

Atualidades

A EXCLUSÃO DE SÓCIOS PELA MAIORIA SOCIAL NAS SOCIEDADES POR COTAS — A EVOLUÇÃO TIPO SOCIETÁRIO

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

A exclusão de sócios. O problema das causas da exclusão. O "due process" da exclusão. Conclusão.

Não parece haver mais dúvidas em que, com o passar deste século, e a extrema adaptabilidade das sociedades por cotas de responsabilidade limitada aos pequenos e médios empreendimentos, aproximaram-se aquelas opções societárias no direito brasileiro, da natureza e do campo das sociedades de capitais, apresentando-se como uma espécie menos radical destas últimas — cujo modelo paradigmático ficou sendo o das sociedades anônimas.

As sociedades limitadas, então, como que se despersonalizaram, perdendo em muito aquele caráter que mestres clássicos como Valdemar Ferreira nelas viam inscrito, e passaram a ser um molde todo próprio de empresas de capital, cujas qualificações se revelaram um tanto mais agregadas, menos difusas na individualização de um sócio do que o modelo extremo das anônimas.

Ao compasso dessa sedimentação de sua natureza, provavelmente ditada pelas necessidades da evolução comercial no país, observa-se o roteiro jurisprudencial liberando as sociedades por cotas dos grilhões personalizadores do velho Cód. Comercial, quando ditava este (art. 335, V) a dissolução da sociedade de prazo inde-

terminado pela vontade unilateral de um dos sócios ou mesmo (art. 336, I) pelo desejo motivado de qualquer um deles (naquelas de prazo certo).

Refletindo a extrema necessidade, ou pelo menos a prioridade da prevalência, da continuação dos negócios sociais, os tribunais tiveram por convolar aquela arcaica dissolução total em uma dissolução parcial, naqueles eventos de vontade unilateral ou dissidência irreconciliável, pela solução justa, e tanto harmônica quanto possível na preservação da empresa: dissolução parcial, pagando-se ao(s) minoritário(s), que então se retiram, sua parcela atualizada no patrimônio social líquido.

Nessa rota irreversível da "despersonalização", também a jurisprudência teve por, em boa hora (RTJ 70/778, RTJ 85/749), conceder à maioria social estatutária o direito de proceder às deliberações sociais e tê-las arquivadas, para todos os fins e efeitos, sem necessidade da assinatura dos minoritários acaso dissidentes ou omissos.

A tal ponto ficou assente o princípio que o legislador enfim (Lei 8.934/94, art. 35, VI) houve por determinar que, somente cabe recusa do arquivamento de deliberação social majoritária sem assinatura dos

sócios vencidos, quando e se houver a respeito cláusula restritiva no contrato social.

Proporcionava-se assim às sociedades por cotas uma motilidade semelhante à das anônimas, no sentido de que sua voz, sua expressão de vontade deliberativa, seria eficaz e válida desde que adotada pelo voto manifesto da maioria necessária, sem o entrave, derivado da antiga impregnação personalista da sociedade, de demandar-se a assinatura de todos os sócios no instrumento de alteração do contrato social.

Não cabendo, na dimensão destas notas, maiores aprofundamentos sobre a *ratio* jurídica dessa evolução, podemos apontar, com Waldirio Bulgarelli (*Direito Empresarial Moderno*, Ed. Forense, 1991, p. 276) como a “profunda carga institucional” revelada nos contratos de sociedade por cotas, apontaram para “uma acentuada aproximação com as sociedades de capitais...”.

Ficaram as empresas por cotas portantes, em regra, salvo contemplações restritivas em seus estatutos básicos, com um arcabouço societário quase tão liberto quanto o das anônimas, no sentido de permitir mais facilidade de evolução social pela via deliberativa, e decisão de sua maioria, até alterando o contrato institucional.

A EXCLUSÃO DE SÓCIOS

Observa-se de algum tempo para cá um desdobrar bem discutível dessa tendência que causou às empresas por cotas uma fluidez deliberativa próxima à das anônimas.

