

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ANDRÉ LUIZ CARDOZO SANTOS

**APURAÇÃO DE HAVERES NA SOCIEDADE LIMITADA:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA**

SÃO PAULO  
2015

ANDRÉ LUIZ CARDOZO SANTOS

**APURAÇÃO DE HAVERES NA SOCIEDADE LIMITADA:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Direito dos Negócios Aplicado e Desenvolvimento, sob orientação da Professora Dra. Mariana Pargendler.

SÃO PAULO  
2015

Santos, André Luiz Cardozo Santos

Apuração de haveres na sociedade limitada: uma análise crítica da jurisprudência / Santos, André Luiz Cardozo Santos. - 2015.  
109 f.

Orientador: Mariana Pargendler

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Sociedades limitadas - Brasil. 2. Direito empresarial - Brasil. 3. Sociedades comerciais - Brasil - Legislação. 4. Jurisprudência. I. Pargendler, Mariana. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.72(81)

ANDRÉ LUIZ CARDOZO SANTOS

**APURAÇÃO DE HAVERES NA SOCIEDADE LIMITADA:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Direito dos Negócios Aplicado e Desenvolvimento, sob a orientação da Professora Dra. Mariana Pargendler.

**Data da aprovação:**

**01/12/2015**

**Banca examinadora:**

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Mariana Pargendler (Orientadora)  
FGV – Escola de Direito de São Paulo

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Lie Uema do Carmo  
(2º Membro da Banca)  
FGV – Escola de Direito de São Paulo

---

Prof. Dr. Luís André Negrelli de M. Azevedo  
(3º Membro da Banca)

---

Prof Ms. Carlos David A. Braga  
(4º Membro da Banca)

Para minha esposa, Gracieli, minha guia, e meus filhos, Enzo e Arthur, razão do meu viver. Para os meus pais, Augusto César, pelo exemplo de dedicação, e Rosa Maria, por acreditar em mim, sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

À Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo por ter-me admitido neste programa de mestrado, particularmente, ao Prof. Dr. Ary Oswaldo Mattos Filho, exemplo de generosidade e sensibilidade.

À Professora Dra. Mariana Pargendler pela dedicação incansável na orientação, pelo exemplo de retidão intelectual.

À Professora Lie Uema do Carmo, cujas contribuições ao longo do programa e da dissertação foram fundamentais para o meu desenvolvimento acadêmico.

À Flávia, minha irmã, e aos meus sobrinhos, Gabriel e Leonardo, por me receberem.

Aos colegas de escritório, particularmente ao Alex Ferreira e à Elaine Sanches, pelo esforço adicional durante o curso. Aos clientes pela compreensão.

Por fim, aos colegas e professores do programa, pela oportunidade de convivência e aprendizado.

## RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo investigar a apuração de haveres nas sociedades limitadas a partir da análise da jurisprudência, notadamente para compreender o alcance da liberdade de contratar das partes, estabelecido, entre outras normas, no artigo 1.031 do Código Civil. Para tanto, analisaram-se os julgados do STJ, disponíveis no sítio eletrônico da corte e, da mesma forma, os do TJSP, dada a relevância econômica do estado e a existência de câmaras especializadas em direito empresarial, entre o período de 2010 a 2014. Tentou-se construir uma tipologia das questões que compõem o julgamento das cláusulas de apuração de haveres, como, por exemplo, distinção entre forma de apuração e forma de pagamento; e, igualmente, dos fundamentos usados pelos tribunais para afastar ou aplicar as cláusulas. Na segunda seção, fez-se uma análise crítica dos argumentos jurisprudenciais, sob a forma de defesa daqueles que, a nosso sentir, devem validar as cláusulas de apuração de haveres, quais sejam: boa-fé objetiva, função social e os constantes na literatura americana do *capital lock in*. Além disso, pontua-se sobre o emprego, a nosso sentir, inadequado do “enriquecimento sem causa”, como também da conveniência de se fazer uma aplicação ponderada dos princípios, especialmente quando contrariam uma regra jurídica positivada. Por fim, antes de concluir, comentou-se sobre a forma de apuração de haveres construída pela jurisprudência, a qual denomina-se, neste trabalho, *dissolução total simulada*.

Palavras-chave: Apuração de haveres na limitada. Artigo 1.031 do Código Civil. Sociedade limitada. Jurisprudência. Boa-fé objetiva. *Capital lock in*. Enriquecimento sem causa. Ponderação de princípios.

## ABSTRACT

This master's degree dissertation aims to investigate the methods used to determine the amounts owned by quota holders that withdraw from private limited companies, by the analysis of judicial precedents, notably to understand the scope of the parties' freedom of contract, which is established, among other provisions, in Article 1.031 of Brazilian Civil Code. For that purpose, I analyzed the decisions of the Superior Court of Justice (STJ), available at its website, as well as decisions of the São Paulo State Court of Justice (TJSP), due to the state's economic relevance and the existence of chambers specialized in corporate law, in the period between 2010 and 2014. I created a typology of questions that emerge in connection with clause determining the amounts due e.g., differences between the form of calculation and payment; and equally the rationale used by the courts to invalidate or enforce specific clauses. In the second chapter, there is a critical analysis of the legal arguments used in support of the enforcement of such clauses, namely: objective good faith, social function and items present in American literature over the "capital lock-in" theory. Besides that, I emphasized the improper use, in our view, of "unjust enrichment", as well as the convenience of making a weighted application of principles, especially when they contradict a positively valued legal rule. Finally, before concluding, I explained the method use by caselaw, which is called, in this dissertation, *total simulated dissolution*.

Keywords: Withdraw rights in limited companies. Article 1031 of Brazilian Civil Code. Private limited company. Caselaw. Objective good faith. Capital lock-in. Unjust enrichment. Weighting principles.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AgRg	Agravo Regimental
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
<i>DJ</i>	Diário da Justiça
<i>DJe</i>	Diário da Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro
NCC	Novo Código Civil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>DA ANÁLISE DA APURAÇÃO DE HAVERES PELOS TRIBUNAIS</b> .....	14
<b>2.1</b>	<b>Avaliação meramente contábil</b> .....	15
<b>2.2</b>	<b>Do método judicial de avaliação: dissolução total simulada</b> .....	20
<b>2.3</b>	<b>Inclusão dos ativos intangíveis: o fundo de comércio e outros</b> .....	23
<b>2.4</b>	<b>A causa de saída (retirada, exclusão ou falecimento) como fator de influência na apuração dos haveres</b> .....	28
<b>2.5</b>	<b>A liberdade contratual das partes quanto à “forma de apuração dos haveres” e à “forma de pagamento dos haveres”</b> .....	30
<b>2.6</b>	<b>Da regra geral: validade da cláusula de apuração de haveres</b> .....	32
<b>2.7</b>	<b>Partes qualificadas</b> .....	34
<b>2.8</b>	<b>Tratamento isonômico das partes</b> .....	35
<b>2.9</b>	<b>Participação societária do retirante</b> .....	36
<b>2.10</b>	<b>Da boa-fé objetiva</b> .....	37
<b>2.11</b>	<b>Do princípio de preservação da empresa</b> .....	37
<b>2.12</b>	<b>Das causas de ineficácia da cláusula de apuração de haveres</b> .....	39
<i>2.12.1</i>	<i>Da longa duração do processo e do inadimplemento contratual</i> .....	39
<i>2.12.2</i>	<i>Particularidades do caso</i> .....	41
<b>2.13</b>	<b>Conclusão parcial</b> .....	44
<b>3</b>	<b>DA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA E DOS FUNDAMENTOS DE VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE APURAÇÃO DE HAVERES</b> ...	46
<b>3.1</b>	<b>Dos fundamentos de validade e eficácia da cláusula de apuração de haveres</b> .....	47
<i>3.1.1</i>	<i>Da natureza jurídica dos haveres</i> .....	48
<i>3.1.2</i>	<i>Do negócio jurídico: validade e eficácia</i> .....	48
<i>3.1.3</i>	<i>Das condições de validade da cláusula de apuração de haveres</i> .....	51
<i>3.1.4</i>	<i>Dos vícios de consentimento e da reciprocidade da cláusula de apuração de haveres</i> ..	52
<i>3.1.5</i>	<i>Conclusão parcial</i> .....	53
<b>4</b>	<b>OUTRAS MANIFESTAÇÕES DE AUTONOMIA PRIVADA: DAS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E DA DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DO LUCRO</b> .....	54
<b>4.1</b>	<b>Da lógica das cláusulas de limitação de responsabilidade: não indenizar</b> .....	54

4.2	Da distribuição desproporcional dos lucros.....	56
4.3	Conclusão parcial .....	58
5	<b>DAS RAZÕES DE ORDEM PÚBLICA: A BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL .....</b>	<b>59</b>
5.1	Das razões de ordem pública: boa-fé objetiva e função social .....	59
5.2	Da boa-fé objetiva: feições no direito do consumidor e no direito civil.....	61
5.3	Da qualidade das partes contratantes, da categoria do contrato social e da álea ordinária .....	64
5.4	Conclusão parcial .....	67
6	<b>DA FUNÇÃO SOCIAL .....</b>	<b>69</b>
6.1	Função social da empresa e apuração de haveres .....	69
6.2	Conclusão parcial .....	72
7	<b><i>CAPITAL LOCK IN</i> .....</b>	<b>73</b>
7.1	Do pressuposto .....	73
7.2	Conclusão parcial .....	77
8	<b>DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA .....</b>	<b>78</b>
8.1	Dos tipos de enriquecimento sem causa .....	78
8.2	Do enriquecimento sem causa como princípio.....	81
8.3	Conclusão parcial .....	84
9	<b>DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....</b>	<b>85</b>
9.1	Da ponderação .....	85
9.2	Conclusão parcial .....	89
10	<b>DA DISSOLUÇÃO TOTAL SIMULADA: A SOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>90</b>
10.1	Da crítica à “dissolução total simulada” .....	90
10.2	Conclusão parcial .....	92
10.3	Conclusão da seção .....	94
11	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>95</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a cláusula de apuração de haveres<sup>1</sup>, notadamente a liberdade de que gozam as partes para regrá-la, nos termos do que estabelece o artigo 1.031 do Código Civil, estabelecerão os artigos 606 e 609 do novo Código de Processo Civil e já estabelecia o artigo 668 do Código de Processo Civil de 1939.

Para tanto, optou-se pelo método de análise jurisprudencial. Foram escolhidos os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>2</sup>. A escolha do Tribunal de Justiça de São Paulo foi motivada pela importância econômica do estado, bem como pela existência de câmaras especializadas em Direito Empresarial, ainda que nem todas as decisões tenham sido prolatadas por elas. O objetivo desta primeira seção consiste em construir uma tipologia dos fundamentos usados pelo Judiciário para validar ou afastar as cláusulas de apuração de haveres.

A esse propósito, antecipa-se que:

I.1 – a jurisprudência considera que a regra geral em matéria de apuração de haveres é a liberdade contratual;

I.2 – todavia, tal liberdade é mitigada quanto à fixação de forma de apuração de haveres é expandida quanto à forma de pagamento dos haveres, autorizando-se o pagamento parcelado diante do risco de descapitalização da empresa, decorrente do eventual pagamento de vultosa quantia em única parcela;

I.2.1 – quanto à forma de apuração de haveres:

a) vedou a jurisprudência o pagamento do reembolso levantado com base no valor “meramente contábil” das quotas;

b) ao contrário, a jurisprudência acabou por expandir o método da dissolução total, neste trabalho nomeada *dissolução total simulada* para todos os casos de dissolução parcial, visando a levantar o valor “real” da sociedade;

c) houve uma tentativa de circunscrever a aplicação das cláusulas de apuração de haveres apenas aos casos de “mera retirada”, ou seja, de retirada imotivada;

<sup>1</sup> A apuração de haveres é o procedimento voltado à fixação do valor de reembolso, isto é, da quantia paga ao sócio retirante. A cláusula tem por objeto, então, a forma como esse processo se dará.

<sup>2</sup> Toda a pesquisa foi feita pelo sítio eletrônico dos tribunais. No STJ, foram analisados todos os julgados encontrados e, no TJSP, foram estabelecidos como recorte aqueles acórdãos prolatados entre 2010 a 2014.

I.2.2 – o pagamento parcelado, quando estabelecido em contrato é a regra, não sendo aplicável apenas em duas hipóteses:

- a) quando a parte devedora, que pugna pela aplicação da cláusula que estabeleceu o pagamento parcelado, não a cumpre, ou seja, não paga o valor da parcela inicial (em regra, incontroverso)<sup>3</sup>;
- b) quando a duração do processo for superior ao prazo do parcelamento, tendo-se firmado o entendimento no sentido de que as parcelas vencidas, nos termos do contrato, no curso do processo devem ser pagas quando do trânsito em julgado. As vincendas ficam mantidas;

I.3 – o principal argumento para afastar a aplicação da cláusula de apuração foi principiológico: o princípio da justiça, sob a forma derivada de boa-fé objetiva com feição equilibradora das prestações e vedação ao enriquecimento sem causa.

Na segunda parte, faz-se a crítica desses fundamentos usados pelos tribunais para afastar a cláusula, nos seguintes termos:

II.1 – inicialmente, pretende-se identificar a natureza jurídica dos haveres e questionar os requisitos de validade da cláusula de apuração de haveres;

II.2 – em reforço, analisa-se se as partes poderiam contratar cláusula de não indenizar no contrato social, remetendo-se à possibilidade de distribuição desproporcional de lucros;

II.3 – além disso, é desenvolvida a percepção de que o Judiciário aplicou de forma imprecisa a boa-fé objetiva, uma vez que parece ter usado de uma noção construída, por ele próprio, no âmbito das relações de consumo, sem se dar conta de que, nas relações paritárias, como, em regra, ocorre no âmbito societário, a lógica é outra. Questiona-se, então, de que forma a cláusula deve ser interpretada e em que direção deve se dar a proteção jurídica. Nesse particular, aparentemente, a sociedade tem mais razões para ser protegida do que o retirante.

Para corroborar esse ponto de vista, vale-se das noções de “álea ordinária” e “função social” do direito brasileiro, recorrendo à literatura norte-americana por meio da discussão da ideia de *capital lock in*;

---

<sup>3</sup> Aqui, vale fazer dois destaques. O primeiro de que, nesse sentido, dispôs o novo Código de Processo Civil, artigo 604; além disso, tal comportamento poderia ser enquadrado como um agir em desacordo com a boa-fé objetiva, notadamente *venire contra factum proprium*, acerca da qual se tratará de forma mais detida ao longo do trabalho.

II.4 – em seguida, discute-se a aplicação do enriquecimento sem causa, seja sob a forma de fonte de obrigação, seja como princípio, para, em seguida, analisar se o uso de princípios pelo Judiciário se deu de forma ponderada. Discorre-se, assim, brevemente acerca da ponderação de princípios;

II.5. – finalmente, são tecidas algumas críticas acerca do dito método judicial de “dissolução total simulada” para, então, concluir o trabalho com a sumarização dos argumentos de crítica à atuação do Judiciário, tanto no que toca à repercussão negativa da intervenção *per se* no contrato, como dos fundamentos equivocados e, ainda, das razões que parecem ser as mais adequadas para validar o uso da cláusula de apuração de haveres.

## 2 DA ANÁLISE DA APURAÇÃO DE HAVERES PELOS TRIBUNAIS

O presente trabalho nasceu da proposta de investigar qual o limite do exercício da liberdade contratual das partes no estabelecimento de cláusula de apuração de haveres – limite que é estabelecido pelo Judiciário, quando do julgamento das respectivas cláusulas.

Para tanto, foram analisados todos os julgados disponíveis sobre o tema, no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido localizados julgados desde 1992 (REsp. 24.554-4, de 6 de outubro de 1992) a 2014 (Ag.Rg no AI nº. 1.416.710-RJ, julgado em 3 de abril de 2014), e no do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja pesquisa, no entanto, limitou-se aos julgados prolatados entre os anos de 2010 a 2014. Ao longo desta análise, um conjunto de questões jurídicas surgiu, sendo este o ponto de referência para catalogar os acórdãos. Destarte, tenta-se construir uma tipologia dos temas, ou subtemas, relacionados à apuração de haveres, integrando as decisões das duas cortes.

Inicialmente, é importante diferenciar a liberdade contratual das partes quanto (i) à **forma de apuração dos haveres** e (ii) à **forma de pagamento dos haveres**, já que é particularmente nesse ponto que se distingue o limite da liberdade para contratar. Adianta-se que a jurisprudência, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa, restringe a liberdade das partes quanto à forma de apuração de haveres, tendo-se construído um entendimento no sentido de que a apuração deve ser ampla e integral com vistas a apurar o “real valor” da sociedade, cujo paradigma é a dissolução total. No que concerne à forma de pagamento dos haveres, a regra geral é a de validade da cláusula contratual. Excepcionalmente, em razão de alguma particularidade, as cláusulas são tidas por nulas ou ineficazes. Embora a verificação da particularidade ocorra de forma casuística, é possível afirmar que, quando a particularidade diz respeito à formação do contrato, dá causa à declaração de nulidade da cláusula de apuração. Exemplo disso são as cláusulas, tidas por leoninas<sup>4</sup>, que estabeleceriam pagamento de valor ínfimo ao retirante, gerando enriquecimento sem causa para a sociedade e remanescentes. As causas de ineficácia, por sua vez, ligam-se à realidade na oportunidade de execução do contrato que afasta a aplicação da cláusula, destacando-se a longa duração do processo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Este foi o enquadramento dado a uma cláusula de apuração de haveres no REsp. 1.444.790 SP – ministro Luis Felipe Salomão, que será melhor analisado ao longo do trabalho.

<sup>5</sup> Há vários julgados nesse sentido, sendo deles exemplo o Resp. 124607 SP – ministro Ari Pargendler.

A construção dessa tipologia consiste, inicialmente, na análise de um conjunto de julgados que constroem uma jurisprudência no sentido de que a apuração de haveres deve ser ampla, de modo a aproximar o valor do reembolso ao valor “real”<sup>6</sup> da empresa. Para tanto, são analisados: i) os julgados que negaram eficácia às cláusulas que estabeleceram como critério de apuração de haveres o valor “meramente contábil”; ii) aqueles que determinaram que o modelo de apuração deveria ser o da dissolução total; e, finalmente, iii) os julgados que mandaram incluir nos haveres os bens incorpóreos, notadamente fundo de comércio e marca.

Em seguida, avalia-se o debate jurisprudencial acerca da validade da cláusula de apuração de haveres para todas as hipóteses de dissolução parcial, notadamente se sua aplicação seria restrita aos casos de retirada imotivada. Assim, também é feito um esforço para mapear os fundamentos jurídicos usados pelos tribunais para dar ou negar validade para as cláusulas de apuração de haveres, de modo, inclusive, a provar que a regra geral é a da liberdade contratual, obedecidos alguns limites.

Nas subseções seguintes, expõe-se um apanhado de situações que influenciam no julgamento da validade das cláusulas de apuração de haveres, como, por exemplo, a participação societária do retirante, ou seja, sua condição de sócio majoritário ou minoritário.

Mais adiante, expõe-se como o princípio da boa-fé objetiva e o da preservação da empresa compõem as razões de decidir dos tribunais.

Finalmente, faz-se uma análise de como fatores extrínsecos ao contrato, como a longa duração do processo, acabaram por afastar a eficácia das cláusulas de apuração de haveres, notadamente daquelas que estabeleceram pagamento parcelado dos haveres.

Outrossim, adianta-se que, na seção seguinte, estabelece-se a crítica aos fundamentos jurídicos usados pelos tribunais, o que justifica o formato preponderantemente descritivo da presente seção.

## **2.1 Avaliação meramente contábil**

A apuração de haveres resulta da extinção parcial do contrato social, da sociedade em relação a um ou mais sócios (não todos), seja porque falecem, se retiram ou são excluídos da

---

<sup>6</sup> O Judiciário, como será descrito ao longo do trabalho, não define o que seja valor “real”, se de mercado, se patrimonial, como também porque método hão de ser levantados.



sociedade. Essa extinção é mais comumente denominada *dissolução parcial*, consistindo em gênero, da qual são espécies a retirada, a exclusão e o falecimento.

A retirada, por sua vez, pode ter causa revelada sob a forma de denúncia cheia, nos termos do artigo 1.077, CC, notadamente a discórdia sobre as decisões assembleares que alterem o contrato social; ou vazia, como estabelece a primeira parte do artigo 1.029, CC<sup>7</sup>, cuja aplicação, todavia, é limitada às sociedades com prazo de duração indeterminado. Nas de prazo determinado, seria necessário, a partir da dicção da segunda parte do referido artigo, provar judicialmente a justa causa. O Judiciário, no entanto, ainda na vigência da norma anterior (Decreto nº 3.708/1939 e Código Comercial) criou uma nova espécie de dissolução parcial, dita *dissolução parcial*, com fundamento no direito constitucional de livre associação<sup>8</sup> e no princípio de preservação da empresa. Como alerta Fonseca (2007, p. 4), a mesma expressão passou a designar gênero e espécie.

As primeiras decisões que concedem a dissolução parcial têm origem nos pedidos de dissolução total da sociedade feitos por um ou mais sócios, com fundamento no artigo 335, V, do Código Comercial, que concedia a qualquer um deles a faculdade de pleitear a dissolução total da sociedade. Dada a importância da sociedade para o desenvolvimento econômico e social e também a consequência extrema de extinguir uma sociedade por vontade de apenas um dos sócios, o Judiciário acabou por deferir a dissolução parcial, e não total. Nesses casos, entendeu o Judiciário que a forma de apuração dos haveres deveria seguir a regra da dissolução total, ainda que esta, obviamente, não fosse levada a cabo. Criou-se, assim, uma nova modalidade de apuração de haveres, que ora será denominada *dissolução total simulada*.

À época, o Decreto nº 3.708/1919 previu apenas o recesso, ou seja, a saída do sócio dissidente, determinando que os haveres seriam pagos na proporção do último balanço, sem, contudo, no meu perceber, fixar que o critério de avaliação deste seria do valor patrimonial contábil. O Código de Processo Civil de 1939, no Título XXXVIII, que trata da dissolução e liquidação das sociedades, estabeleceu que, nos casos de morte ou retirada, os haveres seriam pagos conforme fixado no contrato social, em acordo posterior ou por forma determinada

---

<sup>7</sup> Artigo referente às sociedades simples, mas aplicável às limitadas, ambas de duração por prazo indeterminado. Em tempo, não se ignora a discussão sobre a regência subsidiária das limitadas, discutida pelo Prof. Fábio Ulhoa no artigo “As Duas Limitadas”.

<sup>8</sup> Esse argumento aparece, por exemplo, no voto condutor do juiz convocado Carlos Alberto Garbi, na Ap. 9222105-53.2008.8.26.0000, para dar provimento a pedido de dissolução parcial, nos seguintes termos: “Dessa forma, verifica-se a procedência do pedido de dissolução parcial da sociedade, pela retirada do sócio, que está fundamentado em seu **direito constitucional de desvincular-se a qualquer tempo da sociedade** e no desaparecimento da *affectio societatis*, esta caracterizada pelo simples ajuizamento do pedido dissolutório” (SÃO PAULO, 2012b, f. 18, grifo nosso).

judicialmente, mas sem também oferecer um critério de apuração dos haveres, inclusive, ao próprio juiz. Pouco depois, a Lei nº 6.404/1976, aplicável subsidiariamente às sociedades limitadas, consoante dispõe o artigo 18 do Decreto nº 3.708/1919, na redação original do artigo 45, acerca do “Reembolso”, facultou às partes fixarem o valor do reembolso, respeitando-se o mínimo do valor equivalente ao “patrimônio líquido das ações”. Foi a primeira vez que a legislação apresentou expressamente um critério para apuração dos haveres: o patrimônio líquido.

Influenciados, então, pela regra das sociedades anônimas, ainda que de aplicação restrita aos casos de recesso, muitos contratos sociais elegeram como forma de apuração de haveres o patrimônio líquido. Ocorre que o valor contábil da sociedade se revelou muito inferior ao seu valor patrimonial, resultando, algumas vezes, em valores ínfimos<sup>9</sup>. A discrepância entre, no dizer da jurisprudência, o valor “meramente contábil” e o “real valor e justo valor” da empresa motivou o ajuizamento de várias ações. Os julgados a seguir comentados revelam a posição do Superior Tribunal de Justiça e da Corte Estadual Paulista acerca da avaliação com base no patrimônio líquido.

Adianta-se que, em nenhum dos julgados analisados, em ambas as cortes, validou-se a cláusula de apuração de haveres que fixou o critério contábil. Ao contrário, em todos os casos, determinou-se que apuração haveria de ser ampla de modo a permitir que o valor de reembolso refletisse o valor real da sociedade. Assim, também nos casos em que o contrato era omissivo, determinou o Judiciário que a apuração fosse ampla (REsp. 77.122 – PR).

No REsp. 24.554-4, por exemplo, a sentença originalmente afastou a cláusula contratual de apuração de haveres (Cl. 11<sup>a</sup>), que estabelecia apuração por “critério puramente contábil” e o “[...] pagamento aos herdeiros em 49 parcelas, a primeira, correspondente a 20% em trinta dias do óbito e as demais correspondentes aos restantes 80%, nos meses subsequentes”, sob o fundamento de que constituiria “[...] meio fácil à eventual locupletamento do sócio remanescente em detrimento dos herdeiros do de cujus (ex-sócio)” (SÃO PAULO, 1992b, f. 5), e impôs a liquidação legal, e não contratual, conforme estabelecido no artigo 660 do CPC de 1939 (dissolvendo totalmente a sociedade, nos termos do artigo 335, IV e 1.399, IV, do Código Civil de 1916 e fixando a partilha consoante artigo 1.772 e subsequentes do Código Civil de 1916).

---

<sup>9</sup> Como se sabe, a finalidade do balanço contábil não é avaliar o negócio. Não por outra razão, o Código Civil atual, ao reger a matéria no artigo 1.031, fala em “balanço especial”, cuja finalidade é de avaliação da sociedade. Ou seja, nossa interpretação é de que a especialidade não decorre do momento, mas sim da finalidade.

O tribunal *a quo*, em complemento, negou eficácia à cláusula, porque o referido balanço foi impugnado, não vinculando os sócios retirantes, sendo, portanto, inapto à apuração, por força da Súmula 265 do STF<sup>10</sup>.

No recurso especial, alegou-se ofensa ao artigo 668 do CPC de 1939<sup>11</sup>, mas o STJ, no voto do relator ministro Waldemar Zveiter, citando precedente de sua relatoria, REsp. 387-0 MG, julgou-o procedente em parte para dissolver parcialmente (e não totalmente) a sociedade, com esteio no interesse social, consubstanciado no princípio de preservação da empresa – e determinou que os haveres fossem apurados “[...] mediante balanço de determinação ou levantamento geral, com inventário físico e contábil, o que assegura ao sócio retirante o recebimento do devido”, ressaltando ser “[...] esse o entendimento construído pelo jus honorarium” (BRASIL, 1994b, f. 6-7). Assim também, no REsp. 49.336-6 SP, citando o mesmo precedente, o ministro Waldemar Zveiter destaca que a dissolução parcial “[...] assegura o recebimento integral dos haveres” (BRASIL, 1994b, f. 4), em clara contraposição ao que seria a apuração puramente contábil.

Em caso semelhante, REsp. 43.896-9 SP, relatado pelo ministro Cláudio Santos, a sociedade apurou os haveres, nos termos do contrato social, por critério contábil, e os colocou à disposição do sócio retirante, mas este os recusou, não assinando o respectivo balanço e questionando o valor de reembolso judicialmente<sup>12</sup>. O tribunal *a quo* negou validade ao referido balanço, também com base na Súmula 265 do STF, e determinou a apuração de haveres ampla, destacando que esta objetiva “[...] o conhecimento do valor real que representa na empresa, na atualidade, a quota de capital do sócio retirante e não o valor já evidentemente defasado, constante do último balanço feito por ordem e interesse dos sócios remanescentes” (BRASIL, 1996a, f. 4). No mesmo sentido, destacou que a jurisprudência da corte é no sentido de que os haveres devem ser apurados “integralmente”, citando os REsp. 49.336 e 40.426.

O Superior Tribunal de Justiça, enfim, nos casos analisados, afastou qualquer tentativa de se apurar os haveres por meio de balanço puramente contábil. Ao contrário, determinou que a apuração fosse ampla, integral<sup>13</sup> para que se chegasse ao justo e real valor dos haveres.

---

<sup>10</sup> “Súmula 265: Na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou” (BRASIL, 1963).

<sup>11</sup> “Art. 668. Se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente os seus haveres, fazendo-se o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social, ou pelo convencionado, ou, ainda, pelo determinado na sentença (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942)” (BRASIL, 1939).

<sup>12</sup> Em primeira instância, o juízo de primeiro grau extinguiu o processo por carência de ação por falta de interesse de agir, mas o tribunal reverteu a decisão, mantida pelo improvimento do recurso especial.

<sup>13</sup> Nos julgados, não se encontrou uma distinção entre ampla e integral, sugerindo que são empregadas como sinônimos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo se revelou na mesma direção, impondo método de apuração de haveres que reflita o valor real da sociedade. A apelação (Ap. 994.03.052579-2) a seguir ementada, por exemplo<sup>14</sup>, é taxativa quanto ao dever de o valor do reembolso refletir o “real valor” da sociedade, revelando, ainda, que se trata de posicionamento já consolidado na corte<sup>15</sup>.

**Sociedade limitada – Dissolução parcial – Reembolso – Apuração de haveres – Valor apurado com base na situação patrimonial da sociedade – Recurso improvido.**

A doutrina e a jurisprudência têm se manifestado no sentido de que, na hipótese de dissolução parcial da sociedade, **o valor de reembolso do sócio excluído deve ser estimado com base na real situação patrimonial da sociedade empresária**, vale dizer, ele deve ser **reembolsado de acordo com o real valor patrimonial da sua participação na sociedade empresária**, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito da própria sociedade e dos sócios remanescentes (SÃO PAULO, 2010a, grifo nosso).

Importante destacar que, embora a jurisprudência utilize os conceitos *amplo*, *integral* e *real*, não os define. Há, contudo, julgados no sentido de que ela deve perseguir o valor de mercado da empresa<sup>16</sup>. Destarte, as Apelações 994.08.054191-8 e 9222354-04.2008.8.26.0000<sup>17</sup> atestam:

[...] assegura-se ao sócio retirante a maior amplitude possível na apuração de seus haveres, a fim de restituir-lhe o valor patrimonial devido, através do balanço especial, no qual serão computados não só o ativo, mas todos os bens que compõem a empresa com base em **valores reais de mercado** [...] (BRASIL, 2013, f. 14, grifo nosso).

