XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO EMPRESARIAL II

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-316-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Empresarial. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

Os trabalhos do Grupo de Direito Empresarial II avançaram sobre diversos temas atuais da matéria, a exemplo de propostas legislativas em curso e efeitos de recentes alterações das leis referentes ao Direito Empresarial.

A rica produção divulgada neste GT do Conpedi de Curitiba tem o mérito de reunir aportes relevantes em muitos eixos do Direito Empresarial, como direito das sociedades, com exposições relevantes sobre temas complexos de sociedades anônimas e também de sociedades limitadas, a exemplo da dissolução parcial, da exclusão de sócio e dos direitos das minorias. Há também artigos de relevo sobre a recuperação judicial, inclusive sua processualística, sobre compliance e sobre as microempresas.

Trata-se de um conjunto relevante de publicações, que demonstra a importância científica do CONPEDI, em todos os ramos do Direito.

Prof. Dr. Andre Lipp Pinto Basto Lupi - Uniceub

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE RECESSO NA FALÊNCIA

ANALYSIS OF THE SHAREHOLDER'S RIGHT OF WITHDRAWAL IN BRAZILIAN BANKRUPTCY LAW

Caroline Da Rosa Pinheiro
Gustavo Flausino Coelho

Resumo

Este trabalho apresenta considerações sobre o direito de recesso e as regras impostas ao exercício desse direito em caso de falência. Primeiro será feita uma abordagem do instituto no âmbito das sociedades empresárias limitadas e companhias. Em seguida, o tratamento dispensado ao sócio ou acionista que deseja sair da sociedade falida, bem como um retrospecto do tratamento conferido à matéria pelos diplomas legais que antecederam a atual lei falimentar. Ao final, será abordada a hipótese de o sócio de sociedade falida exercer o direito de recesso, apesar de situação de insolvência deflagrada na sociedade.

Palavras-chave: Direito de recesso, Direito de retirada, Efeitos da falência

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to address some aspects of the withdrawal right and the applicable rules related to the such right in a bankruptcy. At first, the withdrawal right will be analyzed in the limited liability company and the joint-stock company in Brazil. Then, the corporate and bankruptcy legislation will be reviewed in order to confirm the past and current provisions related to this issue. Finally, this paper will address the possibility of the shareholder exercise its withdrawal right in a bankruptcy situation, despite the delicate economic situation of the company.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Withdrawal right, Dissenting shareholder's right of withdrawal, Effects of bankruptcy

Introdução

Por meio desse trabalho, busca-se tecer algumas considerações sobre o exercício do direito de recesso no âmbito das sociedades empresárias limitadas e das sociedades por ações, bem como sobre a responsabilidade do sócio em decorrência desse exercício.

Nesse sentido, ao longo do item subsequente, trata-se da evolução do instituto do recesso pelo direito falimentar brasileiro de forma a estabelecer alguns argumentos que serão expostos a seguir.

Ato contínuo, apresenta-se a delicada questão da suspensão do direito de recesso na falência, ante a aplicação do atual diploma legislativo falimentar, nos moldes dispostos no artigo 116 da Lei nº 11.101/2005. Para tanto, fazemos um retrospecto do tratamento conferido à matéria pelos diplomas legais que antecederam a mencionada Lei nº 11.101/2005, passando pelo Código Comercial de 1850, pelos Decretos nº 3.708/1919 e 7.761/1945.

Por fim, e antes de tecermos as nossas considerações finais, apresentamos de forma hipotética a situação de um sócio de sociedade falida exercer o direito de recesso, apesar de situação de insolvência deflagrada na sociedade. Nesse momento, ousamos indicar alguns argumentos que podem servir à reflexão sobre a mitigação da regra de suspensão do direito de recesso, aparentemente consolidada tanto na legislação falimentar como na doutrina hodierna.

1. O direito de recesso ou retirada

Desde o princípio da codificação do Direito Comercial formou-se o consenso de que ninguém seria obrigado a se manter associado à determinada sociedade, razão pela qual, durante os anos seguintes ao final da primeira metade do século XIX e início do século XX, ganharam força os institutos da despedida, de recesso ou retirada e da dissolução parcial da sociedade.

O direito de recesso ou retirada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro após o advento do direito de despedida, que já era previsto no Código Comercial de 1850, conforme determinava o seu artigo 339:

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

Conforme se verifica pela redação do artigo, a ideia predominante era a de que a despedida ocorreria sempre sem justificativa, haja vista que o direito de despedida vigente à época não previa a possibilidade de despedida justificada.