É a orientação de se admitir o arquivamento de deliberações sociais com a consequente alteração do contrato básico, excluindo, expelindo da empresa, sócios minoritários, pela simples vontade da maioria, ainda que assentadas em argumentação do tipo referido à ausência de *affectio societatis* — cuja ocorrência é, por óbvio, matéria de uma abrangência enorme e definição possivelmente custosa, pela sua intrínseca abstração.

“Os sócios que detêm a maioria das quotas sociais podem promover a alteração do contrato social, excluindo o sócio minoritário e o arquivamento da alteração na Junta Comercial, indiferentemente da assinatura do sócio excluído” (TJSP, ac. unân. da 10 C., j. 9.12.93/5, Apel. 226.285-2).

Os professores Mauro Brandão Lopes e Alcides Tomasetti Junior, da Faculdade de Direito da USP, publicaram um extenso e erudito parecer sobre a abusividade de certas exclusões de quotistas minoritários (RT 714, pp. 56 e ss.). Ali afirmam que a eficácia per se da deliberação exclusória seria tanto ofensiva ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º da Carta) que se desdobra na espécie, na “igualdade de tratamento dos membros da pessoa jurídica” quanto também ofensiva ao “princípio da in exclusão arbitrária de integrante de pessoa jurídica privada”.

Sobre esse último sustentáculo a palavra dos pareceristas acima é bem explícita e de inegável cotejo e ajuste com a prática cotidiana (ob. cit., p. 64): “Insista-se em que se cuida da exclusão de membro de pessoa jurídica, e não de destituição de membro investido na posição de órgão representante ou não, do ente corporativo, e que dessa posição (gerência, por exemplo) é afastado, sem perder a membridade. Aqui, não há direito à conservação da posição jurídica, mas há esse direito no que tange à conservação da membridade”.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães, ao revés situa-se entre os que não vêem nenhuma afronta jurídica no procedimento de exclusão forçada do sócio por mera deliberação societária (RDM 100, p. 85): “Admitida a exclusão de sócio por via extrajudicial, através de deliberação unilateral da maioria do capital, não há como falar em agressão ao princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou não, quando no afastamento do sócio, se observa pontualmente o procedimento instaurado nos exatos termos consagrados no direito material, sem dizer que a exclusão, importando na apuração de haveres do excluído,

não o priva, em nenhum momento, de sua liberdade ou de seus bens.

“Por outro lado, operada a exclusão de sócio pela maioria, por motivo justificado segundo o procedimento sagrado pelo direito material, sempre subsistirá, sobranceira, a possibilidade da apreciação do fato *a posteriori* pela Justiça, podendo esta inclusive considerar improcedente a arguição de inadimplemento total ou definitivo.”

Sabe-se por certo que, no fluxo dessa vertente moderna da despersonalização das sociedades por quotas, tem-se admitido alterações contratuais pelo simples voto majoritário, sem assinatura dos inconformados ou ausentes, cuidando dos mais variados assuntos institucionais, até da perda da gerência, dos poderes de gestão: “O gerente, nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, ocupando esse cargo na qualidade de sócio, por previsão estatutária não pode ser excluído da função, alterando-se o ato constitutivo pelo consenso dos sócios com maioria no capital, justificando-se tal hipótese quando se verifica inexistente disposição que exija a unanimidade dos sócios para decisão que implique alteração de cláusula constitutiva do estatuto social (STJ, ac. unân. da 3ª T., publ. em 27.9.93, REsp 33670-7-SP).

Mas a radicalíssima decisão de retirar à força o sócio, sonegar-lhe a “membroidade” (de que fala Mauro Brandão Lopes) é algo de muito mais sério, envolvendo o contraponto de direitos essenciais.

O PROBLEMA DAS CAUSAS DA EXCLUSÃO

Não se discute, por certo, assunto que é de grande sedimentação doutrinária, o direito de exclusão dos sócios na ocorrência das causas legais (art. 335, 2ª, 4ª e 5ª e 336, 2ª e 3ª do Código Comercial e 48 da Lei de Falências) ou convencionais, essas assentadas no estatuto básico da empresa.

