Assis Gonçalves Neto, a par do direito de recesso, ao sócio que se diz escravo da sociedade é dada sempre a faculdade de *renunciar* à posição acionária, situação na qual deixa efetivamente de compor o pacto plurilateral, porém sem o recebimento de eventuais reembolsos ou haveres, como inclusive sói acontecer nos casos de desligamento das associações de caráter não societário efetivamente abraçadas pelo art. 5º da Constituição. Essa possibilidade, contudo, é lamentável – senão convenientemente – negligenciada ou "esquecida" pelos sócios pretendente a retirantes, talvez por não considerarem atrativa a ideia de abandono do negócio sem levar consigo um quinhão financeiro, inobstante sirva essa renúncia, senão para estancar o prejuízo decorrente do não preenchimento do fim social, ao menos para pôr fim aos eventuais desgostos dito sofridos, bem como definir o marco referencial do término de sua responsabilidade, quando e se for o caso – o que deveria ser ao menos uma tendência, na medida em que, tanto pela regra do art 206, II, "b" quanto do novel art. 55 §2º do CPC/15, a dissolução (total ou parcial) das S/As fechadas há que derivar sempre da impossibilidade de preenchimento do fim.

Nessa linha, tomando pro referência ainda a própria Lei das S.A, fosse o direito de retirada de fato tão amplo e de caráter potestativo, não poderia o diploma do anonimato impor então ao recesso as limitações a que o submete o art. 137, especialmente diante da norma do art. 109 daquela mesma lei, que sabidamente o qualifica como direito essencial do acionista, o que, frise-se bem, em momento algum é contestado, corroborando destarte a fragilidade da "tese constitucionalista".

Com efeito, os que se apegam a esse travestido princípio constitucional de livre (des)associação parecem igualmente perder de vista princípios básicos outros como: (i) o da autonomia das vontades (que vigia quando da contratação da sociedade e a opção por seu tipo e regramento legal e contratual pelos sócios); (ii) o da maioria societária; (iii) o da boa-fé objetiva; (iv) o do abuso de

direito; (v) o da proibição de beneficiar-se da própria torpeza; (vi) o da vedação ao comportamento contraditório²⁸. Isso, repita-se, sem perder de mira o total afastamento da essência originária do princípio da preservação de empresa, tal como imaginado ao se conceber a dissolução parcial.

Enfim, a jurisprudência recente infelizmente tem procedido a uma verdadeira simbiose conceitual e finalística dos institutos do recesso e da dissolução parcial, como se ambos – jurisdicionalmente vertidos em um – constituíssem não mais que uma irrefreável faculdade conferida ao sócio de, a qualquer tempo e ao sabor de seu humor individual, proceder à denúncia vazia da sociedade, abandonando-a imotivadamente.

Mas ora, se a filosofia por trás do elastecimento das hipóteses de saída é uma possível defesa do minoritário – não raro estranhamente tomado como vítima pelo simples fato de compor a minoria – há que se recordar que é justamente na salvaguarda do minoritário que se concebe o próprio direito de recesso, que nada mais representa do que a faculdade conferida àquele minoritário de, discordando de determinada alteração estatutária que modifique as bases estruturais da sociedade, pondo em xeque seu escopo originário e/ou os frutos econômicos potencial ou originariamente imaginados, optar por dela se retirar, com o consequente reembolso dos haveres equivalentes.

Fora disso, mantida a essência sócio-empresarial, resta ao sócio cumprir com o que pactuou ao aderir livremente ao contrato plurilateral e honrar com seu dever de lealdade²⁹, assumindo, tal qual os demais, os riscos inerentes à atividade, sem que isso importe obviamente em abdicar de seus direitos básicos de fiscalização, voto e colheita dos frutos, quando e se existentes.

E aqui o ápice da barafunda hermenêutica. Afinal, se se concebe como válida uma denúncia vazia e atemporal da sociedade por parte do minoritário, qual a razão de se tipificar na lei a denúncia cheia/motivada, materializada juridicamente na figura do recesso? Não seria isto um atestado de que a lei estaria a guardar palavras inúteis, na contramão dos mais basilares princípios interpretativos e de bom senso?

A consequência talvez não percebida é o grau de desincentivo ao cumprimento da lei que decorre dessa leitura, ou, mais grave, incentivo ao abuso de

28 STJ - AgRg no REsp 1099550/SP.

29 Sobre o dever de lealdade societária, vide: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de Minorias em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

direito. Basta ver que, ao passo que o recesso – hipótese de saída prevista em lei – tem prazo decadencial de 30 dias, o pedido de dissolução parcial é atemporal, o que já iduz a que se negligencie o zelo com o prazo de recesso demarcado, na medida em que poder-se-á sempre “pedir para sair”, mesmo depois de esgotado o marco limite e ainda que ausentes os requisitos daquele (recesso).