No mesmo sentido é o Apelo nº 9222105-53.2008.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2012b)<sup>18</sup>. Assim, há julgados que apontam para a necessidade de produção de ampla prova pericial para que a apuração seja vasta e integral. O ministro Costa Leite, relator no REsp. 40426 SP (em que os sócios remanescentes pleiteavam a apuração contábil), destaca: “[...] para determinar-se a o justo e real valor da participação societária em causa, torna-se mister a produção de prova

<sup>14</sup> Assim, também a Apelação 006464-76.2004.8.26.0268 destaca que a apuração de haveres “[...] deve ser materializada de maneira mais próxima possível da apuração real dos bens da sociedade e que refletem o valor da cota, uma diretriz que o STJ cunhou para orientar os julgados do gênero” (SÃO PAULO, 2011c).

<sup>15</sup> Na mesma linha, são as Apelações 0115931-81.2005.8.26.0000 e 387.129-4/7-00.

<sup>16</sup> Seria útil ao presente trabalho trazer a discussão sobre os métodos de avaliação, o que não foi feito em razão das limitações de escopo e prazo.

<sup>17</sup> Dizem os julgados a seguir referidos: “[...] adota-se como critério para estabelecer o quantum devido [...] balanço especial a ser realizado por perito, com levantamento técnico e fundamentado, de todo o patrimônio da sociedade com base no valor real de **mercado**, refutando-se mera apuração contábil” (SÃO PAULO, 2012, f. 13, grifo nosso).

<sup>18</sup> Diz o acórdão: “[...] apuração dos haveres, com o levantamento e apuração ampla e real dos bens e ativos da sociedade naquela data, considerando-se o preço de mercado, assim como dívidas e obrigações (passivo), pelo **balanço especial de determinação**, que deverá ser elaborado” (BRASIL, 2015b, f. 24, grifo nosso).

pericial determinada pelo juízo” (f. 3), qual seja, “[...] avaliação dos bens patrimoniais da sociedade, sendo nomeados peritos das áreas de engenharia e contabilidade [...]” (SÃO PAULO, 1994, f. 2).

A partir da análise dos referidos julgados, é possível afirmar que a jurisprudência brasileira entende inválidas as cláusulas de apuração de haveres que fixam como critério o valor contábil das quotas do retirante, como também é possível concluir que a validade da cláusula estaria condicionada à fixação de um critério que reflita o real valor da sociedade<sup>19</sup>.

## 2.2 Do método judicial de avaliação: dissolução total simulada<sup>20</sup>

Para afastar o método de avaliação “meramente contábil” e encontrar “o real e justo valor” dos haveres, a jurisprudência adotou como regra, praticamente, o método da “dissolução total simulada”. Como dito, esse método nasce ainda sob a égide das normas anteriores que autorizavam basicamente a dissolução total da sociedade (artigo 355, V, do Código Comercial), por iniciativa de qualquer dos sócios, o que, todavia, se mostrava desarrazoado em razão da relevância da empresa para o desenvolvimento econômico e social do país. Autorizou, então, o STF, RE 89.464, ministro Décio Miranda, a dissolução parcial da sociedade, com o rompimento do vínculo contratual entre o retirante e a sociedade, e determinou que, nesse caso, a apuração se desse como se total fosse. O Judiciário, como ratifica Fonseca (2007, p. 4 e 8)<sup>21</sup>, acaba por estender essa forma de apuração para todos os demais casos. É o que se vê nos julgados a seguir comentados.

No Ag.Reg. 22.352-2 – SP<sup>22</sup>, de 1992, relatado pelo ministro Waldemar Zveiter<sup>23</sup>, um dos mais referenciados pela jurisprudência da Corte Superior e do Tribunal Paulista<sup>24</sup>, embora

<sup>19</sup> Caberia neste trabalho uma discussão mais aprofundada se os casos de não aplicação das cláusulas de apuração seriam invalidade das cláusulas ou ineficácia, o que, também, não é possível por limitação de escopo. Pede-se licença, então, para resumir a nossa percepção de que a ineficácia ocorre quando a não aplicação tem por causa fatores externos ao contrato, como a duração longa de uma ação de apuração de haveres.

<sup>20</sup> O uso da expressão simulada vem do fato dessa forma de dissolução imitar a total, sendo essa parcial.

<sup>21</sup> A autora cita ainda os precedentes do STF, tais como: REExt. nº 59.101. MG, Rext. nº 67.415 – PE, entre outros.

<sup>22</sup> No mesmo norte, REsp. 44.132-SP, ministro Eduardo Ribeiro.

<sup>23</sup> No REsp. 24.554-4 – SP, do mesmo ano e relatado pelo mesmo ministro, sustentou ele a mesma posição, conforme consta do seguinte trecho da ementa: “I – Na sociedade constituída por dois sócios, **pré-morto** ou **retirante** um deles, o critério de liquidação dos haveres, segundo a doutrina e a jurisprudência, há de ser, utilizando-se o balanço de determinação, como se tratasse de dissolução total” (SÃO PAULO, 1992b, grifo nosso). O julgado sugere que o balanço de determinação é próprio da dissolução total.

<sup>24</sup> O destaque a esse acórdão foi feito com o propósito de revelar que nem sempre a jurisprudência é construída de forma cuidadosa. Por vezes, os julgados, com todo o respeito, são citados sem nenhuma relação com o caso *sub*

o pedido tenha sido de manutenção da regra contratual que fixou forma de pagamento (em parcelas), e não forma de apuração dos haveres, manteve-se a decisão que negou eficácia à referida cláusula contratual<sup>25</sup>, sob o fundamento de que, conforme precedente do STF, na dissolução parcial, a regra é a da dissolução total, já que a parcial seria modalidade da total. Diz o acórdão mantido:

A controvérsia, posta neste recurso, repousa exclusivamente no fato de ter a maioria reconhecido que a liquidação da cota parte do sócio retirante deve ser feita (sic) de forma ampla, porquanto a dissolução, ainda que parcial, deve obedecer as regras da dissolução total, para atribuir-se ao sócio retirante exatamente o justo e igualitário, como se de dissolução total se cuidasse [...] (SÃO PAULO, 1992a, f. 4)

No REsp. 38.160-6 SP<sup>26</sup>, o mesmo relator, ministro Waldemar Zveiter, com esteio na decisão anterior, mas em caso de retirada motivada, mantém o acórdão do Tribunal Paulista, assim prolatado: “[...] mantida a dissolução parcial, determinar que se observe o mesmo critério que seria seguido na hipótese de dissolução total [...]” (BRASIL, 1993). Ainda, no REsp.

---

*judice*. Na nota seguinte a esta consignada, de forma destacada, a manifestação do ministro Eduardo Ribeiro acerca desse acórdão, como fundamento para tal afirmação.

<sup>25</sup> A posição de que o pagamento em parcelas causa prejuízo ao retirante e enriquece ilícitamente os remanescentes acabou superada, nos termos do REsp. 33.458-9. No caso em questão, fixaram-se 24 (vinte e quatro) parcelas, acrescidas de juros de 12% ao ano. Nesse julgado, o relator ministro Eduardo Ribeiro critica a decisão do Ag.Reg. 22352-2, uma vez que esta confunde forma de apuração dos haveres com forma de pagamento destes. Diz seu voto: “Tem-se admitido que a apuração de haveres, quando se cuide de retirada de sócio, far-se-á como se de dissolução total se tratasse. Nesse sentido o julgado desta Terceira Turma, ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 22.352, de que relator o Ministro Waldemar Zveiter. – Creio que esse entendimento presta-se a orientar a jurisprudência, notadamente no que concerne à necessidade de proceder-se a um levantamento do valor real do acervo, para que o sócio receba aquilo que efetivamente corresponda a sua quota”. No precedente citado, ao que se verifica do relatório, estaria envolvida outra questão, que é a de que ora se trata, qual seja o modo de pagamento do devido ao sócio que se retira. O voto do eminente relator daquele julgado, entretanto, limitou-se a salientar devesse “ser o quantum devido medido com justiça”. Isso após reproduzir trecho do voto do relator do acórdão recorrido em que se consigna “[...] que a liquidação da quota parte do sócio retirante deve ser feita de forma ampla, porquanto a dissolução, ainda que parcial, deve obedecer às regras da dissolução total, para atribuir-se ao sócio retirante exatamente o justo e igualitário, como se dissolução total se cuidasse. Vê-se que, embora mencionada a adoção do modelo de dissolução total, não se cuidou diretamente, da forma de pagamento, mas apenas da liquidação do valor da cota, malgrado aquela fosse referida no relatório” (BRASIL, 1994a, grifo nosso).

<sup>26</sup> O recurso em questão é um dos mais citados pela jurisprudência. O acórdão mantido faz uma distinção entre as hipóteses de retirada para negar eficácia da cláusula de apuração de haveres, nos termos seguintes, qual, todavia, acaba superada pela jurisprudência, que tem ignorado a causa de saída, o que será exposto em tópico próprio: “Não cuida a espécie de mera retirada imotivada. Ao reverso, na inicial, os autores apontaram que lavra clima de discórdia entre os sócios e que inexistente o espírito de colaboração; uns são adversários dos outros, grassando até suspeita sobre a administração da sociedade, cujos minguados resultados estão muito aquém do capital investido. Esses fatos não foram contestados e devem ser admitidos como verídicos [...]” (BRASIL, 1993). Com a perda da *affectio societatis* e se cuidando de retirada motivada não contestada, inaplicável, a um tempo, tanto o artigo 15 do Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, como a cláusula contratual 15ª (décima quinta), quer por não se cuidar de divergência sobre alteração do contrato social, quer por não se cuidar de retirada imotivada. A par disso, como bem deve ser equacionada a questão, uma coisa é o exercício de faculdade conferida ao sócio pelo contrato para a sua saída espontânea em atenção aos seus critérios pessoais de conveniência e oportunidade, outra e bem diferente é o exercício de direito embasado em fatos reveladores da anomalia reinante e contrária aos fins para os quais os sócios antes conjugaram suas intenções e seus esforços.

49.336-6 SP, mantém o acórdão que julga procedente o pedido de dissolução parcial (em contraposição à total) com base no artigo 335, V, do Código Comercial, em interpretação conforme da jurisprudência (que autoriza a dissolução parcial), mantendo o critério de apuração de haveres da dissolução total.

No REsp. 43.896-9, o ministro Costa Leite destaca que essa forma se aplica também aos casos de retirada imotivada. Diz ele: “[...] a jurisprudência do STJ consagrou entendimento no sentido de que o critério de apuração de haveres, no caso de sócio retirante há de ser o mesmo utilizado para a hipótese de dissolução total [...]” (BRASIL, 1996a). Da mesma forma, por oportunidade da relatoria do REsp. 40.426-6 SP, ressalta que a mesma regra se aplica na liquidação dos haveres do sócio falecido<sup>27 28</sup>.

Ele também, no REsp. nº 77.122-PR, explicita que a dissolução total simulada é adotada nos casos de omissão do contrato<sup>29</sup>, da seguinte forma:

Inexistindo regra estatutária específica para o caso de retirada motivada, adequada a decisão que preserva o patrimônio do retirante, através da apuração ampla dos haveres sociais, como tem sido deferido pela jurisprudência, que trata da assim denominada dissolução parcial coma se de extinção definitiva se tratasse, para o fim de avaliar a quota de cada um [...] (BRASIL, 1996b).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo é também no sentido de aplicar o critério da “dissolução total simulada”. Assim, no apelo 387.129-4/7 (SÃO PAULO, 2006), no qual restou comprovado que duas sócias foram forçadas a assentir com a transformação da sociedade de limitada para anônima, determinou-se apuração pela via da dissolução total simulada, com esteio, no REsp. 38160-SP<sup>30</sup>, e também no precedente do STF, assim ementado:

Na liquidação resultante da dissolução total, alienam-se os bens para a realização do ativo, forma de apuração que, segundo se presume, mas revela o verdadeiro valor das coisas. Na dissolução parcial, que por natureza impede realização do ativo e do monte

<sup>27</sup> O acórdão foi assim ementado: “Comercial. Sociedade por quotas. Apuração de haveres. – Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que a liquidação dos haveres do sócio falecido deve ter em linha de conta o justo e real valor da participação societária, como se dissolução se tratasse. Recurso não conhecido” (SÃO PAULO, 1994). Cf. também REsp. 282.300 RJ – ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

<sup>28</sup> Na mesma linha, é o REsp. 138.428 RJ, relatado pelo ministro Ruy Rosado Aguiar.

<sup>29</sup> A omissão em questão é para a hipótese de recesso, como se vê do voto: “Mas a r. sentença e o acórdão que a manteve partiram da premissa de que se tratava de retirada motivada de sócio – por sua divergência com deliberação adotada pela assembleia geral, que implicou alteração do contrato social, sem que tivesse sido promovido o competente arquivamento na Junta Comercial, – hipótese não regulada no contrato social, e por isso deixaram de aplicar a cláusula contratual acima transcrita” (BRASIL, 1996). Adianta-se aqui a conclusão forjada a partir dos julgados de que qualquer que seja a causa de saída (retirada motivada, imotivada ou sócio pré-morto), a regra é a da dissolução total simulada. Resta saber se isto também se aplica ao caso de exclusão, o que será, então, desenvolvido em tópico próprio.

<sup>30</sup> Esse REsp. integra também as razões de decidir dos seguintes recursos: Ap. 994.08.054191-8, Ap. 592.994-4/3-00, Ap. 0001019-90.2000.8.26.0115, Ap. 9222354-04.2008.8.26.0000, Ap. 994.03.052579-2.

partível para alienação de bens, não há de prevalecer o último balanço aprovado, a não ser que o aceitem as partes. Há de prevalecer a apuração, em toda sua amplitude, dos haveres do sócio dissidente, com a exata verificação, física e contábil, dos bens e direitos da sociedade, sem a restrição do artigo 15 do Decreto 3.708 (BRASIL, 1978).

Finalmente, o REsp. 105.667 – SC, relatado pelo ministro Barros Monteiro, revela que:

[...] essa linha de entendimento tem por escopo preservar o quantum devido ao sócio em recesso, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes (REsp nº 38.160-6/SP, anteriormente citado). Vale dizer, é preciso apurar-se o valor real do ativo e passivo da empresa e isso só se fará mediante o balanço especial, com a exata verificação, física e contábil, dos bens e direitos da sociedade, afastando-se a interpretação literal do art. 15 do Decreto nº 3.708/1.919 (BRASIL, 2000, f.4)

O locupletamento indevido, ou melhor, a vedação ao enriquecimento sem causa é o grande fundamento de todas as decisões, motivo pelo qual, aos olhos da maior parte da jurisprudência, é irrelevante a causa de saída, na medida em que, qualquer que seja a razão, esta não justifica o pagamento de reembolso em valor menor ao retirante (do que aquele representado pela sua quota social).

### **2.3 Inclusão dos ativos intangíveis: o fundo de comércio e outros**

Uma das questões mais discutidas nos tribunais é a inclusão dos bens incorpóreos aos ativos da sociedade, notadamente o fundo de comércio ou aviamento. Entre as variáveis que compõem esse debate, está o setor econômico de atuação – comércio, indústria e serviço – e, quanto a este último, a natureza da atividade desenvolvida pela sociedade, aqui compreendida a partir da intensidade do elemento pessoal no desenvolvimento social, em contraposição ao comercial, revolvendo à classificação do Código Civil anterior e do Código Comercial entre sociedades civil e comercial. Embora o código atual tenha substituído a forma de classificação das sociedades (ou, como preferem alguns autores e algumas juntas, como a Jucesp, os *tipos societários*) de sociedade simples e empresária, esta, particularmente, ligada aos conceitos de empresário e de estabelecimento, nos termos dos artigos 966 e 1.142 do NCC, não é fácil a tarefa de identificar, concretamente, qual elemento (pessoal ou comercial) é preponderante. Os julgados, destarte, refletem esse desafio. O que se investiga nesses casos, portanto, é a própria existência dos bens incorpóreos; e, em caso positivo, qual o seu reflexo patrimonial. Alguns julgados, inclusive, defendem que esta é uma questão fática e não jurídica, de sorte que, se há



fundo de comércio e se tem valor patrimonial<sup>31</sup>, há de ser partilhado, devendo integrar o valor de reembolso. Assim, quando se fala em apuração ampla, obrigatória é a inclusão dos ativos incorpóreos de valor patrimonial ao valor de reembolso.

Destarte, o que se constata nos julgados seguintes é que os bens incorpóreos, destacadamente o fundo de comércio, estão presentes em sociedades atuantes em todos os setores, inclusive nas antigas sociedades civis, excetuadas apenas as sociedades prestadoras de serviços profissionais personalíssimos, ou que destes se aproximam. Entre os julgados analisados, foram encontrados apenas dois casos em que o fundo de comércio não compôs o ativo da sociedade para fim de apuração de haveres, quais sejam: REsp. 958.116 PR e Ap. 0256753-43.2007.8.26.0100. Em ambos os casos, as sociedades são simples e não empresárias.

Não parece possível concluir, entretanto, que, nas sociedades simples, o fundo de comércio inexistente. Ao contrário, a verificação se fará no caso concreto. Na Apelação 0006464-76.2004.8.26.0268, em que era parte uma sociedade simples na área de informática, o Tribunal Paulista determinou a inclusão do fundo de comércio nos haveres do retirante. O tribunal adotou posicionamento semelhante para uma sociedade médica na Apelação 9110737-78.2004.8.26.0000.

Nesse especial, sustentou a empresa que: “[...] não pode, nos termos do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, ser considerada sociedade empresária. Assim, não há falar em avaliação do fundo de comércio para apuração de haveres, uma vez que inexistente atividade empresarial” (BRASIL, 2012d). Tal entendimento foi acatado pelo tribunal, expurgando, o fundo de comércio, em acórdão assim ementado:

3. Nada obstante o tratamento dispensado pelo Código Civil de 2002 às sociedades civis, elevando-as à condição de empresárias, certo é que algumas não exercem atividade exploratória, sendo, por isso, meras organizações formadas para o desempenho de atividades técnicas de seus sócios, embora economicamente relevantes.

Verificando-se, no caso concreto, que a sociedade empresária assim formada não tem fundo de comércio agregado a valores incorpóreos, pois subjetivos e agregados à pessoa dos sócios (tal como habitualmente acontece nos escritórios de advocacia), esse valor não poderá ser computado na apuração de haveres, já que não se indeniza uma pessoa pela honorabilidade de outra (BRASIL, 2012d).

O outro caso, julgado pela Corte Paulista, é justamente de um escritório de advocacia. Trata-se de ação de apuração de haveres de sócio retirante de renomada banca de advogados, a qual, em razão da sua dimensão, não permitiria ao público uma imediata identificação dos

---

<sup>31</sup> Parece-nos que o mais adequado seria usar a expressão “econômico” no lugar de “patrimonial”, mas estamos aqui adotando aquela que foi usada, ainda que questionável, pela jurisprudência.

profissionais que a integram, sugerindo, por conseguinte, a existência de uma marca, atrelada a um fundo de comércio, como instrumento de captação de clientela. Entendeu, contudo, o Tribunal Paulista que, dada a característica personalíssima da atividade, bem como a existência de cláusula contratual excluindo o fundo de comércio, indevido seria o seu cômputo aos haveres do sócio retirante. No caso em questão, diferentemente da lide anterior e de grande parte do debate jurisprudencial, o fundo de comércio foi constatado e avaliado pelo perito judicial, mas entendeu o tribunal que esse ativo é do sócio, e não da sociedade, de modo que, quando desta se retira, leva consigo esse bem intangível. Vejamos as razões de decidir.

Quando elaborado laudo pelo perito oficial, foram apurados dois valores de avaliação diversos (fls. 456 e 463), somando-se, no segundo caso, o do ‘fundo de comércio contábil’, correspondente a ‘bens intangíveis’ da sociedade aferidos a partir do potencial de lucros futuros (fls. 452). Desconsiderados tais ‘bens intangíveis’, o valor dos haveres da requerente é o estabelecido na sentença, de R\$ 62.504,90 (sessenta e dois mil quinhentos e quatro reais e noventa centavos), referenciados ao mês de setembro de 2010, enquanto que, feita sua inclusão, o valor dos haveres sofre um aumento substancial, para R\$ 563.882,20 (quinhentos e sessenta e três oitocentos e oitenta e dois reais e vinte centavos), observada a mesma referência.

O segundo dos critérios não pode, no entanto, vingar, pois contraria regra estabelecida na cláusula contratual acima referida, a qual determina seja a apuração dos haveres limitada ao valor patrimonial da quota (STJ, REsp 83.031-RS, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.11.1999), bem como desconsidera as características específicas de uma sociedade de advogados.

O valor estabelecido na sentença recorrida decorreu de apuração contábil, realizada por perito oficial nomeado e, na fundamentação foi reproduzida grande parcela de voto proferido pelo Desembargador Ênio Zuliani quando do julgamento da Apelação 600.040-4/1-00 (TJSP, 4ª Câ. D. Priv., j. 29.10.2009), reconhecida, frente ao conteúdo da atividade profissional estatuída como objeto social, a inviabilidade da afirmação de um ‘fundo de comércio’ e a necessidade de reembolso do simples valor patrimonial das quotas sociais.

Não se nega a necessidade de apuração a mais ampla possível na liquidação dos haveres do sócio que se despediu da sociedade (STJ, REsp 4068/PR, Rel. MIN. ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/1995, DJ 15/05/1995, p. 13406), mas, repita-se, não é possível deixar de lado as regras negociais concretas e a natureza da sociedade enfocada (SÃO PAULO, 2013).

Numa sociedade de profissionais, voltada para a simples organização do exercício da prestação de serviços de natureza intelectual, não há como identificar a formação de um complexo de bens organizado e destinado ao exercício da atividade, conjugando, como universalidade, um aviamento e uma clientela (FERREIRA, 1956, p. 12-14).

Deriva da capacidade profissional de cada sócio, como advogado, isto é, de uma qualidade personalíssima, o sucesso da atividade empreendida a partir da pessoa jurídica (sociedade-corporação), constituída na forma do artigo 15 da Lei 8.904/94, a qual não dispõe de ponto, marca ou freguesia, como o já afirmado por este Tribunal de Justiça no julgado referenciado na sentença recorrida e, mesmo muito antes, quando do julgamento da Apelação 132.391-2 (14ª Câmara Cível, rel. Des. Marcus Vinicius, j. 16.8.1988) (SÃO PAULO, 2013, grifo nosso).

Os julgados seguintes rastreiam as hipóteses de inclusão dos bens incorpóreos. No já comentado REsp. 77.122 PR, em que a retirada se deu sem previsão contratual, tendo sido adotado o critério de “dissolução total simulada”, o voto foi categórico:

e) O fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na avaliação. Se excluídos, enriqueceriam o patrimônio dos sócios remanescentes, em prejuízo do retirante, que também contribuiu, com a sua quota e participação social, para a formação dos dois fundos (BRASIL, 1996b).

No REsp. 271.930 SP, seguindo o precedente anterior, afastou-se a regra contratual de apuração com base em balanço geral, para incluir nos haveres os bens incorpóreos (e reserva de dividendos), a despeito da falta de pedido dos autores, sob o mesmo fundamento de elisão ao enriquecimento sem causa. Diz a ementa, no que interessa: “III – A inclusão, entre os haveres, dos dividendos porventura não pagos ao sócio retirante, ainda que não pedida expressamente, tem por objetivo evitar o enriquecimento indevido do sócio remanescente, não configurando julgamento extra petita” (BRASIL, 2001c). Em outras palavras, tendo os bens incorpóreos valor patrimonial, hão de compor os haveres, ainda que o retirante não o tenha requerido.

No REsp. 130.617 AM, incorporando as razões do julgado anterior, garantiu-se ao sócio excluído (expulso) o recebimento dos haveres com o fundo de comércio<sup>32</sup>. Vide a ementa, no ponto: “III. Afastado o sócio minoritário por desavenças com os demais, admite-se que a apuração dos haveres se faça pelo levantamento concreto do patrimônio empresarial, incluído o fundo de comércio, e não, exclusivamente, com base no último balanço patrimonial aprovado antes da ruptura social” (BRASIL, 2005a). Portanto, ainda que faltoso o sócio, faz jus ao

---

<sup>32</sup> Além disso, o acórdão mantido do Tribunal do Amazonas invocou o dever de tratamento isonômico dos sócios para garantir o pagamento da fração ao fundo de comércio, revertendo a sentença que tinha excluído o fundo de comércio. Cf.: “As dificuldades para destacar e apurar os bens imateriais do fundo de comércio são efetivamente palpáveis, mas a sua sonegação ao sócio afastado adquire a dimensão de penalidade sem lei ou convenção anteriores e enriquecimento sem causa, incompatíveis com a índole do Direito, que tem por valor fundamental, a Justiça [...] A vantagem que os sócios remanescentes auferem, por um lado pela conservação de negócio notoriamente rentável, de que fora alijado o Apelante, por outro pela exclusão de parte dos haveres sociais da necessária divisão, tornam inaceitável o provimento jurisdicional monocrático nessa matéria” (BRASIL, 2005a). Além disso, ponderou a invocada redação do artigo 15 do Decreto nº 3.708/1919, cuja validade é constantemente afastada pelos julgados que determinam apuração ampla, para interpretá-la não como uma norma dever-ser, mas como um parâmetro voltado à apuração justa. Diz o acórdão: “Parece-me, pois, que a melhor exegese que se dá à dita norma legal é a de que o critério nela estabelecido serve como um parâmetro para o pagamento dos haveres, mas não é de ser cegamente observado quando as condições da saída do sócio (exclusão por deliberação dos demais – cf. fl. 23) e a realidade empresarial da sociedade indiquem que uma outra forma de apuração seria mais recomendável, por dar maior efetividade à representação patrimonial do sócio desligado da pessoa jurídica” (BRASIL, 2005a).

recebimento da fração imaterial da sociedade. Nesse mesmo sentido, são as Ap. 0006464-76.2004.8.26.0268 e Ap. 0115931-81.2005.8.26.0000.

No REsp. 453.476 GO, o tribunal fez incluir ao fundo de comércio a “marca” da sociedade, ainda que não registrada. Diz a ementa: “V – Declarando o perito judicial que mencionou a marca HSM como componente de fundo de comércio, não há como se fazer ilação para afirmar que, não registrada no INPI a referida marca, direito a ela não teria o sócio-retirante” (BRASIL, 2005b).

Finalmente, no REsp. 907.014 MS, decidiu-se que os bens incorpóreos são devidos, ainda que sociedade apresente resultados negativos, ou seja, prejuízo<sup>33</sup>:

DIREITO SOCIETÁRIO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. INCLUSÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o fundo de comércio (hoje denominado pelo Código Civil de estabelecimento empresarial – art. 1.142) deve ser levado em conta na aferição dos valores eventualmente devidos a sócio excluído da sociedade.
2. O fato de a sociedade ter apresentado resultados negativos nos anos anteriores à exclusão do sócio não significa que ela não tenha fundo de comércio.
3. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2011).

No que concerne aos segmentos de atuação, aqui, na área de serviços, no REsp. 242.093 RS, a Corte Superior manteve a decisão do tribunal gaúcho, que declarou existente o fundo de comércio da sociedade prestadora de serviços médicos, incluindo-o nos haveres<sup>34</sup>. Assim também o fez, em sociedade médica, a Corte Paulista na Ap. 9110737-78.2004.8.26.0000. Outrossim, na referida Ap. 00006464-76.2004.8.26.0268, citando inúmeros precedentes<sup>35</sup>, foi categórica a Corte Paulista: “Sobre o fundo de comércio, não há o que se discutir, estando com razão o autor, devido ser incontroverso a sua inclusão no cálculo da importância a ser restituída ao sócio [...]” em benefício de sócio retirante de prestadora de serviços de TI.

No ramo de comércio, o STJ, no REsp. 564.711 – RS, reverteu a decisão do TJRS para garantir a inclusão do fundo de comércio aos haveres do sócio retirante de sociedade de venda de equipamentos. Igualmente, na Ap. 0115931-81.2005.8.26.0000, foi concedida a fração do fundo de comércio ao sócio excluído de loja de materiais para construção.

Na indústria, o STJ, no comentado REsp. 907.014 MS, assegurou ao sócio retirante haveres do fundo de comércio. Também no segmento industrial, o Tribunal Paulista, na Ap.

<sup>33</sup> Importante destacar que o julgado não confunde prejuízo com patrimônio líquido negativo, o qual, obviamente, afastaria eventual reembolso.

<sup>34</sup> O REsp. 453.476 GO garantiu haveres de fundo de comércio de retirante de hospital.

<sup>35</sup> REsp. 564.711, REsp. 130.617, REsp. 271.930, REsp. 52.094 e REsp. 907.014.

9222354-04.2008.8.26.0000, garantiu o fundo de comércio a sócio retirante de uma indústria de sorvetes<sup>36</sup>.

Em caso bastante particular, envolvendo empresa permissionária de transporte público, o TJSP, Ap. 994.08.054191-8, mandou incluir até mesmo o valor das permissões, como se vê na ementa (parte).

Balanço especial que **deverá incluir como bens incorpóreos o valor das permissões de transportes de passageiros** concedido pelo poder público – **Particularidade indissociável da atividade explorada** – Permissões Públicas que após a CF/88 assumiram contornos contratuais assegurando **compensação financeira para fins de garantir o equilíbrio contratual** – Equação financeira como centro das relações contratuais das permissões públicas que **confere valor econômico** – Necessidade de serem consideradas as ‘expectativas de lucros’ por **ocasião da liquidação de haveres** [...] (SÃO PAULO, 2010b, grifo nosso).

A jurisprudência, como se vê, garante a inclusão dos bens incorpóreos nos haveres de sociedades de todos os segmentos (serviço, comércio e indústria), inclusive das antes denominadas *sociedades civis*, como as sociedades médicas, seja o credor um retirante voluntário, excluído ou pré-morto, tenha ele requerido ou não a inclusão, tenha a sociedade lucro ou prejuízo; enfim, em todos esses casos, existente o bem incorpóreo e tendo ele valor patrimonial, há de compor os haveres.

#### **2.4 A causa de saída (retirada, exclusão ou falecimento) como fator de influência na apuração dos haveres**

Um dos objetivos específicos deste trabalho consistia em investigar em que medida os tribunais distinguem a causa de saída para fim de apuração de haveres. Em outros termos, seria o caso que, na expulsão, quando há, em regra, cometimento de falta grave, de ilícito contratual, os haveres seriam apurados de forma diferente relativamente à hipótese de falecimento, quando, obviamente, não há infração e a saída é involuntária? A hipótese inicial era de que sim: haveria uma penalização ao sócio faltoso. Os julgados, todavia, revelam o contrário, como se verá.

---

<sup>36</sup> Seguindo esse precedente, a Corte Paulista, no Apelo 9222105-53.2008.8.26.0000, garantiu ao retirante de um grupo de empresas o recebimento da fração do fundo de comércio, nos seguintes termos: “Enfim, deve ser realizada a perícia judicial na fase de liquidação para que se apure, através de balanço especial de determinação, o real valor da empresa, com a inclusão efetiva do fundo de comércio [...]” (SÃO PAULO, 2012).