José Waldecy Lucena, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Li-*

mitada (Renovar, 1996, pp. 570 e ss.), tem um interessante estudo a respeito: “Em compêndio, de consequente, há de se concluir, segundo a doutrina até aqui cogitada, que as causas ensejadoras da exclusão de sócio são de duas ordens, ou seja, as legais (as catalogadas no Código e na lei de falências) e as convencionais (as insertas no contrato social)”.

Mas, ficava por certo bem determinada a eventualidade da exclusão forçada do sócio àquelas ocorrências de expressão na lei ou no contrato social. Assim pois se devendo entender as decisões jurisprudenciais que dispensavam a existência da cláusula convencional, por isso que já existia ensejo legal para o ato excludente: “O sócio pode ser excluído da sociedade por cotas de responsabilidade limitada por manifestação de vontade da maioria dos sócios, independentemente de previsão contratual” (TJSP, ac. unân. da 10ª Câmara, j. 23.9.93, Apel. 222.739-2/9).

“Inexigível na doutrina moderna a previsão contratual para a exclusão do sócio da sociedade convencional, desde que evidente a causa justificada” (TJSP, ac. unân. da 15ª Câmara, j. 26.10.93, Apel. 196.571-2/9).

Fora daí, a doutrina (Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial*, n. 687, pp. 148-149; Pontes de Miranda *Tratado de Direito Privado*, t. XLIX, § 5.187-8, p. 126) afastava a possibilidade de retirada forçada, por inexistência da “causa justificada” legal.

Contudo, possivelmente a débito da tendência moderna em se conceder prevalência à persecução societária sem maiores concessões ao caráter pessoal dos agrupamentos sociais, parte da doutrina tem admitido a exclusão de sócios sem necessidade dos estritos fundamentos presentes na lei ou elencados no contrato social.

Naquele mesmo excelente estudo (ob. cit., p. 528) Waldecy Lucena adverte: “Ultimamente, contudo, transmutou-se a doutrina. E foi de um extremo ao outro. Hoje,

é aturada a interpretação que admite a desnecessidade de cláusula contratual para a expulsão de sócio da comunidade societária”.

E cita, a respeito, Fran Martins (*Direito Societário*, p. 361) Egberto Lacerda Teixeira (*Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, pp. 274-275) e ainda Fábio Konder Comparato (*Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 143).

Muito cuidado é preciso, contudo, na percepção desse novo parâmetro admitido à exclusão não prevista de modo expresso na lei ou no contrato social.

Pode-se observar que nesse moderno *approach* doutrinário tanto Egberto Teixeira como Fran Martins expressam a necessidade da “justa causa” para envolver aquela extemporânea ejeção do sócio.

José Edvaldo Tavares Borba, no seu *Direito Societário* (2ª ed., 1995, p. 109), após asseverar que “quem tiver 50% do capital mais uma cota, terá, por conseguinte, o controle absoluto da sociedade”, ressalva de modo bem expresso: “Observa-se, entretanto, que a deliberação alusiva à exclusão do sócio, como qualquer outra que apresente caráter punitivo, encontra-se vinculada à caracterização de justa causa, podendo essa condição ser objeto de apreciação judicial”.

Egberto Lacerda Teixeira (ob. cit., p. 274) reitera: “Inclinamo-nos a crer que, em determinadas circunstâncias, mesmo em falta de previsão estatutária específica, poderão os sócios em maioria, por justa causa, decretar a exclusão ou eliminação de sócio faltoso. Normalmente, as causas da exclusão deverão constar do pacto social. Não é desarrazoado, contudo, afirmar que a ocorrência dessa justa causa (ainda que não prevista contratualmente) habilite a maioria dos sócios a votar a exclusão do sócio indesejável”.