Pior, como se vê do acórdão lavrado no REsp nº 1286708/PR, o acionista que sai fora da regra legal tipificada não apenas tem seus desígnios atendidos – repita-se, mesmo fora das raias normativas –, como, pasmem, é premiado ainda com um sobrepreço no pagamento de seus haveres (!?!?!). É o que diz literalmente e sem qualquer constrangimento a “orientação” posta, senão veja-se:

o exercício do direito de recesso, direito de minoria, tem aplicabilidade restrita e especificidades que o distinguem na essência do direito de retirada, inclusive quanto ao levantamento dos valores devidos.

Como bem esclarece o acórdão, **QUANDO EXERCIDO O DIREITO DE RECESSO OS VALORES A SEREM PAGOS SERÃO CALCULADOS DE ACORDO COM O ÚLTIMO BALANÇO SOCIAL APROVADO PELOS SÓCIOS. DE OUTRO LADO, NA DISSOLUÇÃO PARCIAL HÁ UMA APURAÇÃO DE HAVERES MAIS AMPLA, POR MEIO DE UM PROCEDIMENTO QUE BUSCA IDENTIFICAR O VALOR REAL DA EMPRESA, COMO SE ESTA FOSSE SER TOTALMENTE DISSOLVIDA.**

Assim, diante das distinções ontológicas entre os institutos, a previsão da forma de pagamento contratualmente especificada para o exercício do direito de recesso não tem o condão de afastar a incidência de lei. Desse modo, deve-se manter o acórdão também quanto à forma de pagamento. (REsp 1286708/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 05/06/2014)

Convenhamos, é um convite VIP ao abuso de direito, embora seja este veementemente rechaçado pelo sistema jurídico brasileiro³⁰.

O mais incompreensível é que tudo o que se usa para deferir ao minoritário retirante “um mundo” de haveres é alicerçado justamente no pretexto de evitar um enriquecimento ilícito da sociedade e dos demais sócios, ignorando por completo a possibilidade – destaque-se, não raro muito mais concreta – de enriquecimento ilícito sim por parte daquele se retira a destempe, em detrimento

³⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

até à própria manutenção da empresa – a depender do perfil patrimonial que a constitua e respectiva liquidez e geração de caixa para pagamento dos haveres.

Mas, como se viu, o temor ao nonsense não parece refrear os rumos que vem se dando ao tema, de modo que também não deveria causar maior espanto – embora seja de fato chocante – o entendimento firmado pela Terceira Turma, no REsp nº 1128431/SP:

E o caso traz um sequência de peculiaridades – para ser eufemista. Primeiro, porque admite um gritante abuso processual, permitindo, ainda antes da entrada em vigor da nova regra de nomenclatura genérica trazida pelo CPC/15, a utilização de ação batizada como “dissolução parcial” para, aí sim, travestir verdadeira medida de exclusão de acionistas. Segundo, pois é de se questionar ali o próprio interesse de agir do autor, na medida em que, ao se falar de majoritário, em especial numa S/A, aparentemente não havia risco algum ao exercício do controle e, portanto, da condução da empresa, como aliás o reconhece a própria ementa. Terceiro, porque o que acabou-se por fazer foi afirmar que não podem os minoritários optar por serem meros investidores da companhia, sendo que, acaso o controlador não mais os deseje ali, deverão então compulsoriamente buscar a assunção do controle societário, com a exclusão reversa do majoritário, sob pena de um surpreendente confisco de sua participação acionária. Este o teor da ementa:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes. 2. **Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade – hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários – está admitida também a sua dissolução parcial.** Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a

forma de exploração do objeto social. 3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade *intuitu personae* com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1128431/SP – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – Terceira Turma – 11.10.2011)

Ou seja, de súbito, e sem o menor fundamento jurídico palpável – aliás, como se viu, na contramão destes –, o minoritário é alçado da pobre posição de vítima ao “malvado sócio chantagista”, sendo alijado *manu militari* da sociedade. E isso vindo da mesma Terceira Turma – aliás da mesma Min. Relatora – que nada menos que dois meses antes assentara definitivamente – “ou não” –, que para a exclusão de sócios não bastava a alegação de mera quebra de *affectio*, sendo imprescindível a demonstração concreta de uma falta grave a representar a justa causa apta a viabilizar a expulsão do sócio, na seguinte ementa:

CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. INSUFICIÊNCIA.

(...) 5. 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. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1129222/PR – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – Terceira Turma – 28.06.2011)

Em qualquer caso – e corroborando o assombro –, o que fica notório é que, mesmo quando aparentemente pretende se afastar da dita *affectio societatis*, o Judiciário demonstra uma tremenda dificuldade em se apartar por completo daquela noção, quando muito apenas circunscrevendo a falta grave necessária a justificar a exclusão como uma espécie de gatilho motivador do rompimento da tal *affectio*. Ou seja, nega-se a *affectio* para nela acabar se escorando a decisão de qualquer maneira.

Enfim – e deixando propositalmente abertas ao leitor quaisquer considerações de caráter conclusivo –, são coisas que se perdem pelo caminho...