Nesse ponto, o debate jurisprudencial constatado diz respeito à aplicação ou não da cláusula contratual quanto à apuração de haveres aos casos de dissolução parcial judicial, em contraposição àquilo que a jurisprudência denominou *mera retirada*, ou seja, retirada por denúncia vazia, na qual o retirante não revela a causa da saída, como ora estabelecido no artigo 1.029, primeira parte, CC<sup>37</sup>.

Há um posicionamento jurisprudencial, hoje minoritário, ora representado pelo REsp.1.286.708 – PR, relatado pela ministra Nancy Andrighi, no sentido de que a cláusula de apuração não se aplica à “dissolução parcial judicial”, qual seja, à retirada motivada, por exemplo, por quebra da *affectio societatis*, especialmente aquelas cláusulas que estabelecem pagamento parcelado dos haveres ou, mais remotamente, estabeleciam, como critério de apuração, a norma do artigo 15, do Decreto nº 3.708/1919, qual seja, último balanço (contábil) apurado (Ap. 9110737-78.2004.8.26.0000), como também se viu nos julgados que estabeleceram a “dissolução total simulada”.

O argumento que se deduz dos julgados é o de que, se o sócio se vê obrigado a deixar a sociedade, privando-se dos resultados da atividade social, porque já não há relação de colaboração entre as partes, é razoável que receba haveres amplos, como se de dissolução total se tratasse. Ocorreria, então, uma espécie de compensação pela impossibilidade de se manter na sociedade e gozar dos seus lucros.

Esse fundamento, todavia, perdeu força diante de quatro outros que reforçam a eficácia das cláusulas de apuração de haveres, especialmente, daquelas que estabelecem pagamento parcelado. O primeiro é o de reconhecimento da função social da empresa, refletida no princípio de preservação da empresa, sendo a forma de pagamento parcelado um meio de evitar a sua descapitalização, garantindo-lhe a existência (REsp. 143.057 SP). O segundo é o de que a causa de saída, ainda que seja a exclusão por cometimento de falta grave do sócio, de quebra do dever de lealdade (Ap. 0001019-90.2000.8.26.0115), não é fator a justificar o pagamento de reembolso menor do que os haveres. Em outras palavras, o motivo da saída não dá causa ao enriquecimento dos remanescentes. Todos os julgados antes comentados que determinaram a inclusão dos bens incorpóreos nos haveres dos excluídos fazem prova nesse sentido (REsp. 130.617 AM, Ap. 0006464-76.2004.8.26.0268 e Ap. 0115931-81.2005.8.26.0000). O terceiro é o de que a intenção das partes ao prever o pagamento parcelado com fulcro na respectiva

---

<sup>37</sup> Oportuno esclarecer que a legislação anterior não previa essa hipótese de retirada, que, como antes mencionado (nota 2, comentário à Ap. 9222105-53.2008.8.26.0000), encontrou fundamento no direito de livre associação. As respectivas ações de dissolução parcial eram julgadas em duas fases: primeiro, para decidir se a dissolução era ou não devida, relegando-se a apuração para a fase seguinte, liquidação de sentença.

cláusula contratual deve ser preservada, em razão da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) (REsp. 654.288 SP). E o quarto é o de que essa mesma intenção deve motivar a aplicação analógica da cláusula (Ap. 994.08.054191-8).

O que se constata, portanto, é que, qualquer que seja a causa de saída, a apuração de haveres há de ser ampla. Isso não significa, contudo, que não possam as partes dispor sobre a apuração de haveres, mas, sim, que há um limite a essa liberdade. A subseção seguinte procurará mapear os limites dessa liberdade contratual.

## **2.5 A liberdade contratual das partes quanto à “forma de apuração dos haveres” e à “forma de pagamento dos haveres”**

A liberdade de reger a apuração de haveres é bastante restrita no que toca à forma de apuração, ou melhor, à avaliação dos ativos da sociedade, que, no dizer da jurisprudência, deve ser ampla e integral; mas bastante mais dilatada no que se refere à forma de pagamento dos haveres que, em linhas gerais, pode ser parcelada<sup>38</sup>.

Segundo a jurisprudência, a validade das cláusulas de apuração de haveres está condicionada à ausência de particularidades que afastem a sua aplicação. Essas particularidades voltam-se, de um lado, para a formação do contrato, notadamente quando estabelecem obrigações desequilibradas entre as partes, em especial quando a cláusula estabelece um valor de reembolso inferior ao valor patrimonial das quotas, então combatidas com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa, na onerosidade excessiva, na arguição de cláusula leonina, como será melhor explanado em tópico próprio. Da mesma forma, quando as partes pugnam pela validade da cláusula de apuração de haveres que estabelece pagamento parcelado, mas não depositam o valor do reembolso na data fixada no instrumento, entendem os tribunais que é inaplicável a cláusula contratual (REsp. 143.057), embora não haja clara menção ao instituto da exceção do contrato não cumprido (artigo 476, CC). A propósito, é bastante ilustrativo trecho do voto do ministro relator Menezes Direito no REsp. 450.129 – MG, que declarou válida a cláusula que estabeleceu pagamento parcelado dos haveres. Diz ele: “[...] não

---

<sup>38</sup> Os tribunais têm também decidido que o recebimento deve ser em dinheiro, não em bens nem em quotas da sociedade dissolvida ou de outras a ela coligadas. No REsp. 302.366 SP, diz a ementa: “III. Descabida a pretensão ao recebimento dos haveres em ações que a empresa parcialmente dissolvida – uma ‘holding’ – detém em seu patrimônio, porquanto o pagamento, e aqui também por força de determinação do contrato social, se faz em dinheiro, mediante a apuração do real valor da participação do sócio retirante” (BRASIL, 2007a).

houve por parte dos sócios remanescentes da sociedade descumprimento do contrato que justificasse o imediato pagamento do valor integral devido” (BRASIL, 2012c).

Por fim, a circunstância que comumente mais afeta a aplicação da cláusula contratual é a duração demasiada do processo, cujo trâmite ultrapassa o prazo de pagamento dos haveres estabelecido contratualmente. Essa discussão conduziu, como se verá, à conclusão de que são válidas as cláusulas de apuração e pagamento de haveres que estabelecem pagamento parcelado, devendo, contudo, serem pagas as parcelas vencidas ao longo do trâmite processual (REsp. 143.057).

Enfim, a ausência dessas particularidades garante a aplicação do contrato. No REsp. 654.288 – SP, diz o ministro relator Menezes Direito: “[...] no presente caso não há nenhuma particularidade a exigir a vulneração da cláusula contratual sobre o pagamento dos haveres” (BRASIL, 2007b).

De outro lado, fundamentam as cláusulas de apuração de haveres: o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), o qual ganha ainda mais força quando as partes são qualificadas, assim consideradas aquelas com conhecimento técnico e capacidade econômica para avaliar as consequências das suas escolhas, o que, por conseguinte, mitiga a aplicação do instituto da lesão e dos referidos vícios contratuais. Particularmente no caso das cláusulas que estabelecem pagamento parcelado dos haveres, um dos principais fundamentos é o princípio de preservação da empresa, na medida em que a forma parcelada minora o risco de descapitalização da empresa.

Há, por fim, os fundamentos que poderiam ser classificados como **neutros**, já que servem para tornar tanto válida como inválida a cláusula contratual. Trata-se do princípio da igualdade entre os sócios, ou melhor, do tratamento isonômico dos sócios; da boa-fé objetiva<sup>39</sup>; do interesse social<sup>40</sup> e do percentual de participação societária do sócio retirante.

---

<sup>39</sup> Embora, neste estudo, não se tenha localizado menção expressa ao mesmo princípio, não raramente se invoca o princípio da boa-fé objetiva, corolário de um dever de cooperação entre as partes e equilíbrio das prestações, antes, durante e depois do contrato, concretizado sob a forma de onerosidade excessiva, para se afastar a eficácia de cláusulas contratuais que distribuem de forma desigual as obrigações. Exemplo disso é o Recurso Especial 256.456 – São Paulo, no qual se determinou que produtores de laranja e compradores assumissem paritariamente os prejuízos decorrentes da alteração substancial do mercado, com base na boa-fé objetiva. Ementa: “COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas [laranja] não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CC Comercial). Recurso conhecido e provido” (BRASIL, 2001b).

<sup>40</sup> O interesse social que compõe o princípio de preservação da empresa, usado para fundamentar as cláusulas de pagamento parcelado, ante o risco de descapitalização que ocorreria com o pagamento em única parcela dos haveres, serviu também de fundamento ao ministro Waldemar Zveiter, no REsp. 24.554-4 – SP, para determinar a apuração ampla dos haveres. Diz o voto: “[...] o recebimento cabal, pelo retirante, dos haveres que lhe são devidos, compatibiliza-se, em verdade, com o interesse social” (SÃO PAULO, 1992b).



Nos comentários seguintes aos julgados, buscam-se revelar os fundamentos usados pelos tribunais para declarar válidas ou inválidas as cláusulas de apuração de haveres. Em seguida, faz-se a crítica a esses fundamentos, para, depois, apontar as questões não enfrentadas pelos julgados – como a validade de outros métodos de avaliação (múltiplos, fluxo de caixa descontado, etc.), e, ao final, tentar sugerir soluções.

## 2.6 Da regra geral: validade da cláusula de apuração de haveres

A regra geral é de que são válidas as cláusulas de apuração de haveres. O principal fundamento para assim declará-las é o princípio da autonomia privada, o qual obriga as partes a cumprirem o pactuado. Entre os julgados analisados, um dos principais julgados a declarar que a regra geral é a da liberdade das partes foi o REsp. 33.458-9, de 13/06/1994, de relatoria do ministro Eduardo Ribeiro, que em seu voto destaca:

**Não se pode colocar seriamente em dúvida que, em nosso direito, subsiste o princípio da força obrigatória dos contratos, fundado na autonomia da vontade.** Claro que a liberdade de contratar não é sem limites, que estes podem ser encontrados nas leis de ordem pública, em certos princípios gerais, e nas naturais vedações decorrentes do que se aceita como correspondente aos bons costumes. **A regra, entretanto, é a liberdade.** Não se chocando com algum preceito que se possa extrair daquelas diretivas, o ordenamento reconhece a valia e eficácia da norma criada pelas partes (BRASIL, 1994a, grifo nosso).

Para além dos limites da liberdade de contratar – que será melhor tratada em tópico próprio –, o que se quer destacar é que a regra é a da validade da cláusula de apuração de haveres.

O referido acórdão, em complemento, ressalta ainda que a liberdade no caso da apuração de haveres decorre da vontade da lei, ou seja, é a própria lei que delega às partes o dever de reger a apuração de haveres<sup>41</sup>, emprestando-lhes proteção jurídica.

No REsp. 127.555 – SP, relator ministro Menezes Direito, no qual o tribunal *a quo* afastou a eficácia da cláusula contratual sob o argumento de que esta não se aplicaria aos casos de dissolução total, mas apenas aos de “mera retirada”, o acórdão assim proclamou: “[...] ora,

<sup>41</sup> Oportunamente, há entendimento no sentido de que a distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada é que esta é exercida em consonância com os demais direitos fundamentais, bem assim que a vontade aqui não é da parte, mas, sim, da lei, que a empresta às partes, razão pela qual ganha proteção jurídica. A propósito, ver: GODOY, 2013.

essa razão jurídica não tem respaldo suficiente para afastar o que consta do pacto societário, presente o princípio da força obrigatória do contrato” (BRASIL, 1998).

No REsp. 654.288 SP<sup>42</sup>, de 2007, também relatado pelo ministro Menezes Direito, no qual também se sustenta a aplicação restrita da cláusula de apuração de haveres às hipóteses de mera retirada, tem o tribunal a oportunidade de sintetizar sua posição. Diz o voto:

O precedente de que Relator o Ministro Ari Pargendler, trazido no especial, **deixa muito claro que a apuração de haveres na dissolução parcial da sociedade por quotas de Responsabilidade limitada segue as regras da retirada do sócio previstas no contrato social** (REsp nº 83.031/RS, Terceira Turma, DJ de 13/12/99; no mesmo sentido: REsp nº 450.129/MG, Terceira Turma, da minha relatoria, DJ de 16/12/02; REsp nº 127.555/SP, Terceira Turma, da minha relatoria, DJ de 15/6/98; REsp nº 87.731/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, de que fui Relator para o acórdão, DJ de 13/10/97; REsp nº 33.458/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 22/8/94). [...] – **No presente caso não há nenhuma particularidade a exigir vulneração da cláusula contratual sobre o pagamento dos haveres** (BRASIL, 2007b, grifo nosso).

Em julgado de 2011, já sob a égide do Código Civil de 2002, artigo 1.031, relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão, REsp. 1.239.754 RS<sup>43</sup>, o Superior Tribunal reiterou a sua posição, mantendo a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que mandou aplicar a cláusula de apuração de haveres que fixou o pagamento em 48 parcelas. Diz parte da ementa do especial:

DIREITO EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. FORMA DE PAGAMENTO. 1. A apuração de haveres – levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade – se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, **prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade**, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito. Precedentes (BRASIL, 2012a, grifo nosso).

Citando esse precedente, o TJSP, na Ap. 0163907-02.2010.8.26.0100, em 2013, manteve a eficácia da cláusula contratual que estabeleceu pagamento parcelado dos haveres, nos seguintes termos: “Pagamento dos haveres. **Necessidade de observância da forma**

<sup>42</sup> No REsp. 302.366 SP, o ministro relator Aldir Passarinho cita os mesmos precedentes.

<sup>43</sup> No mesmo ano, o ministro Luis Felipe Salomão relata o AgRg. no AI nº. 1.416.710 – RJ, no qual se manifesta no mesmo sentido: “3. A apuração de haveres – levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade – se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito. Assim, somente ante o silêncio da avença societária ou de posterior acordo entre os sócios a esse respeito é que têm lugar os parâmetros estabelecidos pela lei, que podem, ainda, ser afastados pela sentença (art. 668 do Código de Processo Civil de 1939, em vigor por força do art. 1.218, VII, do CPC vigente). Precedentes” (BRASIL, 2014a).

**estipulada em contrato**, ou seja, em doze parcelas iguais. Ausente circunstância excepcional a autorizar o afastamento da **força vinculatória do contrato**”.

Os julgados comentados comprovam que, por escolha do próprio legislador, seja aquele do Código Comercial, do Decreto nº 3.708/1919 e do CPC de 1939, seja este do Código Civil de 2002, cabe às partes regradar a apuração de haveres.

## 2.7 Partes qualificadas

Uma das mais relevantes constatações deste estudo foi a consideração pelos julgadores da condição sofisticada (consistente na sua capacidade técnica e econômica, em contraposição ao que seria a sua condição de hipossuficiente) das partes para majorar a eficácia, a força vinculante da cláusula de apuração de haveres. No caso do Ap. 9130401-03.2001.8.26.0000<sup>44</sup>,

---

<sup>44</sup> Encontrou-se também a **Ap. 9081658-20.2005.8.26.0000**, em que a condição das partes foi fundamental para declarar a eficácia da cláusula de apuração de haveres. Esta, contudo, teve por objeto uma sociedade em conta de participação e não uma limitada, razão pela qual se pede licença para comentar nesta nota. Nesse caso, são partes, de um lado, GM Factoring – Sociedade de Fomento Comercial Ltda., subsidiária da General Motors do Brasil, e, de outro lado, Casagrande Veículos Ltda., uma das concessionárias credenciadas à venda de produtos GM. Em síntese, ambas, em conjunto com outras concessionárias da rede GM, constituíram uma sociedade em conta de participação, cujo objeto era gestão de fundo de capitalização voltado à aquisição de produtos GM pelas concessionárias, e cujos recursos eram aportados por ambos. O contrato entre ambas foi rescindido, tendo a concessionária pleiteado seus haveres, sendo o ponto controvertido a validade da cláusula de apuração de haveres, como assim dito pelo relator: “No caso de rescisão contratual, caberia ao excluído a retirada do investimento por ele feito no fundo social, com o abatimento dos valores regularmente previstos no contrato (cláusula 8 do contrato de sociedade em conta de participação)” (SÃO PAULO, 2011d). Em seguida, esclarece o relator que a referida cláusula já fora objeto de diversos julgados, notadamente da Apelação n. 9184672-20.2005.8.26.0000, 10ª. Câ. Dir. Priv., rel. Des. Coelho, Mendes, j. 22.11.2011, da qual empresta as razões. São diversos os pontos tratados, mas interessa a este estudo notadamente o fundamento das partes qualificadas. Diz o acórdão: “Importante considerar que são bastante claros os termos contratuais, estando nítida a previsão quanto aos efeitos econômicos decorrentes da perda da condição de sócia, **valendo destacar que os contratantes são pessoas jurídicas de porte econômico significativo, tendo plenas condições de avaliarem as consequências dos atos negociais dos quais participam**” (SÃO PAULO, 2011d, grifo nosso). O julgador, portanto, declara que as partes contratuais são qualificadas para, em seguida, validar a cláusula contratual. “Assim, no caso de rescisão do contrato, evidente que cabe a retirada pelo excluído, do investimento por ele feito no fundo social, com o abatimento dos valores regularmente previstos no contrato, dentre eles, aquele referente à contribuição integralizada pela GMB” (SÃO PAULO, 2011d). Ao final, conclui que, partindo do dado inicial (partes qualificadas), o princípio da *pacta sunt servanda* se aplica integralmente, isto é, não de forma mitigada. “Em consequência, o princípio *pacta sunt servanda* aplica-se em sua inteireza, não havendo qualquer ilicitude na cláusula prevendo que a apuração de haveres é devida sem a inclusão das contribuições aplicadas no fundo pela General Motors do Brasil” (SÃO PAULO, 2011d). A importância desse julgado está na forma como o direito contratual é aplicado, ou seja, distinguindo a capacidade econômica e técnica das partes, a dinâmica de interação entre elas no âmbito do contrato, o que, em concreto, reflete, de um lado, a necessidade de contribuição ao fundo de capitalização para o desenvolvimento do negócio, e, de outro lado, a impossibilidade de valer-se de contribuições feita por terceiros (GM). Traduz-se: se é verdade que a concessionária deveria integrar a SCP e o fundo, não é por isso que, de um lado, pode a GM negar-lhe o direito de apurar os haveres, e, de outro lado, que a concessionária o fará de forma abusiva, apropriando-se de parcela integralizada pela GM, e não por ela.

pretenderam a sociedade e os sócios remanescentes afastar a cláusula que estabeleceu o pagamento de um *plus*, ou seja, de um valor adicional sobre os haveres apurados. O julgado, todavia, nega tal pedido sob o fundamento de que as partes têm plenas condições de avaliar as consequências dos seus atos, razão pela qual há de ser mantido o que fora por elas convencionado. Diz o voto:

Dir-se-á que a lesão se impõe aos demais sócios e à sociedade, propriamente. Ora, se assim fosse, o que de resto nem se comprovou, bem poderiam os sócios remanescentes, cientes da pretensão de retirada, e da cláusula de apuração de haveres, deliberar dissolver integralmente a empresa, a que serve, como se viu, a comunicação prévia da intenção do retirante. **Não, simplesmente, desconsiderar cláusula que a todos eles vinculava, pouco importando quem se retirasse.** Frise-se que a **qualificação das sócias** e o próprio objeto social da empresa denotam, claramente, **tratar-se de pessoas altamente esclarecidas, bem cômicas da exata extensão das consequências do quanto previsto no estatuto que rege a vida da sociedade** cujos quadros integram (SÃO PAULO, 2011a, grifo nosso).

Não há, como expressamente dispôs o voto, que se falar em lesão (artigo 157, CC), porque parte inexperiente não há.

## 2.8 Tratamento isonômico das partes

Outro ponto bastante importante trazido pelo julgado antes referido (Ap. 9130401-03.2001.8.26.0000), no trecho destacado, é o da aplicação paritária da cláusula de apuração de haveres, que poderia, igualmente, ser lida como tratamento isonômico aos sócios. Pretendem os recorrentes seja ela afastada por “[...] flagrante abusividade, impondo benefício indevido a quem se retira [...]” (SÃO PAULO, 2011a). Observa-se, porém, que o tribunal rechaçou tal alegação, sob o argumento de que a regra contratual não se aplica aos sócios de forma distinta, mas, ao contrário, de forma igual a todos aqueles que se enquadrarem na situação típica fixada em contrato, inclusive, aos próprios remanescentes, que poderiam optar pela dissolução total. Sem avaliar a razoabilidade da dissolução total como alternativa aos remanescentes, trata-se de interpretação inovadora nos julgados analisados. Adiante, destaca o julgado a aplicação isonômica, ou melhor, indistinta a todos os sócios da cláusula. Diz o voto: “[...] descabe a quem erige previsão convencional, em **relação plenamente paritária**, depois de anos pretender desconsiderá-la [...]” (SÃO PAULO, 2011a, grifo nosso). Parece-nos, então, que a isonomia é gerada pela aplicação indistinta a todos os sócios.

## 2.9 Participação societária do retirante

A participação societária do retirante<sup>45</sup> demonstrou ser também um elemento a influenciar a aplicação da cláusula de apuração de haveres. Brevemente, no REsp. 450.129 MG, a elevada participação do sócio retirante na sociedade, 49,5%, e, por conseguinte, o alto impacto sobre as contas da empresa, na hipótese de pagamento do reembolso em única parcela, evidenciou o risco de descapitalização, impulsionando o tribunal a fazer valer, com esteio no princípio de preservação da empresa, a regra contratual de pagamento em parcelas. Diz o acórdão: “Claro está que se a empresa, de uma vez só, dispuser de quase metade do seu patrimônio, sofrerá grande golpe financeiro, podendo inviabilizar o exercício de suas atividades” (BRASIL, 2012c).

No REsp. 87.731 – SP, por sua vez, foi a participação minoritária do retirante que fez nascer no relator a percepção de que suportar o recebimento em parcelas, sobretudo após o trânsito em julgado da ação, representaria um ônus excessivo ao minoritário, que não mais percebia os ganhos da sociedade. Expõe o voto: “[...] não há de considerar-se o disposto no contrato sob pena de estabelecer-se verdadeiro desequilíbrio entre os contratantes, já que ao sócio minoritário se imporá o ônus de aguardar o trânsito em julgado [...]” (BRASIL, 1997).

O que se constata, portanto, é que a participação societária reflete o valor de reembolso, que, por sua vez, impacta a capacidade financeira da empresa. Se este for intenso, tende a jurisprudência a adotar o pagamento parcelado, com base no princípio de preservação da empresa; do contrário, há maior probabilidade que se acate o pagamento em única parcela, com base no “[...] preceito ideológico do **justo equilíbrio**” (REsp. 1.444.790 SP e Apelação nº

---

<sup>45</sup> Uma outra particularidade que se revelou importante para validar a cláusula de apuração de haveres e, mais do que isso, o próprio instrumento social, foi o vínculo de parentesco entre os sócios. Assim, embora fora do objeto deste estudo, no REsp. 111.294 PR, determinou-se a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, sob o argumento de que, embora sob a forma institucional, eram os sócios parentes, em clara sociedade de pessoas, obrigando que a apuração fosse feita como limitada.

0006464-76.2004.8.26.0268). Essa noção de justiça permeia boa parte dos julgados e será melhor analisada na seção seguinte.

## 2.10 Da boa-fé objetiva

Finalmente, esse mesmo julgado traz ainda o princípio da boa-fé objetiva como fundamento para declarar válida e eficaz a cláusula de apuração de haveres, sustentando que, se todos os sócios livremente pactuaram aquelas condições de retirada, que permanecera válida e incontestada por todos eles, ao longo de tanto tempo, gerou-se, reciprocamente, a expectativa de cumprimento, não podendo qualquer deles se negar a cumpri-la, quando lhe for desfavorável. Diz o acórdão:

[...] voltando ao conceito de boa-fé objetiva, agora sob a perspectiva de sua função de limitação ao exercício de posições jurídicas, descabe a quem erige previsão convencional, em relação plenamente paritária, depois de anos pretender desconsiderá-la precisamente quando, sem prévio reclamo, tanto tempo passado, seja o caso de aplicá-la, **frustrando, assim, a justificada confiança na higidez do ajuste havido entre os sócios** (SÃO PAULO, 2011a, grifo nosso).

Trata-se aqui, a um só tempo, da proteção ao princípio da confiança, inerente ao conceito de boa-fé objetiva, como também na proibição de “voltar-se contra os próprios atos”, que, curiosamente, apenas nesse caso foi expressamente usada como razão de decidir. Curioso, porque tal fundamento serviria tanto para as cláusulas que, como essa, estabeleceram o pagamento de um valor a maior (qual seja, um adicional de 10% sobre os haveres apurados), como aquelas que estabeleceriam o pagamento dos haveres com um deságio, em razão, por exemplo, dos efeitos negativos da retirada do sócio, resultante do impacto sobre o fluxo de caixa da sociedade, necessidade de contratação de funcionários adicionais para substituir o sócio, entre outros. Esse ponto é discutido na seção seguinte.

## 2.11 Do princípio de preservação da empresa

Particularmente, quanto às cláusulas de apuração de haveres que estabelecem o pagamento parcelado, um dos mais importantes fundamentos é o princípio de preservação da

empresa. Trata-se de princípio inicialmente invocado para deferir os pedidos de dissolução parcial da sociedade, com base no artigo 355, V, do Código Comercial, quando este autorizava apenas a dissolução total; em jurisprudência consolidada no STF, da qual é amostra o já citado RE 89.464 SP. Referido princípio reconhece a relevância da empresa para o desenvolvimento social e econômico do país e das pessoas, a merecer proteção jurídica.

No caso em particular da retirada, os julgados apontam no pagamento do reembolso um risco de descapitalização da empresa que ameaça o seu desenvolvimento, com prejuízos que, todavia, não se limitam às pessoas dos remanescentes e da sociedade, afetando a todos aquelas que com ela se relacionam, notadamente, empregados, fornecedores e o fisco.

Os julgados seguintes demonstram o reconhecimento pelo Judiciário do trauma que a retirada representa para a sociedade; que o pagamento em parcelas não é ato abusivo por parte da sociedade e remanescentes, na medida em que atenua esses impactos; que, aliás, é medida que se impõe ainda que não expressa no contrato.

Destarte, no REsp. 33.458-9, sustenta o relator que o pagamento em parcelas é medida que se impõe à preservação da empresa. Diz ele: “Se houver de saldar o devido ao sócio que se retira em um só pagamento, a ser feito de imediato [...] poderá ver-se na contingência de desfazer-se de parte significativa dos seus bens de capital, eventualmente inviabilizando-a” (SÃO PAULO, 1994a); afastando, inclusive, a alegação de que a estipulação seria abusiva: “Não se pode ter como leonina, ou propiciadora de enriquecimento sem causa, a disposição convencional. Há que se emprestar eficácia ao livremente estabelecido pelas partes e que atende à conveniência de manter-se a empresa” (SÃO PAULO, 1994a).

No mesmo sentido, é o REsp. 302.366 SP. Veja:

Na espécie em comento, **o estatuto prevê o pagamento em trinta e seis parcelas mensais e sucessivas, atualizadamente** (cf. acórdão à fl. 395), de modo que nem é à vista, e tampouco o é em ações de outra empresa. E, por último, **nem se pode afirmar, aqui, que o critério estatutário é inteiramente absurdo, lesivo, a justificar, excepcionalmente, uma interferência do Judiciário para coibir abuso manifesto.** É que **a dissolução parcial, é bastante elementar, causa trauma interno da empresa, a sua descapitalização, de modo que o pagamento parcelado atenua o impacto,** desde que, é claro, haja a correção das prestações, para não causar enriquecimento injustificado do sócio remanescente (BRASIL, 2007a, grifo nosso).

Na Apelação nº 9222354-04.2008.8.26.0000, assim como na Apelação nº 994.08.054191-8, a Corte Paulista impôs a aplicação analógica da cláusula de haveres para o caso de retirada amigável (mera retirada) em parcelas, com o fim de preservar a empresa, em

benefício não apenas dos remanescentes, como também daqueles que dela dependem, contratam, quais sejam, credores e empregados. Diz o voto:

Todavia, embora não mencionada expressamente a situação do recesso no contrato social, o disposto no § 3º do aludido art. 19, traz nítida a intenção dos sócios de prever o pagamento das quotas na forma parcelada, se necessário, com **vistas a evitar o comprometimento das atividades empresariais e como forma de minimizar os efeitos da descapitalização**. [...] Mister esclarecer que o processo de retirada dos sócios deve emprestar especial proteção aos titulares de direito patrimonial, mas se o pagamento da significativa participação nas quotas, efetuar-se com bens comprometidos à execução do objeto social, **certamente inviabilizará a continuidade da empresa, colocará em risco seus credores e parte importante do acervo trabalhista** (SÃO PAULO, 2012c).

Enfim, o princípio de preservação revela-se um fundamento muito importante para as cláusulas de pagamento parcelado, destacando os tribunais o risco que a retirada representa para a continuidade da empresa, assim também que as questões societárias apresentam externalidades que ultrapassam a fronteira dos sócios, interessando à sociedade como um todo, a exigir uma tutela jurídica distinta.

## 2.12 Das causas de ineficácia da cláusula de apuração de haveres

### 2.12.1 Da longa duração do processo e do inadimplemento contratual

Um dos principais fundamentos a retirar a eficácia das cláusulas de apuração de haveres que fixaram pagamento em parcelas foi a longa duração do processo. O argumento da jurisprudência, constatado no REsp. 143.057 SP, é no sentido de que o prazo para pagamento dos haveres tem início com a manifestação de retirada<sup>46</sup>, oportunidade em que a sociedade deve efetuar o pagamento, nos termos estabelecidos em contrato, em parcela única ou parcelas sucessivas, não tendo a ação judicial o condão de suspender a obrigação. Assim, se vencidas estão as parcelas ao final da ação, razão não há para que pagamento seja feito em parcelas. Igualmente, não poderia o Judiciário dar nova oportunidade para quitação da obrigação sem

---

<sup>46</sup> Que, no caso em tela, se deu com a citação da ação de dissolução parcial, mas, por exemplo, no REsp. 1.371.843, ocorreu com a notificação à sociedade.



impor penalidade. Nesse sentido, foi o acórdão prolatado pelo TJSP mantido no julgamento do referido REsp:

Em face do tempo decorrido, também **não mais há falar em pagamento parcelado se durante o tramitar da ação já transcorreu prazo suficiente para que o autor tivesse integralmente satisfeitos os seus haveres. A concessão de parcelamento, agora, implicaria abertura de novo prazo para o cumprimento de obrigação inadimplida a seu tempo** (BRASIL, 2001a, grifo nosso).