Nesse sentido, Comparato entende que:

> No Código Comercial brasileiro, a retirada de sócio por ato unilateral de vontade foi admitida incidentemente, para as pessoas, no art. 339, sob a denominação de despedida. O Código no previu, porém, o recesso justificado (e sim, tão só, a exclusão por justa causa – mesmo artigo) entendendo que a existência de uma causa justa para o desligamento do sócio haveria de desembocar, necessariamente, na dissolução social contenciosa (art. 336). Prevaleceu para tanto, ao que parece, a ideia de que a justa causa de retirada importaria numa quebra da *affectio societatis*.[1]

Fica evidente que autor correlaciona os institutos da despedida e do recesso, de modo que o último consistiria na transformação do primeiro no decorrer do tempo, no seu aprimoramento. Todavia, esse ponto de vista encontra contraponto no entendimento de Lucena, que afirma:

> Cumpre, no entanto, esclarecer que o Código Comercial, ao se referir, tocantemente às sociedades de pessoas, ao "sócio que se despedir antes que dissolvida a sociedade" (art. 339), não se está reportando ao direito de recesso, como direito essencial do sócio dissidente, assegurado em lei, mas sim, consoante visto, à saída voluntária, sem causa ou motivo, a qual depende do consentimento dos sócios, se não houver cláusula contratual expressa autorizando-a.[2]

De fato, faz sentido a alegação de Lucena, uma vez que o direito de recesso tal qual conhecemos hoje em dia distingue-se do direito de retirada por este depender necessariamente da autorização expressa do contrato social ou da anuência dos demais sócios.

É nesse sentido que se afirma que o direito de recesso surgiu no Brasil, apenas após a sua construção no cenário jurídico internacional, com a edição do Decreto nº 3.708/1919, que

---

[1] COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 240 a 241.

[2] LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 547.

regulamentou a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada e determinou:

> Art. 15. Assiste aos socios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correpondente ao seu capital, na proporção do ultimo balanço approvado. Ficam, porém, obrigados ás prestações correspondentes ás quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessarias para pagamento das obrigações contrahidas, até á data do registro definitivo da modificação do estatuto social.

Desde já, é possível notar diferença entre os direitos de despedida e de recesso ou retirada. Ao analisar os dois artigos, é possível aferir que o primeiro não dependia de qualquer motivação e que estava diretamente relacionado com a anuência dos sócios ou do contrato social. Já o segundo, de diferente modo, tem por motivação a alteração do contrato social da sociedade, independe da anuência dos demais sócios e, além disso, previa o necessário reembolso da quantia correspondente ao capital empreendido pelo sócio retirante.[3]

Hoje em dia, a legislação brasileira prevê a possibilidade de recesso em duas leis: no Código Civil (Lei nº10.406/2002) e na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76 ou "LSA"). No primeiro caso, tal direito se refere às sociedades simples e limitadas e é previsto de forma aberta, de modo que qualquer sócio pode, a qualquer momento, desligar-se da sociedade através do exercício do direito de recesso. A LSA, diferentemente, estipula casos nos quais o direito de recesso pode ser exercido, em rol legalmente elencado é taxativo.

1.1 Conceito e características do direito de recesso ou retirada

[3] Destaca-se a aula dada por Lucena, que afirma: "Na saída, o sócio deixa a sociedade mediante ato voluntário, unilateral, jamais forçado, sem declinação de motivo ou justificação de causa. Trata-se de denúncia vazia, oca ou abstrata, aceita pelos consócios, ou autorizada pelo contrato social. Pertinentemente escoliou-se Carvalho de Mendonça, anteriormente ao advento das sociedades por quotas, portanto se reportando tão somente às sociedades de pessoas, reguladas pelo Código Comercial, *verbis*: 'Nas sociedades, que não revestem a forma anônima, os sócios fazem parte da sociedade até a sua dissolução e final liquidação, onde apuram os seus interesses. Razões, entretanto, podem haver, em vantagem da sociedade e dos sócios, que aconselhem a retirada ou despedida de um destes. A retirada ou despedida de um sócio, continuando a sociedade, pode dar-se em virtude: 1) do consentimento unânime expresso de todos os sócios; ou 2) de cláusula contratual que autorize' Claro, no entanto, que o escólio alcança as sociedades por quotas, nas quais, nas condições apontadas, pode dar-se a saída de um dos sócios, continuando a sociedade com os demais, pago aquele de seus haveres sociais, consoante, mais de espaço, exporemos no capítulo XV, sobre a dissolução parcial da sociedade. Já o exercício do direito de recesso (...), embora igualmente ato de vontade exclusiva do sócio, há de fundar-se contudo em causa elencada em lei. Trata-se de denúncia cheia ou plena. Pode ocorrer nas sociedades anônimas (...) e nas limitadas." LUCENA, José Waldecy. **Op. Cit.**, p. 547.