Mesmo Luiz Gastão Leães (ob. cit., p. 94), enfático defensor da exclusão forçada por ato meramente societário, ao contestar

a tese de que o básico direito à “membriedade” do sócio seria intocável pela simples expressão da maioria de seus associados, reconhece, com força em A. J. Avelãs Nunes (*Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1968, p. 275), o *must* da fundamentação adequada: “Efetivamente, o que se quer significar com esse direito à qualidade de sócio é que nenhum dos sócios pode ser excluído da sociedade apenas pela vontade autoritária da assembléia, *au bon plaisir* da maioria”.

Ficamos, pois, na estrita dependência do evento da “justa causa” para que aconteça a remoção forçada de um sócio. A nosso ver, o ponto sensível dessa questão, seu *punctum dolens*, está, não só na qualificação do que será a causa justa na eventualidade, mas — requisito imbricado com aquele outro — como e quando caracterizar-se tal motivo justo, falando-se aqui do *due process of law*.

Nossa preocupação, nosso questionamento, em face da indeclinável importância do corpo societário, da sinalização moderna para sua continuidade, e em face daquele que deve, sem embargo, continuar a ser o princípio de preservação e garantia do *status* do sócio, qualquer que seja seu percentual do capital, diz, pois, com a sintonia adequada da solução desse conflito óbvio: “Quem vai ter que evidenciar a ocorrência — ou a inoocorrência — da justa causa, a par de tipificar tal evento dentro ou fora da excludente fundamentação do sócio?”.

No extremo de um espectro de nossa análise, o mesmo Waldecy Lucena (ob. cit., p. 580) aponta para a ilicitude da exclusão fundada “apenas na vontade dos sócios majoritários, sem que tenha o excluído a ela dado causa”; mas, ainda, com assento em Miguel Reale (Parecer in *RT* 150/469) afirma pela ilicitude, invalidade, da própria cláusula do contrato social que permita a ejeção do sócio, sem justa causa, por isso que essa disposição contrariaria “... às escâncaras, a exigência do Código de que a expulsão somente se opere com ‘causa justificada’ (art. 339)”.

A matéria já então pode ficar mais enquadrada, no sentido de que "nem mesmo a autonomia de vontade dos sócios na expressão de seu contrato social pode admitir que aconteça um ato de exclusão forçada do sócio sem assento em causa justa", por isso mesmo que a regra defensiva do art. 115 do Código Civil barrará a validade obrigacional das cláusulas puramente potestativas, tal como será deixar ao talante único e desarrazoado da maioria social, optar pela exclusão do sócio.

Muito ao contrário, aponta Waldecy Lucena na sua compreensiva obra (ob. cit., p. 582), assentado nas lições clássicas de Sylvio Rodrigues, a expressão contratual do possível *decisum* expulsório pelo advento de "justa causa" não delinea hipótese de cláusula puramente potestativa, mas de condição meramente potestativa, cuja validade é reconhecida.

Isso porque uma série considerável de fatores deve interferir na formação do convencimento da maioria, tais, por exemplo, "a conveniência para a sociedade de manter tal sócio em face da conjuntura dos negócios, o próprio comportamento do sócio excluído, a conveniência objetiva de renovação dos elementos, e muitas outras circunstâncias, externas às pessoas dos componentes da maioria".

O "DUE PROCESS" DA EXCLUSÃO

Fica claro, pois, que a fundamentação da "justa causa", esteja ela assentada desde logo no contrato social ou não, fornece respaldo indispensável, e, em princípio, suficiente, à exclusão forçada do sócio, pela sociedade.

Resta, e não é nada desprezível o ponto, esclarecer-se o *due process* ou o *rito processual* da exclusão, pois que de grande relevância prática, na vida comercial, é saber-se se a deliberação majoritária já vai operar e produzir" per si seus efeitos (observada a eficácia meramente declaratória do Registro do Comércio).

Egberto Lacerda Teixeira entende que sim (ob. cit., p. 267). José Waldecy Lucena concorda (ob. cit., p. 603): "A nós nos parece, expresso ou omissivo o contrato social sobre o instituto da exclusão, esta sempre poderá ser deliberada extrajudicialmente pelos consórcios em maioria".