O STJ, a partir da posição do Tribunal Paulista, sustentou ainda que, se a sociedade está inadimplente, não pode exigir o cumprimento da cláusula contratual. Diz o voto:

De outro modo, **estar-se-ia exigindo de uma só das partes o cumprimento do contrato. Com efeito, se o sócio que permanece na sociedade não adimpliu a obrigação de pagar os haveres do sócio retirante, por que exclusivamente este está vinculado aos termos do contrato?** Com a agravante denunciada no acórdão recorrido de que na tramitação do processo ‘já transcorreu prazo suficiente para o que o autor tivesse integralmente satisfeito os seus haveres’ (BRASIL, 2001a, grifo nosso).

Conclui, então, o relator que “[...] a cláusula contratual que prevê o pagamento parcelado dos haveres do sócio retirante só pode ser aplicada em hipótese não litigiosa” (BRASIL, 2001a).

Contra essa interpretação restritiva da cláusula, insurge-se o ministro Menezes Direito, invocando o precedente do REsp. 33.458, para sustentar que, “[...] se o contrato estabelece uma forma de pagamento dos haveres do sócio retirante, parceladamente, não é possível oferecer interpretação que restrinja a cláusula somente para a retirada não contenciosa” (BRASIL, 1994a).

Diante do impasse, vota a ministra Nancy Andrighi, de um lado, para declarar válida a cláusula contratual, com esteio no precedente citado (REsp. 33.458), e, de outro lado, para acatar a tese do relator de inadimplência da sociedade e remanescentes, compondo essas posições nos seguintes termos:

Impõe-se, contudo, **perquirir se a adoção pelo Juiz do pagamento parcelado estabelecido no contrato social importa necessariamente que o pagamento das parcelas seja devido somente a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.**

No caso em exame, em vista da **discordância do sócio retirante com o valor dos haveres apurado pela sociedade, esta deixou de efetuar o respectivo pagamento, restando, portanto, inadimplente;** e, por força do efeito material da **citação válida realizada no presente processo, foi ela constituída em mora.**

[...]

**Assim, deve-se considerar a data da citação como o marco inicial para o pagamento das parcelas. Aquelas que venceram no curso do processo deverão ser pagas de uma só vez após o trânsito em julgado da sentença condenatória. As**

**demais parcelas, por sua vez, serão adimplidas na data do seu vencimento, em conformidade com o estatuído no contrato social.**

Tal entendimento, por um lado, **respeita a liberdade de contratar dos sócios, preservando a validade e a eficácia da cláusula de reembolso estabelecida no contrato social.** Por outro lado, **impede que a demora na prestação jurisdicional invocada favoreça a sociedade com a protelação do pagamento dos haveres, em detrimento do sócio retirante** (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Fixou-se, então, entendimento<sup>47</sup> de que vale a cláusula contratual quanto à forma de pagamento, cuja execução, inclusive, não se suspende com a ação judicial. Dessa forma, se incontroverso o valor, não se pagam as parcelas nos seus respectivos vencimentos, tendo por termo inicial a comunicação de retirada (se judicial, a citação válida; se extrajudicial, a notificação), contemplado o trâmite processual. E, se o valor for controvertido, as parcelas vencidas serão pagas ao final da ação e as vincendas no vencimento.

Esse entendimento serviu de precedente aos REsp. 124.607 SP, REsp. 1.371.843 SP, REsp. 612.886 MT (no qual o ministro Menezes ressalva sua opinião, mas faz prevalecer a posição da Turma<sup>48</sup>, bem como ao recente REsp. 1.239.754 RS, de 2012, em que se harmonizam as decisões de validade da cláusula contratual com a execução ponderada pela duração processual, como constou outrora no voto-vista da ministra Nancy Andrighi, no REsp. 143.057 SP, e agora nas razões do relator Luís Felipe Salomão. Diz ele:

Dessarte, na linha de orientação dos precedentes acima indicados, deve-se considerar a data da citação como o marco inicial para o pagamento das parcelas, de forma que aquelas que venceram no curso do processo devem ser pagas de imediato, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto as remanescentes serão adimplidas na data de vencimento determinada no contrato social (BRASIL, 2012a).

Em tempo, vamos tratar da ponderação de princípios de forma mais detida na terceira seção.

### 2.12.2 Particularidades do caso

#### a) Má gestão do sócio remanescente

<sup>47</sup> Curioso que o voto-vista, a despeito de trazer novos fundamentos e posição distinta, acaba por aderir ao voto do relator.

<sup>48</sup> Diz ele: “[...] o acórdão destacou o **transcurso de prazo suficiente para que o autor da ação tivesse satisfeito o pagamento dos seus haveres. Embora reiterando o meu convencimento, não posso desconhecer que neste feito o sócio foi efetivamente excluído em dezembro de 1993, sendo a ação ajuizada em 15 de março de 1994, transcorridos, portanto, mais de dez anos de tramitação.** Desta forma, **com a ressalva de meu entendimento, o precedente deve ser Respeitado**” (BRASIL, 2005d, grifo nosso).

No caso do REsp. 1.371.843 – SP, por exemplo, não foi apenas o longo prazo da demanda que levou a tribunal a tornar ineficaz a cláusula contratual que estabeleceu pagamento parcelado: foi também o fato de que, ao longo do trâmite processual, boa parte dos ativos foi vendida e, ao que parece, por vultosa quantia; a gestão apresentou indício de fraudes e não houve prestação de contas; e o valor recebido pelo retirante era irrisório. No dizer do relator<sup>49</sup>: “[...] a realidade da sociedade é diversa, uma vez que o sócio minoritário foi retirado da administração da sociedade há bastante tempo, bem como recebe valores irrisórios mensalmente” (BRASIL, 2014b). Em razão disso, sustenta o voto de que não se aplica a regra geral de validade da cláusula de apuração de haveres:

De fato, é assente no âmbito do STJ que se deve prestigiar o princípio da força obrigatória dos contratos, razão pela qual a apuração de haveres deve se proceder da forma como estabelecida em contrato.

No entanto, **a jurisprudência desta Corte também entende que nas hipóteses de enriquecimento sem causa ou ofensa à lei de ordem pública, tal princípio deve ser mitigado**, além de que a cláusula contratual que prevê pagamento parcelado dos haveres do sócio retirante só pode ser aplicada em situações não litigiosas (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Vê-se que a má gestão, a fraude, a venda de ativos e, por conseguinte, o indício de locupletamento indevido pelo remanescente levou o tribunal a tornar ineficaz a cláusula de apuração de haveres.

## **b) Das limitações à liberdade contratual quanto à forma de apuração de haveres**

O equilíbrio entre as obrigações assumidas e o ônus suportado pelas partes quando da apuração de haveres é outro importante elemento de validação das cláusulas. O conceito de equilíbrio forjado nos julgados, todavia, liga-se mais ao princípio de justiça, inserto no inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal, do que aquele que se mostra requisito para a revisão do contrato por onerosidade excessiva, artigo 317 e 478, CC, ou de lesão. Da mesma forma, não

---

<sup>49</sup> Refere-se o voto ao que foi exposto pelo tribunal de origem: “Além disso, a alienação de valiosos ativos no curso da demanda, em especial rede de lojas de varejo, sem consulta ao sócio minoritário e a constatação, no laudo pericial, da contabilidade paralela e subfaturamento constituem, somadas, causas mais do que suficientes para exercício do direito de retirada. Não há como submeter o sócio minoritário, alijado dos poderes de gerência e de administração que durante décadas foram conjuntos, assistir passivamente a alienação de valiosos ativos e a prática de atos lesivos aos interesses sociais sem poder retirar-se da sociedade e receber seus haveres” (BRASIL, 2014b).

se encontrou nos julgados analisados nenhuma arguição de imprevisão, tampouco de inexperiência das partes, a fundamentar pedido baseado nesses dois institutos.

A tese do equilíbrio das obrigações como condição de eficácia das cláusulas de apuração de haveres consta da Ap. 9130401-03.2001.8.26.00000, apoiada na doutrina de Arnold Wald:

Não se nega que, mesmo garantida plena autonomia às partes, **por comando constitucional de justiça nas relações negociais** (art. 3º, I), suporte de um razoável equilíbrio que deve permeá-las, vêm-se inquinando cláusulas de apuração de haveres que imponham sacrifício exacerbado, verdadeiro móvel de lesão ao sócio que se retira, de outra parte propiciando-se indevida vantagem à sociedade e aos demais sócios (v. Arnold Wald, op. cit., p. 240, n. 117) (SÃO PAULO, 2011a, grifo nosso).

Em complemento, o que se constatou na análise dos julgados foi o princípio da justiça como corolário da vedação ao enriquecimento sem causa, embora, mesmo nos casos julgados sob a égide do Código Civil atual, não se tenha identificado o fundamento legal dos artigos 884 e subsequentes do CC. Assim são, por exemplo, as decisões que mandaram pagar valor de reembolso como se de dissolução total se tratasse e com base em valor real e justo, como aquelas que determinaram a inclusão dos ativos incorpóreos ao valor do reembolso.

Destarte, no AgRg no Ag nº 22.352-2/SP, relatado pelo ministro Waldemar Zveiter, diz-se que: “[...] no caso de sócio retirante ou pré-morto, a apuração dos haveres se faz como se de liquidação total se tratasse, posto que deve ser o quantum devido medido com justiça” (SÃO PAULO, 1992a). No REsp. 38.160-6 SP, com o mesmo relator e julgado com base nesse precedente, afirma-se que: “[...] essa linha de entendimento tem por escopo preservar o quantum devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes” (BRASIL, 1993).

Enfim, no mesmo sentido é um grande conjunto de julgados, composto, entre outros, pelos REsp. 271.930, que mandou incluir o fundo de comércio no valor do reembolso; REsp. 1.371.843 SP, que afastou o pagamento parcelado e determinou-o em parcela única; Ap. 994.08.054191-8, que impôs a inclusão do valor das permissões de transporte público para cálculo do valor de reembolso.

No recente REsp. 1.444.790 SP, julgado em 25 de setembro de 2014, relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão, a ausência de equilíbrio entre as prestações causada pela cláusula de apuração de haveres que estabeleceu o valor de reembolso pelo valor meramente contábil, cujos ativos em valor contábil era de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), quando o valor indicado pelo requerente era de R\$ 95.096.420,80 (noventa e cinco milhões noventa e seis mil

quatrocentos e vinte reais e oitenta centavos), fez o tribunal declará-la abusiva e leonina. Disse o Superior Tribunal<sup>50</sup>:

De fato, o direito civil não tolera o abuso do direito incerto em dispositivo do contrato social – **cláusula leonina** – que venha a gerar o **enriquecimento sem causa** em detrimento de um dos sócios, seja por depor **contra o preceito ideológico do justo equilíbrio, seja por refletir situação demasiadamente distante da apuração real dos bens da sociedade** (BRASIL, 2014c, grifo nosso).

Oportuno destacar que em nenhum dos casos apareceu uma definição do que seja *enriquecimento sem causa*, tampouco a razão (explicação, justificativa, fundamento) pela qual as partes não podem dar causa ao enriquecimento; em outros termos, por que as partes não podem estabelecer um valor de reembolso desproporcional ao valor das quotas. Apenas para reflexão, é lícito o estabelecimento de distribuição desproporcional de lucros (artigo 1.007 c/c 1.053 do CC)

De qualquer sorte, como bem destacado por Arnold Wald no trecho reproduzido pelo próprio julgado, a jurisprudência nega eficácia às cláusulas de apuração de haveres que estabelecem obrigações por demais desproporcionais, sobretudo aquelas que levam ao enriquecimento sem causa dos remanescentes.

### 2.13 Conclusão parcial

A análise da jurisprudência permitiu construir algumas conclusões:

1 – a liberdade de contratar a forma de apuração de haveres é bastante limitada, em razão de entendimento consolidado de que, qualquer que seja a causa de saída, as características de cada sociedade limitada, ou seja, sua área de atuação, a existência de pedido expresso do retirante, impõe-se uma apuração de haveres ampla e integral, por medida de “justiça”, na qual se incluem todos os bens incorpóreos que tenham valor patrimonial, visando a aferir o valor real da sociedade e, conseqüentemente, da quota do retirante;

---

<sup>50</sup> No caso em questão, importante que se diga que o autor alegou ter sido excluído indevidamente, bem assim que os remanescentes desviaram negócios da sociedade para outra; o que, todavia, ao final, não foi apreciado pelo STJ, sob o fundamento de que a perquirição de responsabilidade era incompatível com a ação de apuração de haveres, demandando ação própria. Seja como for, há nos argumentos forte indícios de abusividade. Ao final, então, manteve-se o acórdão do Tribunal Paulista que, no ponto, determinou apuração ampla de haveres a ocorrer em fase de liquidação de sentença.

1.1. é vedado às partes estabelecer apuração de haveres com base em valor meramente contábil;

2 – as partes, em regra, têm liberdade para regradar a **forma** de pagamento dos haveres, mas não de respeitar alguns limites, quais sejam, os princípios legais, a ordem pública e os bons costumes;

3 – a cláusula de apuração de haveres aplica-se a todas as espécies de dissolução parcial: retirada, exclusão e pré-morto;

4 – a análise da cláusula de apuração de haveres se faz em concreto, sendo certo que a condição das partes (qualificadas, sócio majoritário, etc.) é relevante para declará-las válidas ou não;

5 – é certo que, na hipótese de judicialização da dissolução, a longa duração do processo pode obstar a aplicação da cláusula, sendo recomendável que a sociedade e os remanescentes adimplam o contrato para fazer valer a cláusula de apuração de haveres;

6 – o princípio da preservação da empresa serviu de fundamento para permitir o pagamento parcelado dos haveres;

7 – as cláusulas de apuração de haveres se submetem às mesmas regras dos contratos em geral<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Como será desenvolvido na próxima seção, notadamente da boa-fé objetiva e função social.

### **3 DA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA E DOS FUNDAMENTOS DE VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE APURAÇÃO DE HAVERES**

Na seção anterior, foram articulados os comentários aos julgados do STJ e do TJSP que tinham por objeto a apuração de haveres na tentativa de construir uma tipologia das questões jurídicas debatidas pelos tribunais, tendo por foco construir os limites da liberdade contratual em matéria de apuração de haveres. Constatou-se que, embora a regra legal, do artigo 1.031, CC, seja a da liberdade contratual, o que é reconhecido pela jurisprudência, esta é restrita quanto à fixação de critério de apuração de haveres, em vista da jurisprudência que se formou no sentido de que a dissolução há de ser sempre ampla, tendo por paradigma a dissolução total. A liberdade, assim, ficou reservada ao regramento da forma de pagamento dos haveres, a qual, como se viu, pode ser parcelada, com esteio no princípio de preservação da empresa, ante o risco de descapitalização da sociedade gerado por eventual obrigação de pagamento de vultosa quantia ao retirante.

Viu-se ainda que o principal fundamento para determinar a dita apuração ampla dos haveres foi a vedação ao enriquecimento sem causa, bem como o princípio da justiça, concretizado sob a forma de obrigações equilibradas, precisamente, da fixação do valor de reembolso tendo por base a “dissolução total”<sup>52</sup>. A distância entre o valor “meramente” contábil dos haveres e tal valor fez nascer a percepção de desequilíbrio entre as prestações e, portanto, de enriquecimento sem causa dos sócios remanescentes e da sociedade.

A posição deste trabalho, contudo, é contrária à jurisprudência, e isso por dois conjuntos de razões. Primeiro porque, aparentemente, os fundamentos usados pelo Judiciário para afastar a cláusula de apuração de haveres são inadequados. E segundo porque também o legislador, ao que tudo indica, desde sempre e até agora, inclusive com a edição do Novo Código de Processo Civil, quis delegar, ou melhor, autorizar os sócios a regrarem seus haveres, tanto na forma de apuração como na de pagamento. Adiantamos que a percepção deste estudo é a de que o limite para o regramento é vetorial, ou seja, de finalidade, devendo tal se dar em benefício do desenvolvimento da sociedade (e não para resguardo da posição individualista do retirante).

Para, então, desenvolver essa posição, formulou-se o presente plano de seção, destacando, desde já, que cada uma terá uma breve introdução e conclusão.

---

<sup>52</sup> É importante destacar que alguns julgados mais recentes tentam aproximar o valor da “dissolução total simulada” ao valor de mercado.

Na **subseção 3.1**, analisa-se brevemente a natureza jurídica dos haveres, as condições de validade e eficácia da cláusula de apuração de haveres. E, em complemento, na **subseção 3.2**, investiga-se se as cláusulas de limitação de responsabilidade seriam aplicáveis aos contratos sociais, bem como se destaca um ponto onde um aparente desequilíbrio ocorre sem causar alvoroço, qual seja, da distribuição desproporcional de lucros, que ressalta a “autonomia privada” dos sócios e corrobora esta tese. Na **subseção 3.3**, apresenta-se de que forma os princípios da boa-fé objetiva e da função social, usados pelo Judiciário para sustentar as decisões que afastaram a cláusula de apuração de haveres, deveriam incidir nas relações empresariais; e, ainda, como o contrato deveria ser interpretado e dirigido, e no que consistiria a álea ordinária dos contratos sociais. Na **subseção 3.4**, verifica-se como a literatura americana discute essas ameaças ao cumprimento da função social da empresa por meio do conceito de *capital lock in*. Na **subseção 3.5**, tenta-se compreender o instituto do enriquecimento sem causa, separando o enriquecimento como princípio do enriquecimento como “fonte de obrigação”, para avaliar a possibilidade de se atribuir causa a eventual enriquecimento gerado pela cláusula de apuração de haveres que estabelecer um valor de reembolso inferior àquele resultante da “dissolução total simulada”. Na **subseção 3.6**, analisa-se se houve ponderação na aplicação dos princípios usados pelo Judiciário para afastar as cláusulas de apuração de haveres. Na **subseção 3.7**, são feitas algumas pequenas observações sobre o método judicial de apuração de haveres, o qual aqui se denomina *dissolução total simulada*. E, finalmente, na **subseção 3.8**, conclui-se o conteúdo discutido.

Enfim, inicialmente são expostas as razões que qualificam as cláusulas de apuração de haveres e, em seguida, atacam-se os fundamentos jurisprudenciais.

### **3.1 Dos fundamentos de validade e eficácia da cláusula de apuração de haveres**

É importante esclarecer que esta subseção tenta responder às seguintes questões: podem as partes convencionar seus haveres? Qual a condição de validade e eficácia das respectivas cláusulas?



### 3.1.1 Da natureza jurídica dos haveres

A doutrina e a jurisprudência acordam que o sócio retirante se torna mero credor da sociedade, de modo que os haveres têm natureza jurídica de crédito<sup>53</sup>. O crédito, por sua vez, tem natureza jurídica patrimonial e, como tal, disponível, o que significa dizer que dele podem dispor as partes, desde que: i) o negócio jurídico tenha objeto lícito; ii) sejam as partes capazes; iii) obedçam à forma prescrita em lei; iv) não padeçam de “defeitos do negócio jurídico”; e v) não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes. Ou, ainda, como defende Azevedo (2002), além de válidos, estejam presente os fatores de atribuição de eficácia e ausentes os fatores de ineficácia. Com isso, então, será válido e eficaz.

### 3.1.2 Do negócio jurídico: validade e eficácia

Inicialmente, é preciso esclarecer que o propósito deste trabalho não é aprofundar o estudo da “teoria do ato jurídico”, mas, sim, o de provocar o exercício de submeter a cláusula de apuração de haveres às condições de validade de todo e qualquer ato jurídico.

Dito isso, de acordo com o Código Civil, artigo 104, a validade do negócio jurídico condiciona-se à existência de um agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, bem como a forma prescrita ou não defesa em lei, qual seja, o regramento no contrato social, nos termos do artigo 997 c/c 1.031, CC e 668 do CPC de 1939, bem como a inexistência dos ditos *defeitos do negócio jurídico* (cap. IV, destacadamente, artigos 138 e 166, CC).

A propósito da validade, Antônio Junqueira de Azevedo destaca que tal categoria é exclusiva dos negócios jurídicos<sup>54</sup> e incide na “[...] qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’)”, de

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, é o julgado ora ementado: “Apelação. ILEGITIMIDADE ‘Ad Causam’ – Ação de dissolução parcial da sociedade – Ilegitimidade ativa – Reconhecimento – Autores não participantes da sociedade, mas sim credores do valor das quotas pertencentes a antigo sócio, já falecido – Herdeiros que não integram a sociedade, por força do que dispõe o artigo 1.028 do Código Civil – Interesse de agir, contudo, presente em relação ao pedido de apuração de haveres – Pretensão dos autores não prescrita – Recurso parcialmente provido para acolher o pedido de apuração de haveres” (SÃO PAULO, 2013).

<sup>54</sup> Diz o autor: “[...] é justamente o plano de validade a principal característica específica do negócio, ou seja, de ser, entre os fatos jurídicos, o único que consiste em declaração de vontade, isto é, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos” (AZEVEDO, 2002, p. 41).

sorte que os requisitos, segundo ele, são “[...] aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido” (AZEVEDO, 2002, p. 42) <sup>55</sup><sup>56</sup>.

Ainda, quanto aos requisitos de validade (sabidamente, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei), Silvio Rodrigues faz, entre outros, os seguintes destaques.

---

<sup>55</sup> Quanto aos requisitos, considerando o negócio jurídico como declaração de vontade, sistematiza ele: “[...] os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mesma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se o os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a declaração de vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má fé; (se não for assim, o negócio poderá ser nulo) [...]. O objeto deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável; e a forma, ou será livre, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser conforme a prescrição legal. Quanto às circunstâncias negociais, não têm requisitos exclusivamente seus, [...], são aquele ‘quid’ que qualificação uma manifestação, transformando-a em declaração. [...] Quanto aos elementos gerais extrínsecos, temos que: a) o agente deverá ser capaz e, em geral, legitimado para o negócio; b) o tempo, se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento [...]; e d) o lugar, se, excepcionalmente, tiver algum requisito, há de ser o lugar apropriado. [...] Passando aos elementos categoriais, somente os inderrogáveis [...] possuem requisitos; os derogáveis [...], por serem determináveis pela própria ordem jurídica, não os possuem. [...] as partes ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico. Ora, entre as regras que o tipo escolhido está submetido estão aquelas que preveem as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para serem válidos como aquele tipo de negócio; assim, se o negócio for causal, com causa pressuposta a existência de causa será requisito de validade [...] Quanto aos elementos particulares, finalmente, também têm eles os seus requisitos. No estudo das condições, é sabido que há dois tipos diferentes de falta dos requisitos de validade; há as condições que ‘vitiantur et vitiant’ e há as que ‘vitiantur sed non vitiant’. As primeiras, contaminando os de nulidade todo o negócio nem tem caráter ‘acidental’, quando se tem em vista o negócio concreto; [...] Estão entre as condições ‘vitiantur et vitiant’, segundo o direito positivos brasileiro, as que subordinam os efeitos do negócio a fato juridicamente impossível [...], e as chamadas condições ilícitas, isto é, as que fazem a eficácia do negócio depender de fatos contrários à lei ou aos bons costumes. [...] Estão, também, entre as que contaminam de nulidade todo o negócio: as meramente potestativas [...], pois ambas revelam total falta de vontade de obrigar-se. São, ainda, desse tipo, as chamadas condições perplexas, isto é, as incompreensíveis ou contraditórias; finalmente, há de se considerar também [...] aqueles atos, cuja natureza, por lei, não admite condição: casamento, emancipação, reconhecimento de filho, adoção etc [...] Por outro lado, estão entre as condições que ‘vitiantur sed non vitiant’ as cujo evento consiste em fato fisicamente impossível e as de não fazer coisa impossível Os termos, tanto quanto as condições, têm seus requisitos. Não são válidos, por exemplo, e, aliás, ‘vitiantur et vitiant’, os termos colocados em ‘actus legitimi’, como se depreende do mesmo texto do Digesto já citado. Finalmente, o encargo não escapa às exigências de requisitos; se ilícito ou impossível, ele será, evidentemente, nulo, mas o ato de liberalidade, em princípio, será válido (‘vitiantur sed non vitiat’). Esta observação, aliás, demonstra que há diferença de regime jurídico entre o encargo e a condição, o que se explica pela natureza jurídica diversa de ambos (a condição é determinação inextinguível, e o encargo determinação anexa, na linguagem de Pontes de Miranda)” (AZEVEDO, 2002, p. 42-48).

<sup>56</sup> Azevedo defende, como consta da nota, que os “defeitos” estariam no plano da validade e não da eficácia, e também que a eficácia decorre, então, da presença dos chamados *fatores de atribuição de eficácia*<sup>56</sup> e da ausência dos fatores de ineficácia. Esclarece ele: “Cumprido, finalmente, para termos um quadro completo de questão da eficácia, não perder de vista que, ao falarmos de fatores de eficácia, estamos nos referindo ao início da produção de efeitos; esses fatores de eficácia são, pois, em suas três espécies, fatores de atribuição de eficácia (eficácia em geral, eficácia diretamente visada e eficácia mais extensa). Naturalmente, poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, depois, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, ineficácia superveniente, isto é, resolução do negócio. [...]. Nesses casos, pode-se falar em fatores de ineficácia, os quais podem, por sua vez, ser de dois tipos: os ligados à formação dos negócios, por exemplo; o advento do evento futuro (nos negócios sob condição resolutiva, ou nos submetidos a termo final); a) **não realização da causa final (nos negócios com causa final)** etc.; e b) os **não** ligados à formação do negócio, como o distrato e a impossibilidade superveniente” (AZEVEDO, 2002, p. 60-61, grifo nosso).

No conceito de capacidade, inseriu-se, por influência do processo civil, a ideia de legitimação, ou seja, não apenas a qualidade intrínseca do agente, mas também o seu interesse jurídico para praticá-lo, ou ainda, aparentemente, a existência de uma “causa pressuposta”, isto é, a existência de uma relação jurídica anterior que lhe dê legitimidade. Assim, por exemplo, o negócio firmado por um mandatário que, obviamente, demanda a existência do mandato. Com base na teoria de Emilio Betti, Rodrigues faz a distinção entre capacidade e legitimidade: “[...] capacidade é a aptidão intrínseca da pessoa para dar vida a negócios jurídicos; legitimação é a aptidão para atuar em negócios jurídicos que tenham determinado objeto, em virtude de uma relação em que se encontra, ou se coloca, o interessando em face do objeto do ato” (RODRIGUES, 1997, p. 173).

Quanto ao objeto, ressalta o autor que não basta que o objeto seja idôneo: é preciso também que não colida com o interesse da sociedade. De sorte que se “[...] trata de vedar aqueles atos cujo escopo atente contra a lei, contra a moral ou contra os bons costumes” (RODRIGUES, 1996, p. 173). Complementa que, em referência aos países causalistas, trata-se dos “atos cuja causa é imoral” (RODRIGUES, 1996, p. 174). Nessa proibição, informa o autor, estariam os atos de alegação da própria torpeza. (Nesse sentido, agora, sob a vigência do código civil atual, parece possível afirmar que são inválidos os atos que contrariem a boa-fé objetiva e contrariem a função social do contrato, tal como será oportunamente sustentado).

No que concerne aos “defeitos do negócio jurídico”, esclarece o autor que aqueles destinados a preservar o conteúdo do que foi declarado pelas partes são denominados *vícios de consentimento*, enquanto os que pretendem preservar terceiros, ou melhor, a sociedade, são ditos *vícios sociais*. De forma didática, ele define os primeiros:

Ocorre o **erro** quando o autor da declaração a emitiu inspirado num engano, ou na ignorância da realidade. O vício recai sobre o próprio consentimento, que não seria manifestado da maneira que o foi, se conhecidas as circunstâncias do negócio. O que marca é o fato de ser espontâneo. [...] Se tal engano, ao invés de espontâneo, foi provocado pelo comportamento malicioso do outro contratante, ou de terceiro com ciência daquele, aparece a figura do **dolo**. Ainda que o defeito recaia sobre o próprio mecanismo volitivo. Também na **coação** o consentimento se mostra defeituoso. A anuência provocada por ameaça, de sorte que lhe falta a imprescindível espontaneidade (RODRIGUES, 1996, p. 182, grifo nosso).

Em todos esses casos de vício de consentimento, o propósito inicial era proteger a pessoa do declarante. Com o tempo, tal foco foi sendo alterado, por força da “teoria da confiança”, de

modo a preservar o destinatário da declaração, que, não raramente, agiu com base nela<sup>57</sup>. Houve, como se vê, a evolução de um enfoque antes individualista para outro socioeconômico, ou seja, voltado ao desenvolvimento dos negócios, do mercado. Hoje, pode-se dizer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

### *3.1.3 Das condições de validade da cláusula de apuração de haveres*

Aqui, não há dúvida sobre a capacidade e legitimidade do agente.

Quanto à exigência de forma (solene), embora pareça uma questão igualmente elementar, é preciso destacar que o legislador elegeu que cabe às partes reger a forma de apuração de haveres (e não somente a sua forma de pagamento, como tem interpretado o Judiciário). Veja que o artigo 1.031<sup>58</sup>, CC, é taxativo na ressalva ao modelo legal, ou melhor, na aplicação subsidiária da lei: “[...] salvo disposição contratual em contrário”. Igualmente, o artigo 668, CPC de 1939, desde muito diz que apuração dever ser feita em primeira ordem: “[...] pelo modo estabelecido no contrato social [...]” (BRASIL, 1939).

O Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, não vigente, reforçou a autonomia das partes para regerem os haveres, tanto no que diz respeito à forma de apuração como a de pagamento. Quanto à apuração, reza o artigo 606: “Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação [...]”. No que se refere à forma de pagamento, fixa o artigo 609: “Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o

<sup>57</sup> O autor contextualiza essa evolução que tem como ponto de partida a teoria da vontade real, passa pela teoria da responsabilidade e alcança a teoria da confiança. Sobre a última, discursa: “Se a declaração difere da vontade, é a declaração que deve prevalecer, pois a pessoa a quem é dirigida decerto não tinha elementos para verificar tal disparidade. Se, entretanto, este contratante conhecia a divergência entre o querido e o declarado, ou se podia descobri-la atuando com mediana diligência, então não sofre prejuízo com o prevalecimento da vontade real sobre a declarada, nem merece que se lhe conceda proteção, pois entrou consciente no negócio, conhecendo os riscos que ameaçavam sua anulação; quis se valer de um engano da outra parte, ou então atuou com negligência, fatos que não o intituam à simpatia do legislador”. Por oportuno, esse debate, que pode parecer ultrapassado para alguns, é bastante atual, por meio da discussão do caráter vinculante das declarações preliminares dos compradores e vendedores de sociedade, bem como da extensão da alegação da cláusula de MAC – Material Adverse Change, importada do direito americano para a prática contratual (societária) brasileira (RODRIGUES, 1996, p. 185).

<sup>58</sup> “Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, **salvo disposição contratual em contrário**, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 2º do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)” (BRASIL, 2015a).