O direito de recesso ou retirada deve ser entendido como um mecanismo de defesa dos sócios minoritários contra os excessos que podem ser eventualmente praticados pelos sócios majoritários ou por um grupo majoritário de sócios.[4]

Uma rápida análise da doutrina também permite vislumbrar que a conceituação do direito de recesso não encontra variações, pelo contrário, é complementada pelos diversos autores comercialistas.

No entendimento de Lucena, o direito de recesso é "o poder do sócio de determinar, com um ato de vontade unilateral, a dissolução da relação social limitadamente a esse sócio"[5]. Sob essa ótica, o autor afirma que o direito de recesso é potestativo, essencial, inatingível, irrenunciável, exercido junto à sociedade mediante declaração unilateral de vontade, de natureza receptícia, independente de declaração de motivos, pessoal, indivisível e de caráter imediato.[6]

Desse modo, segundo os ensinamentos do autor, o direito de recesso é pessoal e fundamental do sócio, que pode ser exercido a qualquer momento, sem justificativa, e ao qual o sócio não pode renunciar quando do ingresso na sociedade.

De forma similar, Fábio Ulhoa Coelho afirma que "define-se retirada como o direito de sócio de se desligar dos vínculos que o unem aos demais sócios e à sociedade por ato unilateral de vontade"[7].

Nota-se que, muito embora a simplicidade do conceito cunhado pelo autor, ele deixa claro que o direito de retirada está diretamente ligado à vontade do sócio em permanecer na sociedade.

Esse também é o entendimento de Tomazette, para quem:

> Tratando-se de sociedade por prazo indeterminado, assistia ao sócio o direito de, a qualquer momento, se retirar, apurando os haveres, não implicando tal fato em dissolução da sociedade. Essa possibilidade de retirada é um corolário da natureza contratual de tais sociedades, vigendo o princípio de que ninguém é obrigado a ficar preso a um contrato, podendo denunciá-lo a qualquer momento.[8]

---

[4] LUCENA, José Waldecy. **Op. Cit.**, p. 547.
[5] Idem. Ibidem, p. 550.
[6] Idem. Ibidem, p. 551 a 552.
[7] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 469.
[8] TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral do direito societário**. Volume 1. 6ª ed., São Paulo: Atlas, p. 385.

Mais uma vez, assim verifica-se nos conceitos supracitados, resta claro que o direito de retirada tem forte relação com a vontade de se manter sócio de determinada sociedade.

Nesse mesmo diapasão, Comparato ensina que:

> (...) o sócio exerce um direito potestativo, ou direito formador (...); isto é, um poder de vontade que produz efeitos jurídicos desde que a declaração do agente chega ao conhecimento do destinatário. (...) na retirada por vontade unilateral do sócio não se declara nem se investiga ou examina a causa do ato (...).[9]

Conforme o entendimento de Comparato, o direito de retirada é exercido pelo sócio, que, mesmo injustificadamente, pode manifestar a sua vontade de sair da sociedade, vontade essa que surte efeitos tão logo seja comunicada aos demais sócios.

Considerando os entendimentos ora abarcados, é possível afirmar que o recesso ou retirada, no direito brasileiro, consiste no poder fundamental que tem o sócio de desligar-se da sociedade mediante manifestação de vontade, não podendo sofrer, em regra, qualquer limitação ou ser alvo de renúncia.

Esse, no entanto, é um conceito genérico que, conforme será demonstrado mais adiante, pode sofrer variações quando aplicado às sociedades limitadas ou anônimas. Tais limitações, entretanto, não atingirão o conteúdo desse direito, mas tão somente a sua forma.

1.2. O direito de recesso nas sociedades limitadas

Já abordamos o conceito e as características do instituto do recesso ou retirada no item anterior. Não obstante, não devemos olvidar de esclarecer que há uma enorme diferença entre a maneira como a retirada é exercida nas sociedades limitadas de prazo indeterminado[10] e nas sociedades por ações.