Luiz Gastão Leães certamente concorre nessa vertente (ob. cit., p. 95): "Nesse caso, a exclusão operar-se-á extrajudicialmente, não se vislumbrando eiva de abuso, ou atentado aos princípios de isonomia, do devido processo legal ou da plenitude de defesa..."

Estamos, contudo, em que mais razão assiste a Fábio Konder Comparato (*Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, 1978, p. 141) ao distinguir as hipóteses onde a sociedade já traga no seu estatuto básico a previsão da exclusão por justa causa, daquelas onde inexistente essa previsão: "O que a previsão contratual confere a mais é o direito potestativo de exclusão, sem necessidade de recurso ao Judiciário (cláusula resolutória expressa)".

Aqui não vemos similitude com a constituição da mora nas obrigações comuns (C. Civil, arts. 955, 960, C. Com., art. 138) que exige interpelação judicial, até porque não existe no caso da mora, jurisdição contenciosa de plena *cognitio*, senão a publicidade judicial da exigência credora e sua produção de efeitos.

O que há, na hipótese do advento, por deliberação da maioria social, de uma causa não expressamente acertada pelos sócios no contrato social, mas tida agora, ao depois, como justa, hábil, suficiente a proporcionar a expropriação da titularidade de um sócio, é a gritante necessidade de submissão da matéria à plena apreciação judicial.

A matéria não é, como se vê, das mais sedimentadas no direito comercial brasileiro.

Em suma, teremos 2 (duas) hipóteses básicas de retirada, exclusão forçada pelo voto majoritário, uma com previsão expres-

sa no contrato social e outra sem que tal previsão exista.

Na primeira hipótese, estamos em que a sociedade, pela sua voz e voto majoritário, consoante os termos contratuais, pode deliberar a exclusão e já arquivar o instrumento no Registro competente de sorte a produzir os efeitos *erga omnes*.

Isto porque, é de assunção geral em direito societário que o instrumento do contrato social incorpora compromissos de todos os que ali se associam, e portanto, ao submeter-se à clausulação que enseja o voto majoritário excluindo qualquer sócio por causa justa, o sócio em tela não pode, senão através de um pronunciamento judicial competente, alterar os efeitos da deliberação conseqüente àquela condição societária.

Não assim se inexistente a cláusula no contrato social. Aqui, cabe à sociedade, pela voz de sua maioria interessada em se ver livre daquele sócio que terá proporcionado uma causação grave que se lhe emerge a expulsão, ir a Juízo obter a assertiva jurisdicional que, em cognição própria, verifique a indispensável ocorrência, na espécie, da motivação que permita o afastamento do sócio.

Não é difícil perceber o quão de radicalmente violento para um sócio inadvertido, em viagem, adoentado, fora do seu ritmo usual de vida, desprovido até de defesa pela publicidade convocatória que protege as sociedades anônimas, pode representar uma deliberação "feita à sorrelfa e de má-fé" (Waldecy Lucena, ob. cit., p. 594).

Algum parâmetro básico há de existir para que se evite as situações repulsivas ao bom direito. Não nos parece, *data vênia*, muito consistente, a tese do TACSP no acórdão, por maioria, de 28.8.80 (Embargos Infringentes n. 226.473), pelo voto vencedor do então Juiz Sydney Sanches enfrentando hipótese de exclusão do minoritário pelo efeito da simples decisão dos quotistas: "Aliás, se algum abuso houver de permitir,

até que o Judiciário se manifeste, que seja o da maioria".

É difícil crer que a valoração a ser emprestada à hipótese seja tão-somente a aritmética da maioria. Se há no contrato social uma autorização expressa da força da maioria para retirar um sócio por justa causa, listadas tais motivações na sua expressão tipológica, concorda-se que assim ocorra, e que, até que o excluído logre pronunciamento judicial que desconstitua ou suspenda o *decisum* societário, este opera normalmente a seu curso.