Diz também o Novo Código Processual que o juiz pode rever a forma de apuração (artigo 607), mas, por outro lado, deixa claro que o juiz deve ser deferente ao contrato social. Declara o artigo 604, I: “Art. 604. Para apuração dos haveres, o juiz: II – definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social” (BRASIL, 2015a). Veja que o artigo 607 apenas regula o direito de petição da parte, mas não estabelece, como, aliás, não é possível em uma norma processual, os requisitos materiais para afastar a cláusula de apuração de haveres. O poder de intervir do juiz, como se vê, é orientado e mitigado pelo contrato.

Desde o CPC de 1939, o legislador garante a liberdade das partes para regerem seus haveres, fazendo-o de forma taxativa e destacada (separando forma de apuração e forma de pagamento), mas o Judiciário, com raras exceções, na amostra deste estudo, reconhece tal liberdade apenas no que diz respeito à forma de pagamento. Mesmo o ministro Eduardo Ribeiro, no bem fundamentado voto proferido no REsp. 33.458, em que elucida que a vontade do legislador foi a de que as partes contratassem os haveres, não se opôs à dita *dissolução total simulada*.

Quanto às condições de validade, portanto, conclui-se válida a cláusula de apuração de haveres que fixa forma e pagamento de haveres, mesmo que fixe o reembolso abaixo do respectivo valor de mercado da sociedade.

### 3.1.4 *Dos vícios de consentimento e da reciprocidade da cláusula de apuração de haveres*

Um dos aspectos que nos parece fundamental quando da análise dos vícios de consentimento nos contratos sociais é o fato de que, neste, as obrigações nascem, são estabelecidas sem um sujeito determinado. Em outras palavras, elas se aplicam a todo e qualquer sócio que se enquadre na regra legal estabelecida pelo contrato, seja ele, por exemplo, majoritário ou minoritário, fundador ou recém-ingressante. Na concepção, no ingresso, enfim, antes de aplicação da cláusula, os sócios são substancialmente (materialmente) iguais. Difícil, por isso, defender a ocorrência dos vícios de consentimento.

Antonio Junqueira de Azevedo, em parecer sobre a validade de cláusula de limitação de responsabilidade, bilateral, ou seja, por meio da qual ambos os contratantes renunciam ao dever de indenizar e serem indenizados, chamada pelo direito americano de *cross-waiver of liability*,

esclarece que seu fundamento jurídico é exatamente essa reciprocidade. Diz ele: “[...] na cláusula objeto da consulta, as vantagens e desvantagens são recíprocas. Segue-se daí que um dos princípios fundamentais do atual direito dos contratos – o princípio do equilíbrio contratual, regido pela regra geral da boa-fé objetiva – está respeitado”. Ao final, conclui: “A reciprocidade, portanto, impede a existência de qualquer defeito de contrariedade à boa-fé objetiva e dá a causa justificadora da atribuição de direitos e obrigações” (AZEVEDO, 1999).

Aparentemente, a reciprocidade defendida por Junqueira como fundamento para alegar equilíbrio obrigacional se aplicaria às cláusulas de apuração de haveres na medida em que esta não tem um destinatário específico, ou seja, não se dirige a esse ou aquele sócio.

### 3.1.5 Conclusão parcial

Como se espera ter se demonstrado, não há razão nenhuma para condicionar a validade e eficácia das cláusulas de apuração de haveres à fixação de um valor de reembolso que seja igual àquele resultante da dita *dissolução total simulada* ou, ainda, do valor de mercado da sociedade. Obviamente, isso não significa dizer que se pode privar o sócio retirante do direito de receber os frutos da sua condição de sócio, entre os quais o de receber seus haveres, pagando-lhe valor irrisório, sobretudo quando houver uma assimetria entre as partes, mas tal direito há de ser exercido nos limites do que foi livremente contratado.

Assim, também não há de se falar em vício de consentimento na contratação da cláusula, na medida em que esta, quando da sua concepção, não tem um destinatário específico. Nesse sentido, fundamental destacar que há reciprocidade entre as obrigações das partes.

## 4 OUTRAS MANIFESTAÇÕES DE AUTONOMIA PRIVADA: DAS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E DA DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DO LUCRO

Esta seção tem por objetivo avaliar se as cláusulas de não indenizar seriam aplicáveis às relações jurídicas societárias, particularmente à apuração de haveres, além de destacar a possibilidade de as partes regrem um direito igualmente essencial de forma aparentemente injusta, qual seja, a percepção de lucros, questionando por que não poderiam as partes regrem os haveres com a mesma liberdade com que regrem a distribuição de lucros.

### 4.1 Da lógica das cláusulas de limitação de responsabilidade: não indenizar

Na análise dos julgados que determinaram a aplicação da “dissolução total simulada” por quebra do *affectio societatis*, constatou-se que um dos argumentos usados pelos julgadores, ainda que isso não tenha aparecido de forma expressa, era de que a saída da sociedade gera a perda de oportunidade, por ato involuntário (saída forçada), de perceber seus lucros, o que justificaria o pagamento dos haveres a maior, ou seja, pela forma de apuração mais ampla. A partir desse raciocínio, então, a diferença entre o que seria devido pela regra contratual e aquele que resulta da “dissolução total simulada” teria natureza indenizatória<sup>59</sup>.

Pois bem, a presente subseção parte dessa premissa para questionar: seria lícito às partes limitar o valor da indenização ou, ainda, contratar o dever de não indenizar?

Antonio Junqueira de Azevedo, no já citado parecer, faz crer que sim. Afirma ele que “[...] são nulas as cláusulas de não-indenizar que: exonerem o agente, em caso de dolo; b) vão diretamente contra norma cogente – às vezes, dita de ordem pública; c) isentem de indenização o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação principal; e d) interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais” (AZEVEDO, 1999).

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 746-747), em seu tratado sobre responsabilidade civil, destaca que, de fato, as cláusulas de não indenizar constituem uma exceção e, como tal, têm aplicação limitada. Nesse sentido, não se aplicam aos contratos de consumo (o que reforça a regra de que a categoria contratual impõe um regramento e uma

---

<sup>59</sup> Sob o ponto de vista fiscal, configura-se ganho de capital.

hermenêutica distintas), e nos contratos paritários demandam o cumprimento de alguns requisitos, os quais se discutem a seguir.

- a) Bilateralidade<sup>60</sup> de consentimento, ou seja, não pode ser resultado de um ato unilateral de vontade; ao contrário, deve ser objeto de acordo entre as partes. O que no contrato social, se estabelecido na constituição da sociedade, terá que ser necessariamente assinado por todos os contratantes e, se sob a forma de alteração, demandará participação de 75% do capital, artigo 1.076, I, CC, embora válido para todos os contratantes. Aqui, é importante ressaltar que o sócio que dissente pode se retirar da sociedade sob a égide da regra anterior, com fundamento na Súmula 265, STF.
- b) Não colisão com preceito de ordem pública. Aqui, destaca o autor que “[...] somente a norma que tutele mero interesse individual pode ser arredada pela referida cláusula” (DIAS, 2003, p. 746 apud GONÇALVES, 2007, p. 702). Ora, como dito, os haveres têm natureza patrimonial e, portanto, disponível, enquadrando-se na regra referida. Além disso, o principal fundamento teleológico para autorizar a limitação do valor de reembolso é justamente um preceito de ordem pública: o dever de preservar a empresa. Em tempo, reitera-se que será tratado em tópico próprio da colisão entre os princípios fundamentais, quando se sustentará por que o princípio de preservação da empresa deve preponderar sob interesse individualista do sócio retirante, não raramente, disfarçado sob a forma de exigência de tratamento digno.
- c) Igualdade entre as partes, o que, segundo o autor, impede a inserção nos contratos de adesão, como é o caso do transporte, conforme Súmula 161, STF. Por outro lado, destaca que se admite a contratação de cláusula de limitação de indenização em contrato de transporte marítimo, desde que haja redução da tarifa e o valor da indenização não seja irrisório, ou seja, desde que a parte aderente/contratante tenha um benefício. No caso do contrato social, essa relação vai para superar o estado de igualdade, alcançando o estado de plena reciprocidade, na medida em que as regras são estabelecidas sem que os seus destinatários estejam nominados.
- d) Inexistência de escopo de eximir o dolo ou culpa grave do estipulante, isto é, não pode servir para eximir o delito, o qual, como esclarece o autor, gera

---

<sup>60</sup> Todo contrato é obviamente bilateral, mas não se pode ignorar que nos contratos de adesão, de consumo, os consentimento é mitigado.



responsabilidade extracontratual. Ora, para além desse aspecto, a hipótese de ocorrência de tais defeitos do negócio jurídico é de muito difícil caracterização em razão da impessoalidade das obrigações quando da concepção do contrato. Ressalte-se que, ainda que haja nomeação de um sócio administrador, o dever de pagar o reembolso não é dele, em nome próprio, mas, sim, da sociedade, de sorte que a obrigação permanecerá impessoal até que algum sócio se retire.

- e) Ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função: “[...] a cláusula de não indenizar não pode ser estipulada para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante” (GONÇALVES, 2007, p. 747). Aqui, é preciso lembrar que, no tocante aos haveres, seguindo a lógica da jurisprudência, teria natureza indenizatória o valor excedente do reembolso, ou seja, aquele acréscimo resultante entre o valor fixado pela regra contratual e o determinado pelo “método” da “dissolução total simulada”. Ora, em sendo assim, o cumprimento da obrigação inerente à cláusula de apuração de haveres restringe-se ao valor contratado, e não ao excedente.

O autor destaca ainda que a cláusula de não indenizar é comumente estabelecida em vários contratos, como, por exemplo, nos de venda e compra, no que toca à metragem da área, quando se estabelece cláusula *ad corpus*; à qualidade da coisa, quando o comprador assume o risco pela evicção, e eventual vício redibitório e/ou oculto. Igualmente, na assunção de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, artigo 393, CC.

Enfim, aquilo que poderia parecer um descabro ou até imoral se revela, ao contrário, uma prática contratual bastante recorrente em contratos paritários. Não há, então, razão para sustentar que não seria aplicável aos contratos sociais, empresarial, especialmente quando existe razões de ordem pública para fazê-lo, qual seja, preservar e desenvolver a sociedade e o mercado.

#### **4.2 Da distribuição desproporcional dos lucros<sup>61</sup>**

A participação nos resultados da empresa representa a principal motivação para qualquer pessoa se unir a outras, numa sociedade empresária. Tanto os sócios com perfil empreendedor como os de investidor buscam, ao contratar a constituição da

---

<sup>61</sup> A distribuição de lucros é tema complexo a merecer tratamento autônomo. Não se pretende fazê-lo aqui. Entende-se oportuno, contudo, traçar o paralelo no tocante à liberdade de contratar.

limitada, obter retorno do capital nela empregado, em níveis que superem (ou, ao menos, igualem) os oferecidos por outras alternativas de investimentos existentes no mercado. A repartição dos lucros da sociedade é o principal fator de atração de interesse dos sócios; e corresponde, no plano jurídico, a direito inerente à titularidade da quota social (COELHO, 2011, p. 421).

É assim que Fábio Ulhoa Coelho inicia o tópico sobre a distribuição de lucros. Em tempo, neste estudo, não se concorda com a feição dada ao lucro, porque sugere que não há risco no investimento societário, quando, ao que tudo indica, a lógica é oposta. Mesmo na sociedade limitada, o ingresso de novos sócios ou a pluralidade de sócios é também mecanismo de financiamento, no qual o custo do capital é menor e o risco é compartilhado. Seja como for, o que motiva tal citação é a demonstração da importância da distribuição dos lucros para a sociedade e os sócios.

O fato de ser fundamental, todavia, não levou o Estado a dirigir o contrato, impondo conteúdo à respectiva cláusula de distribuição. Em verdade, o que fez foi, de um lado, obrigar as partes a regerem, artigo 997, VII, CC, dando-lhes liberdade para reger a forma, artigo 1.007, CC, e, de outro lado, fixou limite, qual seja, o impedimento que algum sócio seja, individualmente (coletivamente, os sócios podem deliberar pela não distribuição de lucros), excluído da percepção dos lucros ou assunção das perdas.

Podem as partes, então, nos termos do artigo 1.007, CC, estabelecer que os lucros sejam distribuídos de forma desproporcional ao capital social. Ora, se o capital é o que foi investido pelo sócio para constituir ou ingressar na sociedade, dele esperando contrapartida, não ocorreria também o enriquecimento sem causa daquele que recebeu valor a maior do que a fração da quota titularizada? Supostamente sim. No entanto, a questão, tal como ocorre com a apuração de haveres, é que há um negócio jurídico idôneo a justificar tal enriquecimento: o contrato social.

Veja que a lei não exige nenhum outro requisito. Respeita os motivos internos da sociedade para autorregulamentar as suas relações ou, ainda, os critérios de conveniência e oportunidade construídos pela sociedade.

Em tempo, é comum que, em sociedades profissionais, o critério de divisão esteja relacionado à capacidade de geração de receita do sócio, o que, diga-se, parece muito justo. Assim também descreve Caio Julius Bolina (2009, p. 318):

Normalmente, a partilha dos resultados é feita na proporção da participação de cada sócio no capital social, ou seja, na proporção de sua quota. É o que ocorre na grande maioria das sociedades. Mas os sócios, permite a lei, podem dispor de modo diverso, o que é frequente sobretudo nas sociedades integradas por profissionais liberais, nas

quais a partilha dos resultados muitas vezes está relacionada à proporção das receitas geradas por cada sócio, ou seja, desproporcionalmente à participação no capital social.

Há outras, contudo, em que o critério é de antiguidade, de modo que, por exemplo, os sócios constituintes (fundadores) recebem um valor adicional. Participamos de um caso de uma numerosa sociedade profissional em que os sócios mais novos destinavam parte dos seus resultados para constituir um fundo, cujos rendimentos seriam usados para custear uma espécie de “previdência privada” dos sócios mais velhos. Veja, então, que o critério é o mais variado.

Feitas tais observações, não se pôde localizar qualquer fundamento para atribuir uma margem de liberdade menor aos sócios de regerem seus haveres do que esta que lhes fora concedida para fixar a distribuição de lucros. A redação do artigo 1.031, CC, assim como o 668 do CPC de 1939 e do Novo Código de Processo Civil, sugere igual liberdade contratual.

### **4.3 Conclusão parcial**

Parece ter ficado claro que as cláusulas de não indenizar podem ser embutidas nas cláusulas de apuração de haveres, como também que os seus requisitos de validade, em verdade, não se distanciam daqueles da própria cláusula de apuração, notadamente porque a relação é paritária e as obrigações recíprocas. Além disso, o que pode parecer uma prática abusiva compõe a rotina da alocação de riscos dos contratos paritários, como, por exemplo, a assunção dos efeitos do caso fortuito

Contudo, é fundamental ao reconhecimento e respeito pelo Judiciário do pacto de não indenizar que ele esteja expresso (nomeado) e fundamentado. Entre os fundamentos, parece ter grande importância uma razão de ordem pública, qual seja, a função social da empresa, como também um dos seus mais importantes fatores de cumprimento: a capitalização. Em outros termos, empresa quebrada não cumpre função social. É preciso que esteja capitalizada para se desenvolver. Isso, então, precisa constar nos instrumentos societários.

Finalmente, não se pode olvidar que o direito econômico (em contraposição ao político de, por exemplo, participar das deliberações) mais importante (não o único) ao sócio é o de perceber lucros. O recebimento dos haveres, em certa medida, poderia ser visto como uma derivação desse direito, qual seja, de ressarcimento pelo capital investido. Ora, se podem as partes regerem de forma desigual a distribuição de lucros, não faz o menor sentido que não tenham a mesma liberdade para reger seus haveres.

## 5 DAS RAZÕES DE ORDEM PÚBLICA: A BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL

Esta seção tenta responder às seguintes questões: o princípio da boa-fé, entendido como princípio de justiça, concretizado sob a forma de equilíbrio contratual (e vedação ao enriquecimento sem causa), usado pelo Judiciário, estaria sendo aplicado de forma adequada às relações empresariais? A sua aplicação, nesse campo do Direito, seria igual àquelas típicas do direito do consumidor? Além disso, estaria ele sendo interpretado a partir de outros princípios que recomendariam o desenvolvimento da sociedade a partir do comportamento adequado (leal e probo) das partes, de modo a fazer cumprir a função social da empresa, sendo, estes, respectivamente, os princípios da preservação da empresa, da (própria) boa-fé objetiva (com base na teoria da confiança) e da função social? Ou seja, seria essa interpretação ponderada?

### 5.1 Das razões de ordem pública: boa-fé objetiva e função social

Na obra de referência sobre apuração de haveres, Hernani Estrella defende, ainda sob a égide do voluntarista Código Civil de 1916<sup>62</sup>, que o fundamento para o regramento da cláusula seria os princípios da autonomia da vontade e da segurança jurídica, dada a necessidade de previsibilidade para o desenvolvimento dos negócios. Dizia ele, então, que eventual injustiça haveria de ser suportada pelas partes em prol de tais princípios, inclusive porque os princípios que conduziram à revisão da cláusula não se aplicariam ao direito comercial, particularmente ao societário. Diz ele:

Assim concebida, **a convenção reveste-se de certo caráter aleatório para ambas as partes**, cuja **previsão pode falhar**, a detrimento de uma ou outra delas. **Nem por isto, seria lícito à sociedade ou ao sócio subtrair-se o seu império. O risco conscientemente assumido** pelos pactuantes os coloca nessa contingência. É que, se o contrato, do ponto de vista das partes, encerra uma tentativa de inclusão do futuro dentre de suas respectivas previsões, estas podem, no entanto, irrealizar-se. A despeito disto, **a segurança das relações jurídicas não consente ofensa ao avençado. A**

---

<sup>62</sup> Fundamental essa ressalva, porque à época vigorava o liberalismo contratual.

**garantia de certeza compensa o possível sacrifício econômico [...]** (ESTRELLA, 2010, p. 144, grifo nosso)

[...] **aos princípios da moral, da equidade, da lesão, do enriquecimento sem causa, do abuso de direito, da imprevisão e da revisão do contrato** para, em dadas hipóteses, decidirem sobre a aplicação da cláusula ora em estudo. [...] **Pelo que toca ao direito comercial, em gênero, e ao direito das sociedades, em particular, se nos afiguram inaplicáveis ditos princípios e instituições** (ESTRELLA, 2010, p. 105, grifo nosso).

Ainda que se concorde com Estrella sobre o postulado da previsibilidade, esta tese diverge da dele na medida em que não é a liberdade desmedida das partes que autoriza o regramento dos haveres<sup>63</sup>, mas, sim, o seu exercício funcional, ou seja, voltado ao desenvolvimento da sociedade, constituindo a cláusula de apuração de haveres como seu instrumento (alinhado ao princípio de preservação da empresa). Em outras palavras, são justamente (embora não só) os princípios relacionados à função social da empresa e ao dever de boa-fé que dão amparo às cláusulas de apuração de haveres.

Em posição oposta a Estrella, embora sob a égide do Código Civil atual<sup>64</sup>, a professora Judith Martins-Costa inicia seu artigo sobre a função social dos contratos fazendo a defesa da aplicação desse princípio ao direito da empresa. Diz ela:

O princípio da função social,<sup>2</sup> ora acolhido expressamente no Código Civil (arts. 421 e 1.228, § 1.º) constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado,<sup>3</sup> projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3.º, III, in fine). Conquanto expresso no Código em tema de propriedade e contrato, o princípio manifesta-se também no Direito da Empresa:<sup>4</sup> conjugando os fatores da produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), **as empresas têm, indiscutivelmente, dimensão transindividual ou comunitária**. Assim, embora o silêncio do Código sobre a função social ao regular o

<sup>63</sup> A propósito da posição de Estrella, manifesta-se Rubens Requião: “Pensamos que o juiz ao verificar a desatualização dos valores do balanço tem o arbítrio de determinar que a apuração dos haveres seja feita pelos valores reais, e não pelos valores contabilizados. Essa decisão tem seu apoio na teoria que condena o enriquecimento injusto ou sem causa, perfeitamente aplicável, ao que tudo indica, ao direito comercial, malgrado a insistente negativa do professor Hernani Estrella, em seu livro *Da apuração de haveres*” (REQUIÃO, 2003, p. 328).

<sup>64</sup> A propósito da distinção dos princípios no Código de 1916 e de 2002, destaca a professora que, no de 1916, o princípio da função social não foi mencionado, como também que lá os princípios (*lato sensu*) desempenhavam função apenas supletiva ou argumentativa, ou seja, eram chamados a completar lacunas. No dizer dela: “Enquanto no Código de Beviláqua a principiologia vinha implícita – cabendo ao intérprete deduzir os princípios a partir da racionalidade do sistema –, no Código de 2002 os princípios vêm explícitos, inaugurando a própria disciplina contratual. [...] A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916, era uma *ausência eloqüente*: indicava um certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção, interpretação e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou argumentativo, sendo chamados a atuar no caso de lacunas ou para confirmar a razão de ser de determinada regra. [...] Já agora o panorama é diverso. Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, estão a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Os princípios compõem, cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais. Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de *normas produtoras de normas*” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 42-43).

Direito da Empresa, não há dúvida sobre a sua base constitucional<sup>5</sup> e sistemática (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41, grifo nosso).

Será feita, então, uma breve análise da boa-fé objetiva como fundamento para o *enforcement* da cláusula de apuração de haveres, assim como da função social da sociedade e do contrato (social). Para tanto, distinguem-se os “campos” de atuação da boa-fé (consumerista, civil e empresarial) e faz-se também uma breve reflexão do que seria a álea ordinária do contrato social.

## 5.2 Da boa-fé objetiva: feições no direito do consumidor e no direito civil

Inicialmente, cumpre esclarecer que não é objetivo do presente trabalho estudar a boa-fé objetiva. O propósito é apenas chamar atenção para dois pontos principais:

1 – o primeiro, como já se adiantou, é que o Judiciário construiu um conceito particular de boa-fé objetiva, com esteio nas relações de consumo, cuja função é equilibrar as obrigações entre os contratantes, sob o pressuposto de vulnerabilidade de um deles, o qual não deveria se aplicar às relações paritárias<sup>65</sup>, especialmente às relações societárias, já que não há nestas, em regra, parte hipossuficiente<sup>66</sup>;

2 – no campo das relações paritárias, a boa-fé objetiva, calcada na teoria da confiança<sup>67</sup>, impõe um comportamento leal e probo aos contratantes, que se materializa em um dever de colaboração entre eles, voltado ao adimplemento do contrato.

Quanto ao primeiro ponto, destaca Martins-Costa que às funções básicas da boa-fé<sup>68</sup> (cânone hermenêutico e integrativo, como fonte de deveres anexos e limite ao exercício de

<sup>65</sup> No dizer da professora Judith Martins-Costa, “[...] conforme o espaço jurídico no qual atua a boa-fé apresentará diferentes feições e diversas funções”. A professora denomina esse espaço de *campos jurídicos* a saber, o das relações de consumo; das relações que, à falta de melhor designação, pode-se de chamar de *direito comum*; e o das relações empresariais, as quais, para ela são aquelas abrangidas pelo Código Civil, leis e regulações de Direito Societário” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 389).

<sup>66</sup> Vale lembrar que a cláusula de apuração de haveres se aplica a todos os sócios, inclusive aos majoritários. Além disso, ainda que o caso concreto seja de aplicação em benefício de um sócio minoritário, não se pode presumir que seja este hipossuficiente.

<sup>67</sup> Veja o comentário de Martins-Costa (2008, p. 402): “[...] a colaboração devida, em razão da boa-fé, não há de ser uma ‘qualquer colaboração’, mas uma colaboração pautada pela finalidade econômico-social do negócio; pelo regramento legal incidente, ou pelo regramento negocial acaso pactuado, ou decorrente dos usos, no espaço que lhes é concedido ordem jurídica; pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e os demais princípios do Direito das Obrigações, de modo especial pelo respeito à legítima confiança que, como valor social de base, explica e garante a vinculabilidade jurídica”.

<sup>68</sup> Oportunamente, a propósito das funções da boa-fé objetiva, didaticamente, ensinam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2005, p. 36): “[...] a boa-fé não pode servir a qualquer fim. A doutrina brasileira, na esteira

direitos subjetivos) o direito do consumidor, por meio do artigo 4º, do CDC, acresceu uma nova função: “[...] a função corretora do desequilíbrio contratual” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 393), a qual, a despeito de ter por pressuposto fático e normativo a “[...] vulnerabilidade de consumidor” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 395), acabou por se alastrar para os demais “campos jurídicos”, por força de uma interpretação equivocada da jurisprudência. Segundo ela, “[...] a questão está em determinar se uma idêntica chave de leitura da boa-fé objetiva será adequada para o tratamento das relações obrigacionais que não apresentam no seu substrato uma tal assimetria de poderes sociais, tal qual ocorre nas relações de direito comum ‘paritárias’ e as relações interempresariais” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 396-397). E conclui, ao final, que a correta compreensão da operatividade da boa-fé passa pela formação de uma nova pré-compreensão do Código Civil e da própria boa-fé, a partir do diploma civil, e não do consumidor.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber destacam que a distância entre o conceito e a aplicação da boa-fé objetiva nas relações de consumo e nas civis decorre da interpretação e uso equivocado feitos pelo Judiciário. A boa-fé, mesmo no direito do consumidor, segundo a dicção do artigo 4º, III, CDC, tem por escopo impor conduta leal e proba aos fornecedores e consumidores.

Nesse sentido, pode-se dizer que, para os autores, o Judiciário errou duas vezes. Primeiro quando distorceu o conceito de boa-fé nas relações de consumo e, segundo, quando expandiu esse conceito distorcido para as relações paritárias, o que é ainda mais grave. Expõem:

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma

---

dos autores germânicos, atribuiu à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade. [...] Na primeira função, alude-se a boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-se, assim, a interpretação que dê a uma posição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra. O novo Código Civil consagrou, em seu artigo 113, o papel hermenêutico da boa-fé objetiva. [...] No que tange à segunda função indicada, a boa-fé vem servir de limite para o exercício de direito no âmbito de uma relação contratual. Afigura-se, assim, como critério para diferenciação entre o exercício de exercício regular e o exercício irregular ou abusivo – e, portanto, vedado – de direitos frente à outra parte na relação contratual. Tal função da boa-fé foi incorporada no artigo 187 do novo Código Civil, que definiu de forma eclética a figura do abuso de direito. [...] Por fim, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe-se às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento e informação”.

função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir. – Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação de qualquer consideração concreta. [...] Daí a importância de se buscar, com o advento do novo Código Civil, definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial das suas funções e seus limites (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 39).

Quanto ao segundo ponto (relações paritárias), então, nos dizeres dos mesmos autores, “[...] o que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 39), tendo por limite a própria função do contrato, ou melhor, “[...] a própria função social e econômica do contrato que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 38).

Particularmente, no tocante às relações societárias, Martins-Costa<sup>69</sup> destaca que “[...] maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé quando os interesses em jogo não são contrapostos” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 402), sendo a sociedade o *locus* onde tal dever de colaboração encontra seu ápice. Precisamente: “[...] mais intensa, ainda, será a incidência dos deveres de cooperação, consideração, tutela e lealdade quando as relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo, como as relações de sociedade: então, a cooperação se manifesta em sua plenitude (*‘nostra res agitur’*)” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 403). Essa plenitude, alerta, se manifesta, obviamente, também na forma como o direito das partes é exercido<sup>7071</sup>.

<sup>69</sup> Em tempo, destaca a autora que a aplicação da boa-fé se faz pela ponderação. Diz Robert Alexy (apud MARTINS-COSTA, 2008, p. 401): “[...] a relação entre princípios é sempre uma relação de ponderação e de ‘precedência condicionada’”. Mais adiante, a autora diz que os deveres oriundos dos princípios têm aplicação de “[...] forma escalonada tendo em conta a concreta relação jurídica de base” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 402). Igualmente, enfatiza que esta, como “[...] cláusula geral do comportamento contratual”, se concretiza em razão da estrutura das relações jurídicas em que está locada, ou seja, quem são as pessoas dos contratantes, a relação de força entre eles, a complexidade do negócio, a natureza dos interesses – contrapostos, alheios, comuns –, etc. (MARTINS-COSTA, 2008, p. 400).

<sup>70</sup> “Pode ainda a boa-fé ampliar aqueles deveres legais: se é bem verdade que a relação exemplificativa do art. 117 caracteriza o abuso de poder em relação ao fim visado, quando incidir o art. 187 do Código Civil teremos o exercício inadmissível da posição de administrador referente ao meio empregado. Assim seria, por exemplo, a adoção de determinada conduta – em si mesma lícita – que, pelo modo e pelas circunstâncias implicasse deslealdade aos demais sócios” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 417).

<sup>71</sup> Parece possível interpretar como desleal a pretensão do sócio que, tendo pactuada determinada forma de apuração de haveres, se volte contra ela quando da sua retirada. Poder-se-ia estar diante de “exercício inadmissível de posição jurídica”, afinal, tem-se que a retirada, obviamente, é legítima, agora, a insurgência sobre a sua forma apenas no momento da retirada torna seu exercício ilícito. Assim, também a divergência



Enfim, considerando que i) o contrato social tem por finalidade estruturar o desenvolvimento da sociedade; ii) a cláusula de apuração de haveres pode ser (ou seja, tem potência para ser) uma peça importante nessa estrutura, como será mais bem explorado nas seções seguintes; iii) a boa-fé objetiva no âmbito das relações paritárias (incluindo-se as societárias) impõe, de um lado, um dever de colaboração às partes voltado ao adimplemento do contrato (desenvolvimento da sociedade) e, de outro lado, um dever de agir de forma leal e proba, que afasta condutas oportunistas, como a insurgência contra a regra de apuração de haveres apenas na oportunidade retirada<sup>72</sup>, parece possível concluir que o Judiciário empregou a boa-fé objetiva de forma imprecisa.

### **5.3 Da qualidade das partes contratantes, da categoria do contrato social e da álea ordinária**

Nos comentários aos julgados nas seções anteriores, um dos pontos destacados como positivo foi a consideração pelo Judiciário, ainda que esta não tenha sido a regra, da qualidade sofisticada das partes para dar robustez ao pacto. Em outras palavras, o fato de não se tratarem de hipossuficientes fez afastar a alegação da existência de lesão e/ou vícios de consentimento, o que majorou a força vinculante da cláusula de apuração de haveres (Ap. 9130401-03.2001.8.26.0000)

Na linha desse comentário e das observações sobre a aplicação da boa-fé objetiva ao campo do direito empresarial, Kleber Luiz Zanchim (2012) destaca que os contratos podem ser enquadrados em três categorias: consumo, paritário e empresarial, sendo que o que distingue o primeiro dos dois últimos é justamente a qualidade das partes. Segundo o autor, no primeiro caso, há uma situação de vulnerabilidade (técnica, jurídica e fática) de um dos contratantes, o

---

oportunistica, não antecipada, caracteriza descumprimento de dever de informação do sócio. Reiterando que, se a regra foi deliberada após o seu ingresso, caber-lhe-ia exercer o direito de recesso, nos termos do artigo 1.077, CC, quando da aprovação, retirando-se da sociedade sob a égide da norma anterior, nos termos da Súmula 265, do STF.