O Código Civil, que regula as sociedades limitadas, ao tratar do direito de recesso, estabeleceu o sócio dissidente de deliberação que modifica o contrato social ou aprova fusão ou incorporação pode retirar-se da sociedade nos trinta dias subsequentes à reunião[11].

---

[9] COMPARATO, Fábio Konder. **Op. Cit.**, p. 240.

[10] O direito de retirada ou recesso não é aplicado às sociedades limitadas de prazo determinado, haja vista que essas se resolvem quando do termo do prazo contratado.

[11] Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

A interpretação do dispositivo parece evidenciar que, nas sociedades limitadas, o direito de recesso pode ser exercido sempre que houver modificação do contrato social. Dessa forma, o sócio discordante da alteração pode manifestar sua vontade de deixar a sociedade por meio do exercício do direito de retirada[12].

Nesse sentido, Tomazette salienta:

> Nos termos do código civil de 2002 (art. 1077), é autorizada a retirada dos sócios quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, fixando-se um prazo de 30 dias para o exercício de tal direito. Ora, mantém-se a regra geral, de que havendo modificação no contrato social, poderá ser exercido o direito de recesso, não se limitando tal direito à divergência em relação às alterações mais importantes do contrato social.[13]

De fato, nas sociedades limitadas, o sócio pode manifestar o seu direito de recesso livremente, isso porque, ao contrário do que ocorre com as sociedades anônimas, o Código Civil não impôs qualquer limite ao exercício do direito de retirada. Por essa razão, persiste, ainda, o espírito do Decreto nº 3.708/19, que apregoava a cláusula geral de recesso, pela qual a mera declaração da vontade bastava para a desvinculação do sócio da sociedade[14].

Além disso, parece que a redação do atual Código Civil manteve o entendimento já vigente de que a cláusula geral de recesso não pode ser restringida, mas somente alargada pelo contrato social. Nesse sentido, Lucena:

> Essa "clausula geral" é, no entanto (...) *ius dispositivum*, mas o é tão somente no sentido de que podem os sócios no ato de constituição da sociedade, ampliá-la, sem que a possam restringir, mesmo porque, como já deixamos averbado (...), em sendo o direito de recesso direito essencial e inatingível do sócio, não pode este previamente renunciá-lo no contrato social (...). Assim, podem os sócios, no ato constitutivo da sociedade, aduzir, além da causa legal de que toda alteração no contrato social autoriza o recesso, qualquer outra causa ensejadora de retirada, então nominada estatutária, que atenda aos seus interesses.[15]

---

[12] A previsão do Código Civil brasileiro de não estipular limites ao exercício do direito de recesso não seguiu o entendimento majoritário do cenário internacional, no qual o direito de recesso teve seu exercício bastante reduzido aos casos elencados em lei, favorecendo, assim, a estabilidade das relações e a segurança jurídica.

[13] TOMAZETTE, Marlon. **Op. Cit.**, p. 386.

[14] É oportuno ressaltar que, ainda em 1997, ou seja, antes do advento do Novo Código Civil, Lucena já evidenciava que o legislador brasileiro "optou por uma clausula geral determinativa de que toda alteração do contrato social, por mais insignificante que seja, autoriza o recesso do sócio dela discordante.". LUCENA, José Waldecy. **Op. Cit.**, p. 558.

[15] LUCENA, José Waldecy. **Op. Cit.**, p. 564.

Não obstante, é possível a limitação das hipóteses do exercício do direito de retirada com a alteração do quórum deliberativo nas sociedades limitadas, conforme a leitura do inciso III do artigo 1.076 do Código Civil[16]. A manobra, que consiste em estipular, no contrato social, a necessidade da unanimidade para a aprovação de determinadas matérias, impossibilita a dissidência dos sócios e, por consequência, o exercício do direito de retirada conforme previsto no artigo 1.077 mesmo diploma[17].

Independentemente do fato de estarem ou não as causas de recesso elencadas no contrato, após a comunicação da retirada devem ser apurados os haveres para que haja a devida liquidação das quotas do sócio que se retira.

Já houve divergência acerca do momento da apuração dos haveres quando da retirada de sócio de sociedade limitada. Hoje, todavia, a divergência sobre o tema deve ser vista como superada, uma vez que o Código Civil determina o exato momento da apuração dos haveres[18].