Uma clausulação desse tipo assim diria, exemplificativamente:

"constituem motivos de justa causa para se deliberar a exclusão de um sócio:

"a) exercer atividade comercial concorrente com a empresa;

"b) ser condenado definitivamente por crime ou contravenção, etc."

Mas, se inexistente a cláusula e, pois, a permissão da vontade declarada dos sócios — para a exclusão por justa causa com a tipificação desses eventos de seqüelas tão radicais, seria uma total inversão do *due process* que a mera voz majoritária tenha força, por si só, de ejetar o sócio.

Na ocorrência de uma cláusula contratual como a acima, dada por exemplo, a assembléia dos cotistas de posse do documento que ateste o exercício de atividade comercial concorrente à da sociedade, pelo sócio, ou comprove a condenação judicial deste no crime ou contravenção, deliberará à exclusão com efeitos imediatos, cabendo ao excluído correr a juízo para desconstituir aquelas provas, ou desenquadrá-las na tipificação convencional. *Mas não assim se inexistir condição contratual daquela natureza.*

Porque fácil é perceber a extrema volatilidade do conceito de causa justa, já se ampare este no próprio princípio legal, já na mera repetição contratual do mesmo. Que "causa" será justa? Um ou dois votos contratuais ou contrários em assembléia? Mesmo a constante divergência nas vota-

ções? Desentendimento pessoal com os majoritários? Qual a mensuração valorativa desses eventos que pode embasar uma exclusão forçada, na base da impossível convivência social?

Deferir à voz interessada, envolvida nos seus interesses próprios, *biased* (no conceito anglo-saxão) da maioria, será enfim deferir a esta, a seu *bon plaisir*, qualificado acima por Avelãs Nunes, a decisão sobre a carga "justa", de um evento, possibilitando excluir a "membridade de um sócio".

A solução mais equilibrada e harmônica, nessas hipóteses, será a de demandar-se do Judiciário a real apreciação do motivo alegado, para que, sopesando-o no pleno e aparelhado exercício jurisdicional, pronuncie-se sobre sua adequação como causa justa ao afastamento postulado do sócio.

Ao aceno do possível abuso da minoria, obstruindo o curso social, não se pode deixar de lembrar a existência das medidas cautelares, ou da antecipação de tutela, pois que, nesses casos delineados de tal forma, teremos pressupostos processuais para se obter desde logo a exclusão ou afastamento do sócio. Mas, sem dúvida, por pronunciamento judicial.

Neste sentido, parece que o STJ, pela sua 3ª Turma, adotou posição protetora do *status* do sócio, negando à mera deliberação assemblear tal poder excludente, até que aceite a decisão em juízo (ac. unân. publicado no DJ de 16.9.96, p. 33.738, REsp 50.543-SP, Rel. Min. Milton Naves).

CONCLUSÃO

Enfim, o que entendemos acima, não elide o inegável embaraço à vida social que um ou alguns minoritários em distonia com o corpo majoritário podem significar. E não há de se negar a tendência irreversível de proteção da continuidade societária.

Dai percebermos e reconhecermos não haver contraponto possível ao direito da maioria social habilitada deliberar livremente, mesmo sem o voto manifestado dos minoritários, e assim alterar o contrato social, resolver o que for necessário, inclusive retirar poderes de gestão, destituir sócios do exercício da gerência.

Mas, não tão simples assim se tratarmos da retirada à força da qualidade essencial de sócio, onde se afeta a "membridade" da pessoa, seu título de *propriedade* no capital social.

Nessa hipótese, não vemos como se possa dispensar a cognição judicial sobre o mérito, a essência da motivação justificativa.

O pré-condicionamento dos sócios, de qualquer deles, a esse possível evento traumático mediante a assumida submissão à regra expressa e tipológica do contrato social fornece o subsídio à imediata produção de efeitos do ato de exclusão, assim que deliberado.

Na inexistência da expressão convencional daquela maneira própria e especificada no estatuto básico parece-nos que a maioria haverá que buscar antes o pronunciamento judicial para conseguir os efeitos expulsórios.