<sup>72</sup> Ao comentar o artigo 187, enfatiza ainda que este suscitou “[...] uma nova leitura, ampliativa, [...] inserindo novos deveres, como os de informação, ou maximizando o dever de lealdade, para direcioná-lo à boa-fé objetiva”. Nessa mesma linha, destaca que, de um lado, houve um “[...] direcionamento da cooperação à boa-fé como regra de lealdade intrassocietária e como fonte dos deveres de informação” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 414), ou seja, novos deveres foram criados, os que já existiam foram ampliados, tendo ambos se voltado também para a relação intrassocietária.

consumidor, que o torna hipossuficiente, justificando a intervenção estatal no contrato, seja da lei, seja do Judiciário, de modo a compensar o desequilíbrio congênito das partes.

No segundo grupo, ao contrário, as partes são hipersuficientes e têm, portanto, capacidade técnica e jurídica para avaliar seus atos e consequências, como também para regradar um número maior de situações que poderiam, se não resolvidas, conduzir à revisão do contrato. Na solução de tais situações, ocorre uma distribuição dos riscos do negócio<sup>73</sup>, alocando para um ou para outros eventuais prejuízos. A absorção desses prejuízos compõe o que se chama de *álea do negócio*<sup>74</sup>. Conclui, assim, que os fatos autorizadores da revisão contratual são aqueles que extrapolam a *álea* típica do negócio. Diz ele: “[...] antes da intervenção judicial em um contrato, deve-se perguntar primeiro se [...] o evento está na *álea* ordinária, natural ou comum do contrato [...] Se sim, afasta-se a revisão. Se não, ela se justifica” (ZANCHIM, 2012, p. 135).

Ora, ao que tudo indica, um dos deveres impostos aos sócios está em suportar a *álea* do contrato, não apenas do ponto de vista externo, isto é, suportar os prejuízos da sociedade (ainda que isso não ocorra diretamente na sociedade limitada, cuja responsabilidade é limitada ao capital social), mas também sob o ponto de vista interno, na relação entre os sócios. Nesse ônus, inclui-se o de cumprir a cláusula de apuração de haveres. Trata-se de *álea* ordinária do negócio.

Nos julgados analisados, porém, a feição dada à boa-fé foi preponderantemente a consumerista, e não a empresarial; notadamente para fundamentar as decisões que afastaram as cláusulas de apuração de haveres que estabeleceram forma de apuração restrita, ou seja, que, por exemplo, não incluíram os ativos imateriais (fundo de comércio, marca, etc.) e/ou que consideraram o valor contábil, considerando as respectivas cláusulas leoninas (REsp. 1.444.790 SP).

Contudo, ainda que a feição adotada esteja equivocada, é preciso pontuar que a percepção de equilíbrio depende de como os riscos foram alocados no contrato. Assim, por exemplo, se uma das partes assume obrigações mesmo na hipótese de caso fortuito (art. 393), é irrazoável que alegue desequilíbrio das prestações quando de sua ocorrência (caso fortuito).

A boa-fé objetiva, nesse cenário, empresarial e não consumerista, cumpre o papel exatamente oposto ao pretendido pelo devedor, qual seja, o de forçá-lo a cumprir a obrigação em razão da legítima expectativa da outra parte em ver o contrato cumprido. Nesse exemplo, é

---

<sup>73</sup> O autor define *risco contratual* como sendo a “[...] probabilidade de, independentemente da vontade das partes, determinado evento impactar a relação entre as prestações delas”. E esclarece: “Ao contrário da responsabilidade civil, o risco contratual não é provocado pelos contratantes e já está ‘internalizado’ no contrato, devendo apenas ser distribuído” (ZANCHIM, 2012, p. 134).

<sup>74</sup> Ele conceitua *álea* como a “[...] possibilidade de perda patrimonial desvinculada do comportamento da parte” (ZANCHIM, 2012, p. 135)

possível admitir que uma das razões que levou uma das partes a contratar, pagando mais ou menos pelo objeto do contrato, tenha sido essa alocação de riscos. A boa-fé, destarte, é garantidora da confiança dos contratantes e, por conseguinte, do mercado, e não da justiça contratual observada do ponto de vista individualista.

É com base nessas distinções de boa-fé que conclui Zanchim a forma pela qual o Judiciário deve se sentir autorizado a intervir no contrato, afirmando:

Cada categoria tem uma dimensão de álea natural e outra de álea extraordinária, áleas estas que contemplam respectivamente eventos previsíveis, que não ensejam a revisão judicial, e eventos imprevisíveis, que a impõem. Assim, mesmo que se utilize a boa-fé como orientação das medidas de reestabelecimento do equilíbrio contratual, será necessário fazer estudo específico do contrato para identificar em que tipo de álea se enquadra o evento desestabilizador das suas prestações. Essa análise pelo risco, critério concretizador da boa-fé em cada avença afetada por alterações das circunstâncias (ZANCHIM, 2012, p. 129-130).

O autor cita várias legislações que fixam como requisito da revisão contratual a álea extraordinária. É o caso da parte final do artigo 437 do Código Civil Português, que autoriza a revisão contratual: “[...] desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (PORTUGAL, 1966).

O que se nota no conjunto dos julgados é uma certa tendência que poderia ser chamada de *paternalista*, em que se privilegia o interesse individualista do retirante, em detrimento da proteção da sociedade, daqueles que com ela contratam e, em última instância, do mercado. Ao que tudo indica, a partir da amostra analisada, o Judiciário, salvo exceções, não reconhece a importância da previsibilidade do comportamento das partes para o desenvolvimento econômico do país ou, ainda, não reconhece a sua função de também proteger o mercado<sup>75</sup>.

Bem, felizmente, neste estudo, há uma amostra, Ap. 9130401-03.2001.8.26.0000, em que a boa-fé objetiva foi usada para dar *enforcement* à cláusula de apuração de haveres, sob a forma de *venire contra factum proprium*<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Ainda que não caiba aqui uma grande reflexão sociológica, a postura do Judiciário é reflexo de um certo ranço da sociedade brasileira em relação ao modo de produção capitalista, o que não raramente se reflete em um certo preconceito contra o empresariado ou, ainda, uma certa presunção de inidoneidade dos agentes de mercado. A justiça do trabalho é o *locus*, ou, mais precisamente, é o palco de todos esses eventos. Enfim, essa percepção de desconfiança, em algum grau, parece explicar as estruturas burocráticas do país. Essa visão representa o “Custo Brasil” do Judiciário.

<sup>76</sup> Aqui, houve uma feliz coincidência, a apelação foi relatada pelo desembargador Cláudio Godoy, o qual, na condição de doutrinador, assim definiu o instituto: “[...] o ‘venire contra factum proprium’, de seu turno, representa máxima pela qual se evidencia, também, o princípio da boa-fé objetiva, na sua função restritiva de direito subjetivo, significando o exercitá-lo em contradição com comportamento anterior, externado pelo próprio indivíduo. Procura-se, aqui, evitar a contraditoriedade e os efeitos dela decorrentes a outrem. Segundo Menezes

É preciso lembrar, contudo, que a cláusula estabelecia o pagamento de um ágio ao retirante, e não de um deságio, ou seja, foi fixada em seu benefício; e não se tem a mesma convicção de que seria mantida se o benefício tivesse sido estabelecido em proveito da sociedade. Isso porque a boa-fé objetiva sob a forma de *venire contra factum proprium*, embora cabível aos demais casos, não foi usada em nenhum outro.

Outrossim, deve-se ponderar que, se de eventual negociação de cláusula de haveres surgir posição de vantagem de uma parte sobre a outra, tal vantagem seria potencialmente lícita. Nesse sentido, embora se referindo a contratos de interesses contrapostos e não comuns, como o de sociedade, bem esclarecem Tepedino e Schreiber que a boa-fé não implica sacrifício de posições contratuais vantajosas. Dizem:

Justamente por não exigir a proteção aos interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente a colaboração daqueles interesses objetivamente extraídos da própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. [...] A boa-fé, seja por meio da imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exercer abusivamente (em contrariedade aos deveres anexos) os direitos contratuais, não implica renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional. [...] A concorrência por posições de posições prevalentes e em certo grau de disputa em prol de interesses contrapostos é inerente a qualquer negócio jurídico (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 40-41).

Enfim, parece que, em regra, cabe ao sócio suportar, em respeito à boa-fé objetiva, eventual prejuízo decorrente da aplicação da cláusula de apuração de haveres, ou, em outras palavras, cabe-lhe suportar a álea ordinária do negócio “sociedade”.

#### 5.4 Conclusão parcial

Brevemente, fez-se um grande esforço para distinguir, como ensinou Judith Martins-Costa, os “campos” de incidência da boa-fé no direito brasileiro, tentando aclarar que, se nas

---

Cordeiro, a fórmula, para sua configuração, “[...] postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”. Em outros dizeres, não se reclama que o *factum proprium* seja em si ilícito (dando azo à alegação da própria torpeza, depois, o que se veda) ou mesmo que o comportamento que ele consubstancia tenha sido movido ainda que por culpa, nas suas diversas modalidades. Isso porque, como observa Judith Martins-Costa, “[...] na base da regra do *venire* está a tutela da confiança da contraparte, da expectativa que lhe foi criada e de que não é elemento, ainda na correta advertência da autora, a negligência culpável de quem exerce, até então indevidamente, o direito” (GODOY, 2009, p. 89).

relações de consumo tem ela função equilibradora das relações jurídicas, no “campo” do direito empresarial, ela impõe às partes um padrão de conduta, leal e probo, forçando as partes a cooperarem. Cada parte cumpre com sua obrigação sob a premissa (sob a confiança) de que a outra também o fará ou, ainda, a causa de atribuição da obrigação de um é a do outro. Igualmente, deve-se destacar que as relações societárias são o *locus* onde este dever de cooperação encontra seu ápice.

Dito isso, parece ter restado claro que a interpretação, ou melhor, o uso do princípio da boa-fé objetiva para afastar a aplicação da cláusula de apuração de haveres foi equivocado, em desrespeito ao artigo 113, CC. Especificamente quanto ao exercício do direito de retirada, veda a boa-fé objetiva o *venire contra factum proprium*, fato este que ocorreu em todas as lides, mas que só foi reconhecido (na amostra analisada) para beneficiar o retirante (e, por conseguinte, prejudicar a sociedade), em desrespeito ao artigo 187, CC e descumprimento dos deveres anexos impostos pela boa-fé, entre eles o de suportar eventual perda decorrente da retirada (álea ordinária).

## 6 DA FUNÇÃO SOCIAL

A professora Judith Martins-Costa, quando trata do princípio da boa-fé, destaca que sua aplicação se dá habitualmente em conjunto com outros princípios. No caso deste estudo, ganha destaque o princípio da função social da empresa (da propriedade dos meios de produção) e do contrato (social), que, entre outras coisas, obriga a olhar a relação societária para além dos vínculos entre os sócios, projetando-a para os não sócios. Como ela própria destaca: o grupo dos contratos que instrumentalizam a propriedade de bens de produção tem uma interface direta com o princípio da **função social da empresa** e com o princípio da **função social da propriedade**. Em ambos os campos, a nota dominante é a da **prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais** (MARTINS-COSTA, 2005, grifo nosso).

O reconhecimento dessa função social fundamenta o princípio de preservação da empresa, que fora usado pelo Judiciário para autorizar o pagamento parcelado dos haveres, mas foi insuficiente para conceder às partes, em boa parte dos casos analisados, liberdade para contratar a forma de apuração de haveres. Nesta seção, ainda que brevemente, busca-se entender o ponto de contato entre o princípio e apuração de haveres e investigar se faz sentido tal limitação.

### 6.1 Função social da empresa e apuração de haveres

A doutrina da função social da empresa tem como ponto de partida as sociedades anônimas<sup>77</sup>, mas parece possível aplicá-la para as demais sociedades, especialmente a que é o tipo objeto deste trabalho: a limitada. Veja, por exemplo, o caso das cooperativas, cuja relevância social é enorme e a organização é de sociedade simples, por imposição legal. Veja também as limitadas de grande porte, cujos faturamentos ultrapassam R\$ 300 milhões e que adotam a forma de sociedade limitada. A função social, portanto, tem mais a ver com as atividades exercidas pela sociedade (impacto social) do que com o seu enquadramento legal (sem prejuízo de o referido artigo 1.053 ter autorizado o regramento subsidiário da LSA).

---

<sup>77</sup> Calixto Salomão (2002), em texto citado por Martins-Consta, fala em a “grande empresa”.

O professor José Marcelo Martins Proença descreve a relevância social, ou, de outra forma, a situação fática que demanda o adequado regramento da empresa, seja do ponto de vista interno, no regramento da relação entre os sócios, seja do ponto de vista externo, na interação da empresa com a comunidade. Diz ele:

A moderna sociedade anônima necessita e utiliza-se de um grande capital, nela intervêm milhares de trabalhadores, carece de modernas e complexas tecnologias, ou seja, a sociedade moderna configura o ponto de encontro dos homens para a ação em comum. É nela que se exprimem as tensões no tocante à partilha dos papéis e do proveito entre todos os que contribuem para a produção. Ela traz efeitos para os trabalhadores e suas famílias, para os fornecedores, para o meio ambiente, para os concorrentes, ou seja, a sociedade anônima moderna é dotada de imenso poder, influenciando a vida de todo um povo a importar e justificar, necessariamente, o reconhecimento do seu dever social, sua responsabilidade social (PROENÇA, 2008, p. 6).

Ora, é essa tal responsabilidade social, que justifica a preservação da empresa. Responsabilidade que também pode ser denominada *função social*, sobretudo quando se considera a relação da sociedade com os não sócios.

A sociedade é, portanto, o *locus* de conciliação entre os interesses dos sócios, entre si, mas também destes com aqueles que não são sócios, mas que são fortemente dependentes ou impactados pela sua atividade<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> O professor Proença defende também que a relação entre os sócios se resolve na possibilidade de participação dos sócios minoritários no processo de tomada de decisão, mas que a legislação concentrou esforços em garantir-lhes direitos quando da saída, nos termos dos artigos 4º, 4º – A, 254 – A, entre outros (o que teria atrapalhado o desenvolvimento do mercado de capitais no país e incentivado a criação do “novo mercado”, no qual as regras de proteção à participação dos minoritários são mais enfáticas). Diz ele: “[...] a preocupação com o minoritário reside em protegê-lo quando da saída da sociedade [...] e não na concessão de direitos maiores e melhores para a sua permanência e defesa dos interesses desse grupo [...]. Frise-se que a manutenção desse modelo contratualista dificulta sobremaneira a evolução do mercado de capitais nacional e, em face do equívoco do legislador, faz nascer o Novo Mercado da BOVESPA onde, [...], cria-se um ambiente favorável para o desenvolvimento do mercado de capitais, indispensável para o desenvolvimento econômico e social do País” (PROENÇA, 2008, p. 11). Grosso modo, então, o que fez a legislação foi premiar a saída e desincentivar a permanência, quando deveria fazer o contrário. A percepção é de que é também isso que faz o Judiciário quando amplia sem razão os haveres do retirante, universalizando a dita *dissolução total simulada*. A tese, na linha do que sustenta Proença, é de que se deve criar incentivos para permanência do sócio na sociedade, bem como para o seu comportamento voltado ao desenvolvimento de “um interesse societário destacável do individual”. No artigo citado, Proença expõe a chamada *teoria de caráter organizativo*, liderada pelo professor Calixto Salomão Filho, para quem “[...] é no valor da organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em interesse específico de à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato”. A empresa deixa de agir apenas para “[...] maximização da riqueza dos acionistas” (p. 15), e passa a contemplar fatores externos, ou seja, o interesse da coletividade. Segundo o autor, é estabelecida uma série de “[...] deveres positivos da empresa em relação aos grupos sociais afetados (individuais, coletivos ou grupais), limitando os objetivos individualistas dos sócios” (p. 14). Ele expõe que, no mesmo sentido da consideração das questões externas, está a *stakeholder theory*, do direito americano, cujo fundamento “[...] é justamente considerar os interesses e o bem-estar daqueles que ajudam ou favorecem a companhia na busca de seus objetivos” (p. 15). Esses incentivos podem ser positivos, como os que expõe Proença, mas podem também ser negativos, impondo condutas de não fazer, ou seja, não agir contra a sociedade, o que, no caso deste estudo, se materializaria em não exigir haveres além do que foi prévia e livremente contratado.

Nesse sentido, no Código Civil de 2002, artigo 421, a “função social” inaugura o Título V dos contratos em geral, aplicando-se a todos os contratos, tal como ocorre com o princípio da boa-fé objetiva. A esse propósito, destaca a professora Tereza Ancona Lopez (2012, p. 80) que, em conjunto, tais princípios constituem os “[...] pilares do direito obrigacional atual, sendo ambos norma de ordem pública por força do parágrafo único do artigo 2035, CC”; o que significa dizer que “[...] não podem ser revogadas pela vontade das partes e sua nulidade pode ser decretada *de officio* durante litígio em que se discute conteúdo contratual (art. 166, VI, do CC), a [...] qualquer tempo e em grau ordinário de jurisdição (v.g., CPC 303, III) não estando sujeitas à preclusão” (LOPEZ, 2012, p. 81). Não se trata, portanto, de mero princípio programático, mas, ao revés, cogente, que se concretiza sob a forma de dois tipos de deveres:

[...] o primeiro, **positivo**, qual seja realizar sua função econômica dentro da sociedade, fazendo circular as riquezas e, assim, impulsionando o seu progresso material e consequentemente instalando o progresso social [...] O segundo dever é de cunho **negativo**, constitui-se uma obrigação geral de não fazer, isto é, os contratantes estão obrigados a não prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiro ou da coletividade, quando da regulação de seus próprios interesses (LOPEZ, 2012, p. 82-83, grifo nosso)<sup>79</sup>.

Dito isso, oportuno destacar que a cláusula de apuração de haveres deve estar alinhada à função social da sociedade, e, destarte, parece pouco razoável supor que o cumprimento da função social no que tange à apuração de haveres deva estar limitado à forma parcelada de pagamento. Na linha do *capital lock in*, a ser melhor explorado a seguir, parece que tal princípio tem potência para justificar, por exemplo, o estabelecimento de um deságio aos haveres do sócio que se retira da sociedade em momento inoportuno (durante um ciclo de investimento, no curso de execução de um projeto em que seu capital intelectual é indispensável, etc.). Em suma, ao que tudo indica, a função social pode justificar o pagamento de haveres abaixo do valor “real” (resultante da dissolução total ampla) das quotas.

---

<sup>79</sup> Conforme lição da professora Judith Martins-Costa (2005, p. 43) “[...] a função social impõe aos contratantes uma autonomia privada solidária”. E complementa: “Desconectada do voluntarismo que tanto a perturbou, a autonomia privada (locução que tem seu peso forte no primeiro termo do sintagma) encontra *necessária conexão funcional* no alargamento da idéia de responsabilidade, a tal ponto de, recentemente, um filósofo, preocupado com os riscos da imputação ilimitada, afirmar que os cidadãos devem estar atentos, de maneira reflexiva, para o conceito de responsabilidade – ‘conceito-chave de nossa época’ – assumindo a *responsabilidade por sua responsabilização*. Aliás, tanto a responsabilidade vem sendo alargada que uma das muitas fórmulas que pretendem sintetizar o diagnóstico da época vem revelada, justamente, pela expressão “princípio da responsabilidade” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 44).



Esse regramento, no entanto, esbarra na jurisprudência que fez regra a dita *dissolução total simulada*, como exposto na seção anterior.

## **6.2 Conclusão parcial**

A professora Judith Martins-Costa ensinou que os princípios são aplicados de forma combinada, uns aos outros. Já a professora Tereza Ancona destacou que o princípio da função social em conjunto com o da boa-fé orienta o direito contratual moderno, estabelecendo limites ao poder de contratar das partes. No caso da boa-fé, viu-se que, no “campo” das relações empresariais, este impõe uma conduta (leal e proba) aos sócios que faz reforçar o vínculo societário (contratual), criando um ambiente de confiança, indispensável, como já destacado por Estrella, ao desenvolvimento das relações societárias, do mercado, socioeconômico. Com efeito, a conduta que é benéfica ao sócio é também benéfica à coletividade. A função social, por seu turno, torna esse olhar para o não sócio obrigatório. Atribui às partes a obrigação de incorporar ao seu processo de desenvolvimento o interesse dos não sócios. Assim, por exemplo, são obrigados a preservar o meio ambiente em benefícios da coletividade (formada, obviamente, por todos, sócios e não sócios).

Bem, foi com base no reconhecimento dessas obrigações, legais e sociais, impostas à sociedade e sócios, ou seja, que compõem a sua responsabilidade social, executada pela pessoa dos sócios, que se constatou a necessidade de preservar as empresas. Contudo, não faz qualquer sentido preservar empresas cujas condições econômicas não lhes permitem desenvolver-se. Ao que parece, é nesse cenário que a função social, materializada por meio da preservação da empresa, apresenta potência para justificar o estabelecimento de haveres aquém do valor de mercado da sociedade, como também daquele que resultaria da dissolução total. A jurisprudência, na amostra analisada, é um entrave a tal possibilidade.

## **7 CAPITAL LOCK IN**

A percepção deste estudo é de que o Judiciário não concede eficácia às cláusulas de apuração de haveres, uma vez que não reconhece, verdadeiramente, que o interesse capitaneado pela sociedade tem natureza social e, por conseguinte, merece um nível de proteção maior do que o interesse individualista do sócio retirante. Traz-se aqui o *capital lock in* da literatura jurídica norte-americana justamente porque o seu pressuposto é o contrário, ou seja, o desenvolvimento de algumas sociedades exige a impossibilidade de retirada dos sócios, o que, ao que tudo indica, pode ser lido que o interesse da sociedade, ao menos em um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade (como será abordado a seguir), deve prevalecer sobre o do sócio. Em complemento, como destacado na introdução deste trabalho, toda sociedade nasce dessa impossibilidade de execução autônoma (por apenas um dos sócios) do objeto social – o que se torna ainda mais patente no Brasil de agora, com as Eireli. A associação de pessoas sob a forma de sociedade é fruto dessa necessidade/oportunidade, e não mais de outras conveniências (fiscal, por exemplo). Assim, também há vários momentos em que a necessidade de capital (intenso), econômico e humano, são mais prementes, oportunidade em que deveriam as sociedades poder contar com instrumentos como os de *capital lock in* para, ao menos, desincentivar a retirada dos sócios e a consequente perda de capital; especialmente, que isso seja reconhecido pelo Judiciário.

### **7.1 Do pressuposto**

O problema da descapitalização da sociedade não afeta apenas o Brasil, muito pelo contrário. O direito americano discute a necessidade de as empresas se manterem capitalizadas como condição para se desenvolverem. Mais do que isso, o *capital lock in* concebe as empresas a partir da necessidade de manterem o capital aportado. Em grande parte, trata-se de companhias em que não se autoriza a dissolução parcial, em razão do alto custo de investimento a ser concretizado em longo prazo e cuja interrupção quebra o empreendimento. A professora Stout (2005) guia seu texto pelo exemplo de três sócios que têm por objetivo construir uma fábrica, mas que individualmente não têm capital suficiente para fazê-lo, razão pela qual se juntam para esse propósito. A construção da fábrica é custosa, demorada e, se algum deles

desistir, a fábrica não se conclui, dando causa ao aprisionamento do capital investido. Ele cita o exemplo de outros investimentos com a mesma feição, particularmente obras de infraestrutura.

Oportunamente, os professores Edward B. Rock e Michael L. Wachter, ambos da Universidade da Pensilvânia, defendem também a importância do *capital lock in* para as *startups* de tecnologia do Vale do Silício, assim descritas por eles.

In Silicon Valley, close corporations are started when the entrepreneur has an idea for a new product or service, such as a network switch. In the initial stage, the venture attempts to develop the new product. Whether the product will be successful is unknowable because its precise form and potential revenue streams have not yet taken shape. **At this stage, the company will have relatively few shareholder/managers who supply the ideas, the initial capital for the venture, or both. In the early stages of developing this new switch, the venture is highly dependent on these individuals for either the critical ideas or the financial capital.** [...] Their investments of human and financial capital are made with the expectation that the payoff to the investment could be huge if the development stage idea can be implemented. **But if the project were to falter, the value of these development stage investments would be nil** (ROCK; WACHTER, 1999, p. 7, grifo nosso).

Veja que a empresa nasce a partir de uma ideia, a ser desenvolvida por um conjunto, em regra, limitado, crucial (capital humano e financeiro) de pessoas que acreditam nela e, em um dado momento, por um investidor (anjo) ingressante. Se, antes da maturação do projeto, alguém deixá-lo, ele quebra.

Também destacam os professores que tais empresas têm muito valor para os seus sócios e pouco valor para os externos, na medida em que todos os investimentos (ferramentas, programações, *know-how*, etc.) foram customizados para aquele produto ou serviço, tendo pouca aplicação fora; somado ao fato de que o nível de compreensão de pessoas de fora sobre (especialmente sobre o potencial) esse produto ou serviço é baixo<sup>80</sup>, de modo que a empresa tem pouca capacidade de atrair novos investidores<sup>81</sup>, assim como de obter crédito. Nesse sentido, o nível de dependência entre os sócios é sobejo.

---

<sup>80</sup> “During this period, outsiders are unlikely to attach a similarly high value to the potential payoff to the concept. In this sense, the investments in our hypothetical are match investments and the assets being created are match assets: they have great value to insiders and little value to outsiders. A defining characteristic of the Silicon Valley start-up is that its key assets are specific to the match” (ROCK; WACHTER, 1999, p. 7).

<sup>81</sup> A esse propósito: “To outside investors, the high cost of learning and staying informed about the switch's potential value makes them unwilling bidders at a price that values the match assets at the insiders' valuation. As a consequence, the company will be capital constrained with no easy access to outside financing at an appropriate valuation of the assets” (ROCK; WACHTER, 1999, p. 7).

Nesse cenário, dizem eles que autorizar a saída gera um conjunto de problemas. O primeiro, e óbvio, é que o projeto tende a afundar. O segundo é de que, caso não afunde, terá muito mais dificuldade de prosperar na medida em que a coesão entre os sócios será menor, dada a possibilidade de retirada; em outras palavras, de conduta oportunista das partes em detrimento dos demais participantes, possibilidade que não raramente é usada para renegociar a participação no negócio. Dizem eles:

**If any of the company insiders could trigger dissolution of the enterprise midstream, the forced sale of the match assets would result in substantial losses to the participants.** Either the insider with the deepest pocket would buy the assets or the assets would be sold at a low price equal to the outsiders' bid price. [...] If critical insiders could credibly threaten dissolution, they could use the threat to extract a greater share of the value of the enterprise. The resulting potential for opportunism would interfere with inducing optimal investment. The problem is akin to making an omelet: between the time the eggs are broken and the omelet sets, the cook knows his grand plan for the omelet, but to outsiders, the half-cooked omelet is unappetizing. Forced sales of half-developed switches and uncooked omelets go poorly (ROCK; WACHTER, 1999, p. 8, grifo nosso).

Destacam ainda que a possibilidade de saída majora a dificuldade de financiamento do negócio, tanto no que toca à obtenção do crédito em si quanto o seu custo, dado, entre outros, o risco de quebra da sociedade ou esvaziamento da sociedade.

**Easy dissolution would also make it even more difficult to raise equity or debt capital than it already is.** If the firm were required to retire the capital of an existing owner who sought to cash out, the cash constrained close corporation would be forced to raise new capital in a potentially unfavorable climate. Indeed, the shareholder dissension that characterizes a 'minority oppression' case is likely to be highly correlated with negative events in the firm. A legal rule favoring easy exit threatens to shift the engine for raising new money into reverse, forcing capital to be retired under unfavorable conditions. [...] Similarly, **the lock-in of the corporate form is important to creditors.** In a setting of limited liability, creditors cannot be repaid from the individual wealth of the owners of a bankrupt company. In return, and in distinction to the rules of partnership, they are protected by the existence of an entity that is difficult to dissolve by the current owners. It is only with this protection that the squabbles among those who manage the company will be of limited interest to the creditors. Nowhere is this more important than in the close corporation, whose assets are difficult to value and whose current realizable market value-at forced sale-may be considerably below its future value. In such a setting, easy dissolution or buyout increases the risk of bankruptcy, thereby reducing the creditworthiness of the company. **The traditional judicial reluctance to order dissolution or a buyout of minority shareholders lowers the credit risk of close corporations and allows them to borrow at more favorable terms** (ROCK; WACHTER, 1999, p. 9, grifo nosso).

Nesse norte, é sabido que, em operações financeiras, o agente financiador sempre estabelece como condição do negócio a permanência do quadro societário que contratou a operação e impõe a obrigação de comunicação ou anuência para alteração deste.

Enfim, a contribuição do *capital lock in* para este trabalho é, antes de tudo, o seu pressuposto, qual seja, a de que há sociedades cujo capital não pode ser retirado. Por oportuno, essa realidade que parece distante compõe o dia a dia de todas as empresas que se lançam a um novo ciclo de investimento – uma nova linha de produtos, uma nova filial, um novo departamento, etc. Daí porque se entende que o *capital lock in* deve se aplicar.

O direito brasileiro (parte) não ignora esse fato. Prevê, além das S.A., as sociedades de propósito específico, que têm servido a investimentos de infraestrutura, cujo prazo de execução varia de médio e longo e, não raramente, demanda a combinação de investidores (empreiteiras, fornecedores de equipamentos, gestores de obras, empresas tecnologias, operadores, todos combinados). Em suma, as SPE são uma alternativa aos consórcios. Além disso, há as sociedades de prazo determinado, cuja retirada só pode ser motivada; e acordos de acionistas (quotista), em que as condições de retirada (e não retirada) podem ser contratadas.

A análise jurisprudencial feita, porém, mostra que o Judiciário é pouco sensível “às causas privadas”, tendendo, nesse caso, a fazer valer a máxima segundo a qual ninguém é obrigado a se manter associado. Essa posição, tal como ocorre quanto à apuração de haveres, ignora em grande parte a função social da empresa.

Nesse sentido, a adicionalidade dada pelo direito americano consiste na inclusão da perspectiva, isto é, do ponto a partir do qual se olha para um conjunto de fenômenos societários e se justificam outros, notadamente a impossibilidade de retirada (ou seja, nem retirada motivada é autorizada, restando possível a venda das ações). No Brasil, mesmo nas sociedades anônimas de capital fechado, autoriza-se a retirada por motivos por demais subjetivos, como pela quebra de *affectio societatis*<sup>82</sup>. Assim, no exemplo da fábrica, se o sócio prova divergência “insuperável” com outro sócio, retira-se da sociedade e frustra o empreendimento. Além disso, essa possibilidade concede aos sócios um poder de barganha que sugere o “exercício inadmissível de posição jurídica”, “abuso de poder” e deprecia a sociedade (como no caso do sócio que chantageia a sociedade por haveres maiores por fatos que dela conhece).