1.3. O direito de recesso nas sociedades anônimas

Nas sociedades anônimas, o direito de recesso é limitado. Isso porque a natureza desse tipo societário está intimamente ligada à circulação das ações e à liquidez, de forma que caso o sócio queira deixar a sociedade, basta a venda as suas ações. Assim, mesmo nas sociedades anônimas fechadas, nas quais há alguma restrição à circulação de ações, o direito de recesso obedece aos limites impostos pela LSA. Isso porque, por força do artigo 36 da LSA, a circulação das ações das sociedades não pode ser completamente obstada pelo estatuto social.

Durante as últimas décadas, o direito de recesso nas sociedades anônimas passou por diversas alterações. Em um primeiro momento, quando da edição da LSA, considerada por

---

[16] Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1o do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: (...) III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

[17] Tal tese já era sustentada por Lucena, que defendeu que: "De regra, os contratos sociais são omissos. Alguns, contudo, embora sem se referirem especificamente às causas que autorizam o recesso, exigem para certas matérias deliberação unânime dos quotista. E, com isso, decorrentemente, restringem, nesse caso validamente, as causas de recesso, porquanto sendo unanimidade e princípio majoritário conceitos que se repelem, onde se exige aquela não há falar em sócio minoritário dissidente com direito de recesso. Ao contrário, adotada a unanimidade, estão os minoritários dotados de poder de veto, ao qual se submetem os majoritários. LUCENA, José Waldecy. **Op. Cit.**, p. 564.

[18] 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.

Newton De Lucca um verdadeiro avanço[19], o recesso era permitido se houvesse dissidência dos sócios minoritários nos casos elencados em lei, de acordo com os originais artigos 136 e 137 do citado diploma.

Posteriormente, com as alterações trazidas pela Lei nº 7.958/89, foram excluídas da LSA as possibilidades do exercício do direito de retirada dos sócios dissidentes quando da cisão, incorporação e fusão da companhia e também da sua participação em grupo de sociedades.

Essa alteração legislativa foi vista com maus olhos à época, uma vez que retirava dos sócios dissidentes a possibilidade de pressionarem a companhia a adotar condutas condizentes com os seus interesses.

Passados alguns anos, seja devido à necessidade de adequação da legislação societária às necessidades do mercado, seja pelas duras críticas efetuadas pela comunidade jurídica brasileira, a LSA sofreu mais três alterações importantes: uma no ano de 1997, que trouxe de volta a possibilidade do exercício do direito de recesso nos casos de fusão, incorporação, cisão da companhia e também de participação em grupo de sociedades (art. 136, incisos IV e V da LSA); outra no ano de 2001, que restringiu o direito de recesso aos casos de criação de ações de classe preferencial, salvo se houver disposições estatutárias em sentido contrário (art. 136, inciso I da LSA); e mais uma no ano de 2015, que possibilitou o exercício do direito de recesso nos casos de inserção de convenção de arbitragem o estatuto da sociedade (art. 136-A da LSA).

Dessa forma, o direito de recesso nas sociedades anônimas só pode ser exercido nos casos de dissidência quando da criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; redução do dividendo obrigatório; fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; participação em grupo de sociedades; mudança do objeto da companhia; cessação do estado de liquidação da companhia; criação de partes beneficiárias; cisão da companhia; aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social; criação de

[19] "Não posso deixar de assinalar, em sede liminar — não-obstante as nossas observações anteriores no sentido de que as sociedades anônimas parecem marchar, tanto no Brasil quanto no Exterior, progressivamente, para um sistema cada vez mais oligárquico, e m detrimento da democracia acionária — , que a Lei n. 6.404/76, fruto de um anteprojeto elaborado por juristas de nomeada como Alfredo L a m y Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, e com vigor conduzido pelo então ministro Mário Henrique Simonsen, de saudosa memória, representou inquestionável avanço no Direito Comercial brasileiro e, e m especial, e m nossa legislação societária, que se regia, à época, pelo Decreto-Lei n. 2.627, inferior tecnicamente ao diploma de 1976." DE LUCCA, Newton. O direito de recesso no Direito brasileiro e na legislação comparada. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**. v. 94. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999

subsidiária integral; aquisição do controle de sociedade; transformação; e desapropriação do controle, salvo se a companhia for concessionária pública. Mesmo assim, o direito de recesso nas sociedades anônimas só é aceito se exercido dentro dos limites legais, de acordo com os procedimentos ditados em lei, cuja maioria está elencada no artigo 137 da LSA.