No que concerne especificamente à apuração de haveres, o *capital lock in* é útil na medida em que, se é possível vedar a retirada, mais ainda seria possível estabelecer um deságio

---

<sup>82</sup> Cf. Resp. 111.294 PR – ministro Barros Monteiro.

sobre o valor de reembolso do sócio que resolve deixar a sociedade em momento inoportuno, em circunstâncias que geram prejuízo à sociedade. Os prejuízos, como provam o *capital lock in*, não têm origem apenas em ato ilícito, mas também nos que impeçam, efetiva ou potencialmente (ameaça), o desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, é preciso dizer que o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 602<sup>83</sup>, estabeleceu a possibilidade de que a sociedade compense os haveres com eventual pedido de indenização. É possível, então, que, nesses casos, o contrato social estabeleça uma espécie de cláusula penal para prefixar as perdas e danos decorrentes da saída inoportuna.

## 7.2 Conclusão parcial

Usou-se da literatura norte-americana, particularmente do *capital lock in*, sobretudo em razão do seu pressuposto de que, para algumas empresas, ou, ao que parece, para todas as empresas, em alguns momentos, a retirada do sócio deve ser fortemente desincentivada, na medida em que compromete, ou até inviabiliza, o desenvolvimento da sociedade. O direito brasileiro ofereceria soluções para ditos problemas, mas estas não têm sido consideradas pelo Judiciário, especialmente, ao que tudo indica, naquilo que o direito americano soma, qual seja, no reconhecimento do problema (modelagem de financiamento da empresa – aporte) e no seu tratamento (validação da não retirada e, no caso do Brasil, penalização do retirante). O Judiciário, que deveria reforçar o vínculo contratual, faz o contrário.

---

<sup>83</sup> “Art. 602. A sociedade poderá formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar”.

## 8 DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Um dos principais fundamentos usados pelo Judiciário para afastar a aplicação da cláusula de apuração de haveres é a vedação ao enriquecimento sem causa. Esse argumento foi usado sempre que a cláusula estabeleceu um valor de reembolso inferior àquele resultante da “dissolução total simulada”, seja porque determinou a apuração com base no valor contábil da sociedade, seja porque não incluiu os ativos imateriais ou até mesmo quando transferiu ao retirante o ônus de receber em parcela os haveres, após o trânsito em julgado da ação. Todavia, não se pode deixar de questionar: é possível atribuir causa ao suposto enriquecimento da sociedade que paga ao retirante haveres inferiores ao valor de mercado?

### 8.1 Dos tipos de enriquecimento sem causa

Quando se fala em enriquecimento sem causa, contudo, é preciso ter clara a existência de dois tipos de enriquecimento: de um lado, a fonte de obrigação, ato unilateral ligado ao direito restitutivo, ora positivado nos artigos 884 a 886 do Novo Código Civil, e, de outro lado, o “princípio do enriquecimento sem causa”. A esse propósito, esclarece Carlos Nelson Konder<sup>84</sup>:

A ideia geral de que ao direito não é admissível um acréscimo patrimonial às custas de outrem sem um fato jurídico idôneo a justificá-lo é traduzida tecnicamente como a vedação ao enriquecimento sem causa. Esta valoração, contudo, se projeta no campo da ciência do direito sob **duas formas: primeiro, como um princípio** que já vinha

---

<sup>84</sup> O professor Nanni (2012, p. 193) tem a mesma posição: “Debate-se muito a respeito da feição unitária ou dualista da tipologia do enriquecimento sem causa, o que nada mais é do que a discussão acerca do tema como uma fonte de obrigação. A despeito da correção e necessidade dessa abordagem teórica, ela não abarca outras situações em que o enriquecimento sem causa é explorado, razão pela qual é imprescindível bifurcar sua natureza jurídica como princípio e fonte de obrigação”. E no mesmo sentido que Konder, complementa: “O enriquecimento sem causa é fonte obrigacional, inserido entre os atos unilaterais, inclusive por expressa previsão legal no Código Civil de 2002, nos artigos 884 a 886. Por consequência, dá origem a uma obrigação, exigível por meio de uma pretensão, a ação de enriquecimento. [...]. Contudo, ela não é suficiente para definir o amplo espectro em que o tema em estudo atua. As relações jurídicas não devem ceder espaço à injustiça, ao desequilíbrio de prestações, nem podem contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da solidariedade. Em decorrência disso, qualquer relação jurídica obrigacional pode fazer uso do enriquecimento sem causa como um corretivo principiológico, ou seja, um elemento com força normativa para purgar os desequilíbrios e forma ilimitada, desde que não contrarie a lei”. Adiantadamente, embora o autor atribua grande força ao princípio, vale destacar que ele admite que o limite para a atuação do princípio é a lei, ou seja, deve haver, como não poderia deixar de ser, uma ponderação no uso do princípio. Esse aspecto será tratado mais detidamente ao se abordar a ponderação.

atuando em nosso ordenamento não só como parâmetro para o aplicador em casos de **lacuna**, mas **mesmo com força superior em situações já regulamentadas**. Além dessa face principiológica, o enriquecimento sem causa também se apresenta como uma **fonte de obrigações, mais especificamente, fonte de uma obrigação de restituir aquilo que foi indevidamente objeto de locupletamento**. Se antes tal obrigação de restituir era justificada apenas em situações específicas (como no caso de pagamento indevido), agora, este segundo aspecto encontra-se regulamentado de maneira abrangente pelos arts. 884 a 886 do Código Civil: o instituto do enriquecimento sem causa (KONDER, 2005, p. 369 (grifo nosso)).

Outrossim, é preciso ter mais claro ainda que o enriquecimento utilizado pelo Judiciário não é o do direito positivo, inclusive porque, quando esse fundamento passou a ser utilizado, o “instituto do enriquecimento sem causa” ainda não tinha sido positivado no ordenamento jurídico brasileiro, o que, sabidamente, só ocorrera com o Código Civil atual.

Dito isso, cabe ainda esclarecer que, como este trabalho, particularmente esta seção, se volta à crítica da jurisprudência, e não propriamente ao estudo do instituto do enriquecimento sem causa, cumpre apenas informar que as lides e, por conseguinte, as decisões em questão não cumprem os requisitos de aplicação do instituto positivado.

Diz a doutrina, ora representada por Konder, que os requisitos do instituto são: o enriquecimento; o empobrecimento; “à custa de outrem” ou, ainda, o nexo causal entre ambos, ou, como defende Agostinho Alvim, a indivisibilidade de origem, do fato que os gerou; e, finalmente, a “sem causa” (ausência de causa).

Embora seja possível debater se, de fato, ocorre enriquecimento da sociedade (e consequente empobrecimento do retirante) por sua apropriação (ilícita) de um resultado supostamente inerente à quota social do retirante, na medida em que parte do valor da quota (a diferença entre o valor pactuado e o valor da “dissolução total simulada”, ou ((diferença) = (valor dissolução total simulada) - (valor pactuado)), qual seja, a diferença, seria retida pela sociedade em detrimento do sócio<sup>85</sup>, a grande questão está em saber se tal enriquecimento, se ocorrer, seria ou não “sem causa”.

Para tanto, há, primeiramente, de se esclarecer que a expressão *causa* constante no enunciado não tem relação com a Teoria da Causa. Tem, na realidade, sentido próprio, como explica Tereza Negreiros (apud KONDER, 2005, p. 389, nota 65): “A explicação para esta indeterminação conceitual, senão a justificativa para tal amplitude, reside, precisamente, no

---

<sup>85</sup> O que aparentemente não ocorre, já que tal diferença, em verdade, nunca pertenceu ao sócio, na medida em que renunciou a ela ao pactuar a cláusula de apuração de haveres.



sentido especial que se pretende conferir à noção de causa; um sentido de equidade e justiça, insubordinável a formulas teóricas estáticas e acabadas”<sup>867</sup>.

Dito isso, ensina o autor que a causa consiste, então, em qualquer “título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento”. E complementa:

[...] nesse sentido, Antunes Varela refere-se à ausência de causa justificativa quando inexistente a obrigação a que o pagamento visa extinguir, ou faltante o direito que se busca exercer. Do mesmo modo, Fernando Noronha refere-se à inexistência do título justificativo, dos quais seriam principais exemplos a lei e os negócios jurídicos<sup>88</sup> (KONDER, 2005, p. 390).

Ora, como já se sustentou, a cláusula de apuração de haveres é, em regra, um ato (negócio) jurídico existente, válido, eficaz (sem vícios e de acordo com a boa-fé objetiva), e, agora, sob a perspectiva dessa teoria, idôneo para autorizar eventual enriquecimento. Ou ainda, se a cláusula de apuração de haveres consistir em negócio jurídico existente, válido e eficaz, razão não há para desconsiderá-la idônea à atribuição de causa a eventual enriquecimento.

Vê-se, destarte, que não se pode enquadrar o cenário fático da apuração de haveres, devidamente regulada por uma cláusula, no instituto do enriquecimento sem causa.

Cabe, enfim, avaliar a aplicação do princípio.

---

<sup>86</sup> Além disso, esclarece o autor que a expressão *causa* é um conceito jurídico polissêmico, com diferentes sentidos no direito francês (causa da obrigação), no direito italiano (causa do contrato – função econômico-social, com “papel determinante na configuração do equilíbrio econômico e na qualificação do negócio”) e no direito alemão, em que a “causa se que equipara ao fato jurídico que dá origem à obrigação”.

<sup>87</sup> Ainda que a expressão *causa* não tenha relação com a Teoria da Causa, parece oportuno fazer alguns apontamentos como se tivesse. Assim, por instância, Azevedo, ao tratar das causas dos negócios recíprocos, notadamente da mencionada *cross waiver liability*, faz a seguinte afirmação: “[...] é importante frisar, numa visão formal mas no âmbito dos princípios, que a reciprocidade faz com que, aqui, cada direito, de cada uma das partes, encontre sua causa de atribuição no direito inverso da parte contrária”. Tratar-se-ia, portanto, de causa pressuposta, de modo que a validade da cláusula de apuração de haveres encontraria fundamento no próprio contratual, ou seja, este seria “a relação jurídica anterior” que lhe dá validade, e das obrigações que dela decorre. **Nesse sentido, oportuno destacar que, com base nesse entendimento, corretas são as decisões que caracterizaram enriquecimento sem causa quando a sociedade pugna pela aplicação da cláusula de apuração de haveres sem cumpri-la. Ora, o inadimplemento extingue a causa do enriquecimento.** Por fim, fizemos alguns comentários adicionais sobre a causa final quando tratamos da interpretação do contrato social.

<sup>88</sup> Em seguida, o autor reproduz o caso usado por Agostinho Alvim para explicar que a causa não precisa ser, necessariamente, um negócio jurídico formalizado, bastando que o empobrecido conheça os atos do suposto enriquecido e a ela não se oponha. Ele narra, então, o caso do hoteleiro francês que levava seus hóspedes para excursionar em propriedades vizinhas, cujos donos, tempos depois, moveram ação de enriquecimento sem causa. A justiça francesa absolveu o hoteleiro “porque se entendeu que ele amparava em justa causa, a qual teria consistido na tolerância dos proprietários ribeirinhos”.

## 8.2 Do enriquecimento sem causa como princípio

O autor, Konder, destaca que o princípio existe no sistema jurídico brasileiro há muito tempo, tal como ocorre nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica<sup>89</sup>, sempre com fundamento ligado às “ideias de equidade e de justiça comutativa”, razão pela qual parte da doutrina atribuiu-o justificativa exclusivamente moral. Outros, como Antunes Varela e Fernando Noronha, valeram-se da “Teoria da destinação jurídica dos bens”, segundo a qual: “[...] tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir no seu aproveitamento pertence, de acordo com conteúdo de afetação ou destinação de tais direitos, ao sujeito que é seu titular” (KONDER, 2005, p. 370-371).

Giovanni Ettore Nanni (2012), por sua vez, fundamenta o princípio nos valores constitucionais. Diz ele: “[...] ocorrendo uma ampla incidência de valores constitucionais nas relações jurídicas obrigacionais, é impensável cogitar que, em última hipótese, os sujeitos de direito não possam contar com o indissociável instrumento de justiça e equilíbrio patrimonial que é o enriquecimento injustificado” (NANNI, 2012, p. 372)<sup>90 91 92</sup>.

<sup>89</sup> Giovanni Ettore Nanni, em sua obra *Enriquecimento sem causa*, faz uma longa reconstrução histórica do instituto, destacando sua origem no direito romano, sob a forma *condictiones sine causa*. Destaca, contudo, que a história do instituto é cheia de controvérsia e incertezas. Ademais, citando M. Getora, destaca “[...] o princípio do enriquecimento sem causa não foi talhado em bloco único; ele representa uma espécie de mosaico formado de múltiplas aplicações díspares, recolhidas tímidamente e sem método” (NANNI, 2012, p. 16).

<sup>90</sup> Mesmo o professor Nanni, cuja visão acerca do princípio é mais ampliada, ao que parece, deixa claro que o seu vetor de atuação está voltado para a proteção dos mais fracos ou, em outras palavras, pressupõe vulnerabilidade. Diz ele: “[...] os preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça social e solidariedade mais uma vez cruzam-se no âmbito privado, vivificando as cláusulas gerais dispostas no Código Civil de 2002, especialmente a função social do contrato, a boa-fé e o enriquecimento sem causa. [...] Destarte, a função social do contrato, nos dizeres de Antonio Jeová Santos, representa uma ferramenta de equilíbrio nos negócios: “[...] A busca de cooperação entre as pessoas e a consecução do bem comum, a vivência dos valores da sociabilidade que podem tornar uma convivência menos turbulenta, é a nova visão do homem do direito incorporada pelo Código Civil de 2002. Esse novo entendimento, esse giro do patrimônio nos negócios feitos diariamente e a busca inexorável e eficiente da proteção do mais fraco, do inexperto, de quem tem uma conduta leviana no ato de contratar, do necessitado, do homem que não pode se deixar engolir por outro mais astuto e esperto”. Ora, nenhum desses tipos cabe em uma relação societária. Esse quadro retrata, claramente, um cenário de relação de consumidor vs. fornecedores ou de pessoas que a eles se equiparam. O “campo” jurídico é outro.

<sup>91</sup> O autor critica as demais teses, diz ele: “Ainda que a justiça comutativa, a equidade e o dever moral sejam mandamentos de grande carga valorativa, isoladamente, não desfrutam de fundamentação em texto de lei no direito brasileiro. [...] Em vista disso, não é a equidade ou a justiça que dão sustento à teoria que veda o enriquecimento sem causa, mas os efeitos produzidos pelos princípios constitucionais no direito civil” (NANNI, 2012, p. 190-191). Acerca dessa posição, cumpre apenas anotar que o princípio é anterior à constituição, como também são alguns dos julgados que o invocaram. Particularmente, não se nega que a Carta Maior tenha recepcionado o princípio, e até o robustado pela integração deste a outros princípios, como os da função social.

<sup>92</sup> Nanni defende que o princípio do enriquecimento sem causa não é um mero princípio interpretativo das relações jurídicas obrigacionais, mas, sim, um princípio constitutivo do sistema jurídico. Diz ele: “[...] ele não é um princípio de papel integrativo a ser aplicado na omissão da lei, segundo o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas desfruta de vasto domínio no sistema jurídico. [...] o enriquecimento sem causa é um

A professora Judith Martins-Consta, diz o autor, liga o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ao equilíbrio econômico, por sua vez, inserto no campo de atuação da boa-fé objetiva (NANNI, 2012, p. 371, nota 10).

Ora, a respeito dessa concepção, ou melhor, dessa função equilibradora do princípio, vale lembrar que, quando se tratou da boa-fé objetiva, valeu-se dos ensinamentos de Martins-Costa, segundo a qual a função equilibradora da boa-fé é, fundamentalmente, voltada ao “campo” do direito do consumidor. No “campo” das relações interempresariais e paritárias do direito comum, a função, se foi bem interpretada, é de estabilizar os negócios, por meio da imposição de conduta leal e proba às partes, corolária do dever de cooperação, vinculado à teoria da confiança, a partir da qual uma parte cumpre o contrato impulsionada pelo cumprimento da contraparte, o que, obviamente, tende a reforçar os contratos. (No direito societário, destaca ela, em que o interesse é comum, esse dever de cooperação encontra seu ápice, transvestindo-se de dever de lealdade e de informação, intrassocietária e aos não sócios).

A professora ressaltou também que a aplicação indevida do princípio, seja para sobrepô-los a outros que resolveriam melhor as questões em tela, seja para transpô-lo para outros ramos do Direito, em que o pressuposto da “vulnerabilidade” não se fazia presente, no que foi absolutamente corroborada por Gustavo Tepedino, deveu-se a uma atuação pouco criteriosa do Judiciário.

Essa crítica também cabe, e é feita por Konder, acerca do princípio do enriquecimento sem causa.

Inicialmente, contextualiza ele que o princípio foi inicialmente usado com função integrativa, para suprir lacunas da lei, nos limites do artigo 4º, LICC, mas, depois, chegou a ser a invocado para derrogar leis, com função normativa própria (e não supletiva), o que acabou por se confirmar em julgado do STF, no qual o relator ministro Marco Aurélio, Ag. Inst. 182458, de 04/03/1997 (que impôs forma de correção monetária de crédito tributário, contra disposição legal), ganhando *status* de “princípio constitucional implícito”. Diz o autor que o princípio se tornou uma espécie de “válvula de escape”: “Muitas vezes o princípio vem sendo invocado pela jurisprudência como uma “válvula de escape” interna ao sistema para situações nas quais a aplicação excessivamente rígida levaria a situações explicitamente injustas” (KONDER, 2005).

---

princípio informador de todo o direito brasileiro, de larga amplitude, com efeitos em qualquer relação jurídica obrigacional” (NANNI, 2012, p. 214-215).

E, ao final, conclui: “A ampliação exagerada da abrangência do princípio, assim como seu posicionamento como norma constitucional, não vem desacompanhada de um certo esvaziamento de seu conteúdo e uma maior imprecisão em seus termos, o que acarreta um aumento da insegurança jurídica” (KONDER, 2005, p. 377).

No que toca aos casos analisados, o que se vê nos julgados é claramente esse pressuposto da “vulnerabilidade” impregnado ao retirante, ainda que, em muitos casos, este não se confirmasse faticamente. Nestes, então, parece ter havido erro material no julgamento, porque não havia posição vulnerável a demandar proteção especial, e, por conseguinte, o princípio não poderia ter sido usado com função equilibradora. Finalmente, ainda que fosse o caso, o enriquecimento teve causa.

Ademais, cabe uma crítica adicional à atuação do Judiciário, particularmente, ao STJ. O uso do princípio do enriquecimento como fundamento demanda uma verificação minuciosa da situação fática, o que, todavia, é sempre rechaçado pelo tribunal, com base na Súmula 7.

Não se ignora que há situações em que a aplicação da cláusula deveria ser mitigada, como naquelas em que há posição “abusiva” de um sócio, ou nas situações em que há sócios instrumentais (ditos laranjas), enfim, casos de fraude, por “abuso de formas”. Agora, essa constatação demanda uma apreciação fática ampla e dedicada das instâncias inferiores e minimamente dedicada dos tribunais superiores, o que, salvo algumas exceções, não se viu. (Não foi em vão que o NCPC – por exemplo, artigo 1.021, § 3º<sup>93</sup> – impôs aos julgadores novos deveres de fundamentação).

Por fim, há um outro aspecto que merece destaque: a necessidade de ponderação do princípio em face de outro princípio, notadamente o da preservação da empresa, e dos dispositivos legais que autorizam as partes a regrarem a forma de apuração de haveres (artigo 1.031, CC, artigo 668, CPC de 1939, etc.). Na seção seguinte, busca-se seguinte fazer uma breve análise desse aspecto.

---

<sup>93</sup> “§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno”.

### 8.3 Conclusão parcial

Viu-se que, quando se fala em enriquecimento sem causa, deve-se identificar se está se referindo àquele positivado no direito brasileiro, artigos 884 e subsequentes, CC, ligado ao direito restitutivo, ou ao princípio, cuja origem é milenar e contornos são imprecisos.

Nesse sentido, constatou-se que os casos em estudo não atendem aos requisitos para aplicação do “instituto positivado” do enriquecimento sem causa, na medida em que a cláusula de apuração de haveres, além de ser, em regra, negócio jurídico existente, válido e eficaz, constitui meio idôneo a atribuir causa ao enriquecimento.

Observou-se, dessa forma, que o princípio do enriquecimento sem causa se tornou uma espécie de “varinha de condão” do juiz, que, nos casos de aparente injustiça, usa-o para equilibrar as obrigações das partes. O que foi reportado pela doutrina e constatado nesta pesquisa jurisprudencial é que tal intervenção é feita sem critério, a partir de falso pressuposto (vulnerabilidade), enfraquecendo vínculos contratuais que deveriam ser fortificados para que o mercado se desenvolva e as partes assumam um comportamento ético (leal e probo), tal como reclamado pela boa-fé objetiva. Há, portanto, uma enorme contradição entre o fundamento do princípio do enriquecimento sem causa (a boa-fé objetiva) e a aplicação que lhe foi dada pelo Judiciário<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Além disso, tal inversão, a pretexto de praticar justiça, acaba, ao final, ameaçando a preservação da sociedade, em prejuízo de todos os que com ela contratam. O Judiciário, em que pese manter válidas as cláusulas que estabelecem a forma de pagamento parcelada, tem pouco olhar sobre esses *stakeholders* quando impõe a regra da “dissolução total simulada”.

## 9 DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Como destacou a professora Judith Martins-Costa, em referência a Dworkin, a aplicação dos princípios é sempre relacional, ou seja, se dá por meio da ponderação deste com outros, de modo a que se organize a intensidade de aplicação de cada um deles.

Embora seja pouco comum seu uso pelo direito societário, o Judiciário, especialmente depois do Código Civil de 2002, que optou pelo uso de “cláusulas gerais”, cujo conteúdo é concretamente preenchido pelo juiz, o qual fundamenta, como se viu neste trabalho, boa parte de suas decisões com base em princípios. O propósito, então, de trazer a “ponderação” ao presente trabalho foi o de demonstrar que mesmo os princípios demandam técnica na sua aplicação, o que parece não ter ocorrido em parte dos julgados; ao que parece, aqueles que usaram do “princípio do enriquecimento sem causa”. Questiona-se, enfim: a aplicação dos princípios avocados pelo Judiciário foi ponderada?

### 9.1 Da ponderação

Ana Paula de Barcellos (2006) define *ponderação* como uma técnica de julgamento usada para casos difíceis, em que a metodologia de subsunção da norma ao fato não é capaz de responder. Ressalta, oportunamente, que como o processo de construção das leis, notadamente, das Cartas Constitucionais é político, direitos em conflitos são gerados, sendo necessário harmonizar a sua aplicação, seja para garantir a aplicação adequada do direito, qual seja, a que não rompa o sistema normativo, como também para coibir abusos dos julgadores.

Em tempo, não há dúvidas de que muito dos casos analisados são *hard cases*, como também de que houve certo abuso (e imprecisão) do Judiciário na aplicação dos princípios (notadamente da boa-fé objetiva “equilibradora/consumerista”)

No dizer dela:

De forma muito geral; a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem,

postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mes-ma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso (BARCELLOS, 2006, p. 55).

Explica a professora que a ponderação pode se dar de forma abstrata (genérica e particular) ou de forma concreta. Na ponderação abstrata, as formulações são feitas com base em hipóteses, pensada a partir de conflitos entre “direitos” particulares, como, por exemplo, na atual discussão sobre as biografias não autorizadas, em que estão tencionados o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade, ou, no caso deste estudo, entre o artigo 1.031, CC (e outros que asseguram às partes de regrem os haveres) e o princípio da justiça, sob a forma derivada de vedação ao enriquecimento sem causa ou, ainda, entre tal princípio (vedação ao enriquecimento sem causa) e os princípios da boa-fé objetiva (princípio da confiança) e da função social da empresa (sob a forma de princípio da preservação da empresa). Igualmente, de forma genérica, no conflito entre regras e princípios, orientando qual deve preponderar. A ponderação em concreto vai se dar quando as soluções geradas a partir dos casos abstratos (modelos de decisão) não forem capazes de resolver a questão, em razão das particularidades do caso. Assim, usando do exemplo anterior, a discussão sobre biografia não autorizada do Roberto Carlos pode ter particularidades que afastem o modelo de solução que sugere que o direito à intimidade de pessoas públicas é mitigado – por exemplo, o envolvimento de pessoas não públicas.

Na construção desses parâmetros gerais, a autora propõe um parâmetro geral que parece muito útil ao presente estudo: regras devem preponderar sobre princípios.

Seus fundamentos são dois. O primeiro é de que, feita a distinção entre regras e princípios<sup>95</sup>, as primeiras pela sua própria estrutura não podem ser ponderadas, o que é

---

<sup>95</sup> A autora esclarece que a diferença entre regras e princípios se dá a partir de dois aspectos: as regras descrevem condutas e os princípios proclamam valores, bem assim as regras fixam seus efeitos, o que, em regra, não se dá com os princípios. Diz ela: “[...] as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para que esse fim seja alcançado. Uma outra forma de descrever essa distinção estrutural entre princípios e regras é a que se concentra na questão dos efeitos que cada uma dessas espécies normativas pretende produzir ou, mais precisamente, nos efeitos que elas pretendem produzir e nos meios aptos, a alcançar esses efeitos. As regras são normas que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos. Os princípios, todavia, funcionam diversamente. Para facilitar a exposição sobre os princípios, e tendo em conta razões estruturais, é possível agrupá-los em duas categorias. O primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. E essa indeterminação, ainda que relativa, decorre de a compreensão integral do princípio depender de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas. O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras. A

permitido aos princípios, de sorte que no embate, há de prevalecer a regra, sob pena de infração ao ordenamento jurídico. Sustenta ela:

[...] as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e incidem ou não incidem por inválidas. Juridicamente, uma regra vale ou não vale. Não se admitem gradações. Ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida passível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Esses limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los (BARCELLOS, 2006, p. 76).

E complementa:

[...] do ponto de vista puramente técnico, tomando-se em conta a estrutura das espécies normativas, as regras não são concebidas para serem ponderadas, pois a ponderação significará sua não aplicação, a negativa de sua vigência. Em geral, não é possível aplicar mais ou menos uma regra; ou seus efeitos determinados verificam-se ou não. Na verdade, quando se ‘ponderam’ regras se estará afastando sua incidência no caso. Com os princípios, tudo é diferente (lembrando sempre que, ao se falar de princípios, é preciso distinguir seu núcleo que na verdade tem natureza de regra – e sua área não nuclear, que tem natureza de princípio propriamente dito). O princípio pode ser, como referido por Alexy, não só mais ou menos intensamente adimplido, mas também adimplido de formas variadas. Admite-se aqui, logicamente, compressões recíprocas, nos termos da ponderação (BARCELLOS, 2006, p. 77).

O segundo fundamento volta-se para o fato de que parte do conteúdo do princípio é definido pela regra, por meio da atividade legislativa, cujo respectivo poder tem legitimidade (democrática) para preenchê-lo de acordo com as condições históricas vigentes. Em razão disso, não faria sentido que a cada decisão tal procedimento fosse refeito pelo julgador. Além de ilógico, seria especialmente ilegítimo.

Em primeiro lugar, se se trata de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua própria concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda mais grave, naturalmente, se se cuida de uma regra constitucional. Nesse caso, o intérprete estará afastando a incidência de

---

dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. [...] para apurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas. Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é exclusivamente jurídico ou lógico. [...] embora o efeito pretendido pelo princípio sobre o mundo dos fatos seja perfeitamente definido, há uma multiplicidade de condutas em tese possíveis e adequadas para atingi-lo, sem que a Constituição tenha optado por qualquer uma delas. O enunciado constitucional que determina à ordem econômica a busca do pleno emprego apresenta um exemplo dessa característica. Não há propriamente indeterminação no que toca aos efeitos pretendidos pelo dispositivo: seu claro propósito é que todos tenham emprego. E essa alteração que ele deseja produzir no mundo dos fatos. Porém, esse resultado pode, em tese, ser alcançado de várias maneiras” (BARCELLOS, 2006, p. 71-73).



uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução no caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações do princípio da isonomia. [...]. Com efeito, a ponderação corriqueira de regras fragilizaria a própria estrutura do Estado de Direito; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação da norma se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar/novamente, todas as conveniências e interesses envolvidos na questão para, ao fim, definir o comportamento desejável. [...] Em uma democracia, é natural que apenas um sentido mínimo de determinado princípio seja definido constitucionalmente – e, portanto, seja oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder político –; o restante da extensão possível do princípio deverá ser preenchida pela deliberação majoritária, em função da convicção das maiorias em cada momento político: e nesse ponto teremos, em especial, as regras infraconstitucionais. Isto é: esse espaço de expansão do princípio fica reservado, pela Carta, à definição pelos meios próprios da deliberação democrática em um ambiente de pluralismo político. Em suma: caberá ao Legislativo e ao Executivo, no exercício de suas competências constitucionais, formularem as opções que darão conteúdo aos princípios (BARCELLOS, 2006, p. 81-83).

E conclui:

O reflexo do que se acaba de expor sobre o estudo da ponderação reforça o parâmetro proposto inicialmente: as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios. Isto é: em uma situação de conflito inevitável, a regra deve ser preservada e o princípio comprimido, e não o oposto (BARCELLOS, 2006, p. 81).

Ora, para ser breve, no caso em questão, a norma, ora constante no enunciado normativo do artigo 1.031, CC, que autoriza as partes a regrem os haveres, compõe o ordenamento jurídico há aproximadamente um século. O legislador teve inúmeras oportunidades de limitar a autonomia privada nos termos em que tem feito o Judiciário, vinculando-a a um sentido de justiça comutativa (equilíbrio das parcelas), autorizando apenas o regramento da forma de pagamento e não de apuração; todavia, não o fez (inclusive no recente CPC, ainda não vigente). Isso posto, parece possível alegar que as decisões que afastaram a aplicação da cláusula de apuração de haveres são potencialmente ilegítimas.

Em complemento, sob o ponto de vista específico da ponderação, não parece possível sustentar que o princípio do enriquecimento sem causa, fundado na aplicação equivocada da boa-fé objetiva, possa derrogar a norma do artigo 1.031, CC c/c 668, CPC de 1939. Em outros termos, no conflito entre ambos, deve prevalecer a regra do artigo 1.031, CC.

## 9.2 Conclusão parcial

O professor Wanderley Fernandes, em sala de aula, diz em tom jocoso (nem por isso com menor razão) que os princípios podem “emburrecer” o estudante de Direito. Essa observação tem por base a constatação de que os princípios se tornaram uma solução não só fácil, mas também preguiçosa para solucionar um conjunto de questões, as quais, em verdade, poderiam e deveriam ter sido resolvidas à luz do direito positivo. As críticas feitas ao Judiciário por Tepedino e Martins-Costa pelo mau uso do princípio da boa-fé objetiva apontam nessa mesma direção.

A exposição da ponderação serviu aqui para mostrar que a aplicação dos princípios (somos favoráveis, sem prejuízo da crítica de Fernandes) demanda um exercício hermenêutico. O esforço deste estudo quanto aos princípios da boa-fé objetiva e da função social foi dialógico, particularmente para esvaziar o conteúdo que lhes dera o Judiciário e preencher com aquele que foi idealizado pela lei e pela doutrina. Desse exercício nasceu a comprovação de que o fundamento de grande parte das decisões judiciais que afastaram a cláusula de apuração de haveres estava equivocado. A atuação judicial, a partir da correta interpretação dos referidos princípios no “campo” empresarial, deveria ter sido em sentido contrário, qual seja, de fortalecer o contrato e a sociedade. Assim, também espera-se ter se comprovado que o uso do “enriquecimento sem causa”, seja como fonte de obrigação, seja como princípio, para afastar as cláusulas de apuração de haveres é inadequado.

## 10 DA DISSOLUÇÃO TOTAL SIMULADA: A SOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Constatou-se, a partir da pesquisa jurisprudencial feita, que o Judiciário definiu um método próprio de apuração de haveres, que ora se denominou *dissolução total simulada*, para os casos em que o contrato era omissivo, como também para aqueles em que afastou a aplicação da cláusula de apuração de haveres, porque a julgou injusta – com a imposição de obrigações desequilibradas e conseqüente enriquecimento sem causa da sociedade e remanescentes. Nas seções anteriores, defendeu-se que os fundamentos usados pelo Judiciário para afastar a cláusula de apuração de haveres parecem ter sido equivocados e que há argumentos para defender o autorregramento dos haveres pelos sócios para o fim de desenvolver a sociedade. Ainda assim, não se poderia finalizar este trabalho sem fazer alguns comentários ao método judicial. Esse, brevemente, é o propósito desta seção.

### 10.1 Da crítica à “dissolução total simulada”

A “dissolução total simulada”, também sustentada por Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 470) para os casos de omissão contratual, foi assim definida por ele:

Para garantir o equilíbrio na composição dos interesses, o sócio, na dissolução parcial, deve receber exatamente o que receberia se fosse esta total. A apuração de haveres simula a liquidação da sociedade, para definir o valor do reembolso. A liquidação da quota só será feita por outro critério, se expressamente determinado em contrato social.

A posição deste estudo é contrária à que vem sendo imposta pelo Judiciário, pelas seguintes razões, tanto pela intervenção em si no pacto societário, como também pela solução (substitutiva ao contrato) que adota.

O primeiro ponto é que o Judiciário ignora o impacto negativo que a saída do sócio produz na sociedade (diminuição de capital econômico, crédito e humano) – vide *capital lock in* – limitando a aplicação do princípio de preservação da empresa apenas quanto à forma de pagamento dos haveres (e não quanto à forma de apuração).

Em complemento, tal situação de prejuízo à sociedade (sócios e não sócios), não raramente, considera(ou) os ativos intangíveis em seu maior nível, sem levar em conta que estes

foram construídos quando a sociedade contava com a sua “capacidade máxima”. Usemos um exemplo um tanto absurdo para ilustrar a situação. Imaginemos que a sociedade atuasse na área de tecnologia e tivesse por sócio retirante o Bill Gates; obviamente, o valor imaterial da sociedade estava relacionado com a sua condição de sócio. Não faria sentido que ele recebesse os haveres, considerando-se a marca, o fundo de comércio da sociedade, etc., enfim, todos os ativos imateriais que foram construídos a partir da sua imagem. Em outras palavras, todo sócio, em maior ou menor intensidade, leva consigo parte dos ativos imateriais da sociedade, como também, tal como sustentado pelo *capital lock in*, minora a possibilidade de sucesso da empresa, de modo que a apuração de haveres tal como tem sido determinada pelo Judiciário penaliza duplamente a sociedade (e, destaque-se, isso em prejuízo não apenas dos sócios, como também dos não sócios): diminui seu valor e a obriga a pagar ao retirante um valor maior do que lhe era devido (em razão da escolha da base de cálculo para apuração).

No mesmo sentido, ainda que a retirada não impactasse a sociedade, o fato é que é inerente a toda atividade empresarial um certo nível de risco: o risco do negócio (por exemplo, risco proveito, reconhecido pelo direito do consumidor como fundamento para impor responsabilidade objetiva ao fornecedor de produto ou serviço). Pois bem, quando o Judiciário sustenta que o sócio que se viu obrigado a deixar a sociedade por quebra da *affectio societatis* deveria receber haveres amplos em razão da perda da oportunidade de colher os frutos do negócio, deveria também considerar os riscos do negócio. Nesse norte, seria recomendável incluir na cláusula de apuração de haveres um pacto de partilha de risco.

Cabe ainda destacar que a inclusão dos ativos imateriais é incompatível com um método que tem por pressuposto a extinção das atividades da empresa (dissolução total), ainda que tal dissolução seja simulada os vetores de trabalho do *expert* responsável pela apuração da sociedade são contraditórios. A metodologia, portanto, é imprecisa (atécnica).

Outrossim, para além das críticas ao método judicial, não se pode deixar de observar que a não aplicação da cláusula de apuração de haveres tem um efeito perverso *per se*, qual seja, incentivar o comportamento oportunístico do sócio, o qual, diante de qualquer adversidade, transveste-se de vulnerável e bate à porta do Judiciário em busca de uma apuração ampla.

Essa fala alegórica tem por objetivo destacar uma realidade trágica. O Judiciário, ao consolidar uma jurisprudência que desconsidera o pacto selado entre os sócios, incentiva, de um lado, que as partes deixem de convencionar um tema de grande importância para a vida social e, de outro lado, estimula uma conduta oportunista os sócios, na medida em que

proporciona a alguns que construam o discurso da vulnerabilidade, de modo a se enquadrarem no esquema de decisões que considera ineficaz a cláusula de apuração de haveres que fixa valor de reembolso inferior àquele resultante da dissolução total dissimulada. Nesse sentido, perde, sem fundamentos consistentes, a sociedade uma ferramenta (a cláusula de apuração de haveres) sobejamente importante para o seu desenvolvimento. A esse propósito, vale a pena trazer a lição dos professores americanos Rock e Wachter acerca de qual é a função (social) do contrato. Asseveram:

[...] locking participants into a relationship in which there are substantial investments in match is valuable because it avoids the hold-up problem (i. e., threatening to leave before the omelet is done). It also **forces the parties to resolve the problems themselves, avoiding defections; provides high-powered incentives to succeed; and prevents the parties from threatening to impose heavy costs (by threatening expensive litigation) as a way of renegotiating the division of the joint surplus** (ROCK; WACHTER, 1999, p. 27, grifo nosso).

Ora, para o direito brasileiro, tais benefícios decorreriam da aplicação da boa-fé objetiva (campo empresarial) e da função social ao contrato social e à própria sociedade. Vê-se, assim, o quão distorcido é o olhar do Judiciário para a empresa.

## 10.2 Conclusão parcial

Deve-se admitir que a tarefa de definir o método de apuração de haveres não é fácil<sup>96</sup>. Tal questão, contudo, embora muito discutida pelo Direito, parece-nos estar mais afeta à

---

<sup>96</sup> Acerca da dificuldade de avaliação, o que se agrava quando há de ser feita pelo Judiciário, pede-se licença para compartilhar a lição dos professores Rock e Wachter que ilustra que nos EUA, para muitos negócios, o método principal é o “fluxo de caixa descontado” ou comparativo de empresas, os quais, todavia, não se mostram viáveis nos casos de empresas imaturas, ou seja, cujo produto ou serviço não fora ofertado ao mercado, ou para empresas familiares, dada a ausência de dados que compõe as variáveis para avaliação, como no caso das *startups* do Vale do Silício, ou diferença de percepção de valor sobre os ativos. Dizem eles: “If we are correct that the close corporation form is most appropriate for firms with substantial investments in match, the valuation problem will be intractable. A market valuation will be unavailable (because the assets are worth much less to third parties than to the participants in the enterprise), and a cash flow analysis will face, all of the informational problems that make it impossible to sell the assets to third parties. Generally, a company's assets are valued by first estimating the future discounted stream of the free cash flow that they generate, and then attaching a multiple that reflects the discount rate and the risk associated with the cash flow. The estimate of free cash flow is based on several factors, including the past performance of the company in generating revenue, the performance of comparable assets in other companies, and the market outlook for the products produced by the assets. This standard valuation methodology, while adequate for established firms, does not work well in most close corporations because the required data is not available. The company may have very limited past performance, the management may be too untested to allow reliable future predictions, and the company's products or services may be too novel to allow easy comparisons with seasoned firms. It requires time to determine whether the

Contabilidade, formação predominante dos profissionais nomeados judicial e extrajudicialmente para execução do trabalho, e a outras ciências mais próximas das ciências exatas, e dos bens que se pretende avaliar. Assim, por exemplo, uma empresa que investe em obras de arte há de ser avaliada também por um *expert* em artes. Trata-se, diga-se, de atividade complexa.

Nessa linha, adere-se ao posicionamento da professora Roberta N. Prado (2011), segundo o qual o procedimento de apuração de haveres é particular de cada sociedade, ou seja, deve levar em consideração as suas particularidades, tais como o setor de atuação (indústria, serviço, comércio, etc.), a atividade propriamente dita, o perfil dos ativos, a estrutura de custos, etc. Assim, poder-se-á adotar o método de avaliação patrimonial (pura e simples), múltiplos, entre outros.

É por esse motivo também que, ao que parece, a obrigação do(s) *expert(s)* é de meio, aproximando-se de uma obrigação de melhores esforços (*best efforts*). Deve ele, de modo fundamentado, identificar o patrimônio e eleger o método que melhor se encaixe, para perseguir o valor que mais se aproxime daqueles, cujas diretrizes são dadas pelas partes (extrajudicial) ou pelo juízo.

O método judicial, embora implique a nomeação de *expert*, dá, como se mostrou, orientações incompatíveis (ativos imateriais e extinção da atividade) e o obriga a desconsiderar fatores deveras importantes: o risco do negócio e o impacto negativo da saída do sócio, além de tornar regra a avaliação patrimonial, a qual, em muito dos casos, é incompatível com a atividade da sociedade – isto é, mesmo nos casos em que a saída é legítima, a avaliação é inadequada. Além disso, tem servido como um grande desincentivo ao regramento dos sócios. São nesses pontos que se concentram as críticas deste estudo. Em resumo, propósito aqui é demonstrar a potência da cláusula de apuração de haveres como um instrumento de regramento da vida societária vetorizada para o desenvolvimento social.

---

product ideas will work out and produce free cash flow of any given size. - Indeed, the difficulties of valuing the assets of the close corporation are, at least in the Silicon Valley context, an important explanation for why the company continues to be privately held. By the time enough information is available on likely performance to value the match assets of the close corporation, it is time for the close corporation to go public. Similarly for firms furthest from access to a public market, the valuation problems are the greatest. Take, for example, the classic mom and pop corporation. When mom and pop are the enterprise, it is- difficult to distinguish any ongoing market value from the value provided by the principals. The enterprise's match assets may be so tied to mom and pop that no independent valuation can be attributed to the firm's other assets. Moreover, in this case, generating additional years of performance data will not bring the firm closer to a reliable market valuation. Valuing the firm by looking at the sale value of comparable firms would also be stymied by the distinctiveness of the enterprise and the difficulty in identifying comparables. Finally, when comparable companies can be found, one's confidence in the resulting valuations will be challenged by the thinness of the market”.

### 10.3 Conclusão da seção

O objetivo da presente seção foi demonstrar que o pressuposto para as decisões que afastaram a cláusula de apuração de haveres não pode ser considerado como regra verdadeiro, qual seja, a vulnerabilidade do retirante; e, assim, também equivocado o fundamento da boa-fé objetiva com função protetiva, em detrimento da real função social da sociedade e do contrato social. Ademais, que a cláusula que fixa um valor de reembolso abaixo do valor apurável pelo método judicial não caracteriza enriquecimento sem causa dos remanescentes e da sociedade. Nesse sentido, há razões de ordem pública para fazê-lo. A aplicação de tais princípios demanda, portanto, ponderação.

Destarte, o objetivo foi provar que a cláusula de apuração de haveres tem potência para ser um valioso instrumento de desenvolvimento da sociedade. Potência que, por sua vez, para se tornar efetiva, exige que os preceitos da boa-fé objetiva e da função social não só constem dos instrumentos contratuais, como também orientem o agir da sociedade, de sorte que, existente um conflito judicial, possa o judiciário considerar tais aspectos para o fim de considerá-las (as cláusulas) eficazes.

O propósito deste trabalho, particularmente da seção, é também informacional. Informar as partes sobre a possibilidade de autorregrem os haveres e seus requisitos, bem como de sensibilizar o judiciário para importância da função que a cláusula de apuração de haveres pode desempenhar e, implicitamente, para a importância da sociedade, como forma de organização e desenvolvimento da economia.

## 11 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por propósito analisar a cláusula de apuração de haveres sob duas perspectivas.

A primeira, de identificar a capacidade de autorregramento das partes a partir do que estabelece a legislação, do presente (artigo 1.031, CC), do passado (ainda vigente – artigo 668, CPC de 1939) e do futuro (artigos 604 e 609, do novo CPC), o que foi feito por meio da análise jurisprudencial.

A segunda foi de comprovar, por meio da crítica à jurisprudência que toda a legislação concede e não limita a autonomia das partes, o que, todavia, não significa que não haja limite para o exercício dessa (tal como de outras) liberdade contratual. Ao que parece, esse limite é dado pela função social da empresa, de sorte que a liberdade deve ser orientada no sentido de preservar e desenvolver a sociedade. A tese deste estudo adota, portanto, uma visão protetiva contrária à do Judiciário, cujo olhar foi, em regra, de proteção ao retirante. Este foi pressupostamente visto como vulnerável, o que, aliás, levou a uma aplicação equivocada da boa-fé objetiva, com função equilibradora, o que, como destacado por Tepedino, representa uma distorção do princípio que, mesmo para as relações de consumo, foi concebido para impor conduta leal e prova às partes, em respeito ao princípio da confiança

Pois bem, constatou-se que o Judiciário concede uma liberdade parcial às partes para regerem a apuração de haveres, limitada ao estabelecimento de condição de pagamento (não à forma de apuração), autorizando que seja feito em parcelas.

O fundamento para tal autorização é a necessidade de preservar a sociedade diante do risco de descapitalização gerado por eventual obrigação de pagar vultosa quantia em única parcela. O fundamento, então, é o da “função social” da sociedade (e do seu contrato social); em outras palavras, é o reconhecimento da função social desempenhada pela sociedade que conduz a sua preservação. Ao que tudo indica, contudo, tal princípio é aplicado de forma por demais mitigada pelo Judiciário. Afinal, quando se fala em função social da sociedade, não se pode ignorar que tal função deve estar refletida no contrato social e, se assim feito, deve orientar a sua elaboração, interpretação e execução.

Nesse sentido, oportuno destacar que a função social se estabelece como um requisito para a proteção jurídica. Usemos o exemplo da propriedade rural (sem perder de vista que a sociedade pode ser vista com a propriedade dos meios de produção) para facilitar a compreensão. O Direito só concede proteção plena à propriedade rural que cumpra a sua função



social (artigo 186, CF), ou seja, que seja produtiva, respeite as normas ambientais, etc. Quem não o fizer, fica sujeito à desapropriação para fim de reforma agrária. Assim, o conjunto de direitos abarcados pelo direito à propriedade (uso, gozo, fruição) devem ser executados, interpretados em razão dessa função social, e os limites a tal exercício devem ser interpretados à luz dessa sua função social. Enfim, a função social rege o exercício do direito.

Ao que parece, então, a cláusula de apuração de haveres há de ser concebida, interpretada e executada tendo em vista a função social da sociedade e, por conseguinte, a necessidade não apenas de preservação, como também de desenvolvimento. Destarte, a cláusula deve agir com um instrumento de incentivo ao comportamento adequado das partes, assim entendido, à luz da boa-fé objetiva no “campo” do direito empresarial, especialmente no societário, de um lado, para impor o dever de cooperação intrassocietária (o qual reflete conduta leal e prova que pode ter por parâmetro os deveres – lealdade e informação – imposto aos controladores e aos administradores das sociedades anônimas, com base no artigo 1.053, parágrafo único do CC, ou mesmo por analogia) e, de outro lado, para garantir que a sociedade considere no seu processo de desenvolvimento os interesses dos não sócios (empregados, fornecedores, consumidores, fisco, comunidade – enfim, todos aqueles que são impactados pela sua atividade).

Especificamente, pode-deve (poder-dever) a cláusula desincentivar a retirada dos sócios, sobretudo quando a sociedade estiver em formação ou expansão, tendo em vista o impacto que a saída dos sócios provoca na sua capacidade de financiamento – econômico, crédito ou humano, tal como sustentado pelo *capital lock in*.

Contudo, para que a cláusula desempenhe essa função, há de haver um esforço probatório para comprovar a existência e a intensidade do impacto da saída do sócio. De modo que, por exemplo, os planos de investimentos precisam ser conhecidos e, melhor ainda, comprometer, atribuir responsabilidades a todos os sócios, consignar que essa participação é fundamental à consecução do projeto (que pode ser o objetivo da empresa em formação ou da sua expansão).

Quanto a esse aspecto, conveniente observar que a adoção dessa perspectiva (impacto negativo da retirada) invalida o método judicial da apuração de haveres, na medida em que o Judiciário não o considera (impacto negativo), bem como avalia os ativos para fim de apuração sem ponderar, avaliar o custo para a sociedade dessa saída, que consiste, por exemplo, em menor disponibilidade de caixa, aumento de custo com substituição da mão de obra do sócio por empregado, menor capacidade de crédito dada a menor disponibilidade de patrimônio de

sócio para garantir as operações de crédito. O método judicial ignora ainda o risco de negócio (o qual, como se vê, é majorado com a retirada). Dessa perspectiva, seria possível dizer que esse método, em verdade, enriquece indevidamente o retirante.

Ademais, a finalidade pública, tal como sustentada, justificaria eventual enriquecimento sem causa da sociedade e dos remanescentes, seja porque obriga a ponderação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa em face do interesse social de preservar a empresa, isto é, do princípio da função social, como também do da boa-fé objetiva (empresarial), de modo a incentivar o cumprimento dos contratos como condição para o desenvolvimento do mercado (teoria da confiança), seja porque constitui negócio jurídico existente, válido, eficaz e idôneo para atribuir causa ao enriquecimento, afastando a incidência dos artigos 884 e subsequentes, CC (fonte de obrigação de restituir).

A esse propósito, não é demais destacar que não há nenhuma razão para não considerar, sob o ponto de vista da teoria do negócio jurídico, válida e eficaz a cláusula de apuração de haveres que fixar valor de reembolso abaixo do “real valor” da sociedade. Como dito, o Judiciário, ainda que de forma implícita, sustenta que a apuração ampla visa a indenizar o retirante pela perda de oportunidade de perceber os resultados da empresa. Ora, como restou comprovado, é possível às partes pactuarem, como adjeto ao contrato, obrigação de não indenizar.

Enfim, o que se pretendeu, e espera-se ter se conseguido provar, é que a cláusula de apuração de haveres pode ser um poderoso instrumento de incentivo ao desenvolvimento da sociedade, cujo uso, todavia, é acanhado, em razão de uma atuação, em regra, equivocada do Judiciário, manifestada sob a forma de intervenção indevida e fundamentos equivocados, que partem do falso pressuposto de vulnerabilidade do retirante. É preciso que o Judiciário reconheça verdadeiramente a importância da sociedade (empresa) para o desenvolvimento do mercado e, por conseguinte, socioeconômico do país, como também que aplique a boa-fé objetiva de forma adequada no “campo” das relações societárias, para incentivar uma postura leal e proba dos contratantes (igualmente importante para o desenvolvimento do país), invertendo seu foco de proteção do retirante para a sociedade; bem como que as partes redescubram o potencial da cláusula de apuração, especialmente com essa função instrumental. Antes de terminar, é preciso anotar que não se está aqui a defender o estabelecimento de cláusula de apuração de haveres que estabeleçam valor irrisório, especialmente quando sem razão justificável ou, tal como sustentado pelo professor Estrella, com base apenas na *pacta sunt servanda* e na segurança jurídica; quando haja flagrante assimetria entre os sócios; ou

abusos. Nesse sentido, estamos cientes que os pressupostos fáticos adotados, como, por exemplo, equilíbrio econômico e político entre os sócios, tendem a variar caso a caso, relativizando as nossas conclusões. Parece-nos, contudo, que isso não as invalida, tampouco a utilidade do estudo.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Sociedades Limitadas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito Privado**: Coleção Estudos e Pareceres II. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes: renúncia ao direito de indenização: promessa de fato de terceiros: estipulação em favor de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 769, p. 103-109, nov. 1999.

\_\_\_\_\_. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2002.

AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOLINA, Caio Julios. Contrato Social. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coords.). **Tipos Societários**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.708**, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto-lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto-lei nº 4.565**, de 11 de agosto de 1942. Altera e retifica disposições do Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4565.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 556**, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. 2015a. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1416710 RJ 2011/0089436-1**. Quarta Turma. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 03/04/2014. 2014a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25062774/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1416710-rj-2011-0089436-1-stj>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **APL 994040797694 SP**. Relator: Jesus Lofrano. Julgamento: 09/03/2010. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8440992/apelacao-apl-994040797694-sp>>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.239.754 / RS**. Quarta Turma. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 15/05/2012. 2012a. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2012-05-15;1239754-1188481>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.371.843 / SP**. Terceira Turma. Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 20/03/2014. 2014b. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2014-03-20;1371843-1338989>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.444.790 / SP**. Quarta Turma. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 26/08/2014. 2014c. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2014-08-26;1444790-1380666>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 105.667 SC 1996/0054276-7**. Relator: ministro Barros Monteiro. Julgamento: 26/09/2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/331409/recurso-especial-resp-105667-sc-1996-0054276-7>>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 127.555 / SP**. Terceira Turma. Relator: ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 12/05/1998. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:1998-05-12;127555-214665>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 130.617 / AM**. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 18/10/2005. 2005a. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2005-10-18;130617-652841>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1416635 SP 2013/0322707-0**. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 07/04/2015. 2015b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182865589/recurso-especial-resp-1416635-sp-2013-0322707-0>>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 143.057 / SP**. Terceira Turma. Relator: ministro Ari Pargendler. Julgamento: 06/09/2001. 2001a. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2001-09-06;143057-410874>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 24.554 / SP**. Terceira Turma. Relator: ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 06/10/1992. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:1992-10-06;24554-31529>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 242.093 / RS**. Quarta Turma. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 02/04/2012. 2012b. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2002-04-02;242093-438513>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 256.456 / SP**. Quarta Turma. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 22/03/2001. 2001b. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2001-03-22;256456-388829>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 271.930 / SP**. Quarta Turma. Relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 19/04/2001. 2001c. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2001-04-19;271930-425054>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 302.366 / SP**. Quarta Turma. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 05/06/2007. 2007a. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2007-06-05;302366-759711>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 33.458-9-SP. Terceira Turma. Relator: ministro Eduardo Ribeiro. **DJU**, 22/08/1994. 1994a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 43.896-9-SP. Relator: ministro Cláudio Santos. **DJU**, n. 38, 26/02/1996, p. 4.008/4.009. 1996a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 44132 SP 1994/0004434-8**. Relator: ministro Eduardo Ribeiro. Julgamento: 11/12/1995. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182865589/recurso-especial-esp-1416635-sp-2013-0322707-0>>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 450.129 / MG**. Terceira Turma. Relator: ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 08/10/2012. 2012c. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2002-10-08;450129-466301>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 453.476 / GO**. Terceira Turma. Relator: ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgamento: 01/09/2005. 2005b. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2005-09-01;453476-658857>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 49.336-6-SP. Terceira Turma. Relator: ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 29-8-1994. **DJU**, Seção I, 17/10/1994, p. 27893, Bol. da AASP n. 1.871, p. 127-e. 1994b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 52.094 / SP**. Terceira Turma. Relator: ministro Nilson Naves. Julgamento: 13/06/2000. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2000-06-13;52094-366485>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 564.711 / RS**. Quarta Turma. Relator: ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 13/12/2005. 2005c. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2005-12-13;564711-673084>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 612.886 / MT**. Terceira Turma. Relator: ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 02/06/2005. 2005d. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2005-06-02;612886-630277>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 654.288 / SP**. Quarta Turma. Relator: ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 22/03/2007. 2007b. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2007-03-22;654288-753560>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 87.731 / SP**. Terceira Turma. Relator: ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 26/06/1997. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:1997-06-26;87731-180513>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 907.014 / MS**. Quarta Turma. Relator: ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 11/10/2011. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2011-10-11;907014-1140371>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 958.116-PR**. Quarta Turma. Relator originário: ministro João Otávio de Noronha. Relator para o acórdão: ministro Raul Araújo. Julgamento: 22/05/2012. 2012d. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2012-05-22;958116-1251750>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 38.160-6**. Relator: ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 09/09/1993.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 77.122/PR**. Quarta Turma. Relator: ministro Ruy Rosado Aguiar. Julgamento: 13/02/1996. 1996b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **REsp 89.464-SP**. Relator: ministro Cordeiro Guerra. Relator(a) p/ Acórdão: ministro Décio Miranda. Julgamento: 12/02/1978. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE\(89464%20.NUM E.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE(89464%20.NUM E.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 1 out. 2015.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 265**. Brasília, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=265.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 6 out. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, [s. 1.], v. 2, p. 473, dez. 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2013.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ESTRELLA, Hernani. **Apuração de haveres de sócio**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Waldemar Martins Ferreira. **Instituições de Direito Comercial**. v. 2. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FONSECA, Priscila M. P. C. **Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio**. São Paulo: Atlas, 2007.

GODOY, Luiz Cláudio Bueno. **A função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, [s. l.], n. 100, p. 90-91.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson. A exclusão de sócio na sociedade por cotas de responsabilidade limitada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 638, p. 64-68, dez. 1988.

LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVlaw).

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro**. AZEVEDO, Antonio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). São Paulo: Quartier Latin: 2008

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV1**, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005.

NANNI, Giovane Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria dos Contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PARGENDLER, Mariana. O Direito Societário em Ação: Análise Empírica e Proposições de Reforma. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, [s. l.], v. 59, p. 215-256, 2013.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Decreto-lei nº 47.344**, de 25 de novembro de 1996. Código Civil Português. Disponível em: <[http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal\\_codigocivil.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf)>. Acesso em: 7 out. 2015.

PRADO, Roberta Nioac. Dissolução parcial de sociedade empresaria (Ltda. e S/A fechada), apuração de haveres e goodwill. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro Peixoto (Coord.). **Reorganizações Empresariais: aspectos societários e tributários**. São Paulo: Saraiva/GV Law, 2011.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Função Social da Sociedade: convivência entre interesse público e privado. In: **Gestão e Controle**. São Paulo: Saraiva, 2008. (Série GV Law).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCK, Edward B.; WACHTER, Michael L. Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in the Close Corporation. **Faculty Scholarchip**, 644, 1999. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 1 out. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 1. São Paulo, Saraiva: 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. **Revista de Direito Mercantil**, v. 127, p. 7-20, jul./set. 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ag.Reg. 22.352-2 – SP. Relator: ministro Waldemar Zveiter. **DJU-I**, 11/09/1992, p. 14.782. 1992a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ap. 0163907-02.2010.8.26.0100**. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: James Siano. Julgamento: 20/03/2013. 2013a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ap. 9110737-78.2004.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator: Elcio Trujillo. Julgamento: 27/11/2012. 2012a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ap. 9130401-03.2001.8.26.0000**. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator: Claudio Godoy. Julgamento: 01/02/2011. 2011a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ap. 9222105-53.2008.8.26.0000**. Relator: Adilson de Andrade. Revisor: Egidio Giacoia. Publicação: 14/03/2012. 2012b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35252918/djsp-judicial-2a-instancia-14-03-2012-pg-834>>. Acesso em: 6 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Ap. 9222354-04.2008.8.26.0000**. Relator: João Francisco Moreira Viegas. Julgamento: 07/03/2012. 2012c.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 387.129-4/7**. Relator: José Roberto Bedran. Julgamento: 05/09/2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 994.03.052579-2**. 3ª Câm. Dir. Privado. Relator: desembargador Jesus Lofrano. Julgamento: 25/05/2010. 2010a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 00026894420118260224 SP 0002689-44.2011.8.26.0224**. Relator: Francisco Loureiro. Julgamento: 26/06/2013. 2013b. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113990921/apelacao-apl-26894420118260224-sp-0002689-4420118260224>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 00039857120108260116 SP 0003985-71.2010.8.26.0116**. Relator: Moreira Viegas. Julgamento: 24/04/2013. 2013c. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114258609/apelacao-apl-39857120108260116-sp-0003985-7120108260116>>. Acesso em: 1 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 02567534320078260100 SP 0256753-43.2007.8.26.0100**. Relator: Fortes Barbosa. Julgamento: 12/09/2013. 2013d.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 1159318120058260000 SP 0115931-81.2005.8.26.0000**. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator: Helio Faria. Julgamento: 02/08/2011. 2011b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 64647620048260268 SP 0006464-76.2004.8.26.0268**. Relator: Enio Zuliani. Julgamento: 06/12/2011. 2011c. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20896296/apelacao-apl-64647620048260268-sp-0006464-7620048260268-tjsp>>. Acesso em: 6 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 9184672202005826 SP 9184672-20.2005.8.26.0000**. 10ª Câmara do Direito Privado. Relator: Coelho Mendes. Julgamento: 22/11/2011. 2011d. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20836203/apelacao-apl-9184672202005826-sp-9184672-2020058260000-tjsp>>. Acesso em: 7 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **APL 994.08.054191-8 SP**. Relator: Percival Nogueira. Julgamento: 19/08/2010. 2010b. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16024482/apelacao-apl-994080541918-sp>>. Acesso em: 6 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **REsp. 24.554-4**. Terceira Turma. Relator: ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 6/10/1992. 1992b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **REsp. 40.426-6**. Relator: ministro Costa Leite. Julgamento: 03/05/1994.

STOUT, Lynn A. On the nature of corporations. **Illinois Law Review**, Champaign, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2005/1/Stout.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2015.

TEIXEIRA, Egberto Larcera. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre o direito e ascensão do capitalismo (1972). **Revista Direito GV** 5, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 151-186, jan./jun. 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. Dissolução de sociedade e obstatção de enriquecimento ilícito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 772, p. 93-102, fev. 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.