Esse entendimento persiste desde a edição da LSA. Exemplo disso é a lição a seguir:

> A lei nº 6.404, de 1976, elencou, já o dissemos, ao item 2-retro, quinze clausulas autorizativas de recesso (treze permanentes e duas transitórias). Há um consenso geral, entre os doutos, de que tais causas são exaustivas, não enunciativas, estando "fixadas taxativamente na lei", assim formando "um sistema de tipicidade fechada". De conseguinte, esse elenco rígido, esgotante das cláusulas autorizativas de recesso, compactadas em *numerus clausus*, não em *numerus apertus*, não pode ser ampliado nem reduzido no ato institucional da sociedade anônima.[20]

Fica evidente, pois, que o autor entende que o direito de recesso pode ser utilizado nas sociedades anônimas, desde que nas hipóteses e modo previstos em lei. Esse entendimento também é corroborado por Comparato, que afirma:

> No extremo oposto figura a sociedade anônima, cujo regime de funcionamento não comporta a retirada por ato unilateral e abstrato de vontade do acionista, mas apenas o recesso justificado por uma das razões taxativamente previstas em lei (Lei nº. 6.404, de 1976, arts. 136 e 137).[21]

Em ambos os casos, seja na sociedade anônima, seja na limitada, o sócio que exerce o direito de retirada tem direito ao reembolso referente ao valor da sua participação societária. Nas limitadas, o reembolso será feito com base no balanço especialmente realizado à data do recebimento da comunicação do recesso, na forma do artigo 1.031 do Código Civil.[22] Nas sociedades anônimas, de modo diverso, o reembolso é regulado pelo art. 45 da LSA, que cria diretrizes gerais para os pagamentos e evidencia que regras adicionais podem ser previstas no Estatuto Social da companhia.

1.4. A responsabilidade do sócio nos casos de recesso ou retirada

[20] LUCENA, José Waldecy. **Op. Cit.**, p. 561 a 562.
[21] COMPARATO, Fábio Konder. **Op. Cit.**, p. 241.
[22] TOMAZETTE, Marlon. **Op. Cit.**, p. 328 e 388.

Vistas as hipóteses do exercício o direito de retirada, devemos atentar para a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade após a comunicação do ato de recesso.

O Código Civil regula o tema em seu artigo 1.032[23], sendo categórico. O referido dispositivo legal determina que o sócio que se retira pode ser responsabilizado pelas obrigações contraídas pela sociedade anteriores à data do recesso por até dois anos após a data de averbação da resolução do vínculo societário. Ou seja, o sócio que se retira ainda responde pelos atos praticados pela sociedade e pelas responsabilidades por ela contraídas até dois anos após a sua saída, se essas obrigações ou atos forem anteriores à data da retirada.

Mesmo após a retirada ou recesso, o sócio da sociedade limitada ainda pode ser responsabilizado por mais dois anos, a contar da data da averbação da alteração do contrato social, por obrigações sociais contraídas durante o período em que permaneceu na sociedade.

A lei das sociedades anônimas, por sua vez, não faz qualquer previsão acerca da responsabilização dos sócios que delas se retiram. Ou seja, não determina que o sócio que exerce o direito de recesso seja responsabilizado por atos praticados pela sociedade enquanto dela ainda fazia parte.

Talvez essa omissão legislativa se dê pela própria natureza do tipo societário, que pressupõe a limitação da responsabilidade dos acionistas às suas ações e também a impessoalidade como critério formador da sociedade. Fato é que, na omissão legislativa, existe um vácuo, um limbo no qual se cai sempre que a discussão é a responsabilidade do sócio remisso nas sociedades por ações.

2. O instituto da falência no direito brasileiro

O instituto da falência passou por severas modificações no direito brasileiro desde a sua introdução no ordenamento jurídico pátrio até os dias de hoje. Até o século XX, a falência era tratada como a bancarrota, a quebra[24] do empresário, o que ressaltava o aspecto negativo do instituto.

---

[23] Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

[24] "Utilizava-se igualmente a expressão *bancarrota*, *banco rotto*, a que os franceses chamavam *bnque em route* (banco quebrado), para definir a falência criminosa e punível, denominação que provém do antigo costume de os credores quebrarem o banco em que o falido exibia as suas mercadorias. (...) Os portugueses empregavam a palavra quebra para definir a falência, daí sugerindo a expressão quebrado, que significa pobre, arruinado, sem dinheiro, pronto". ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 21ª edição, reformada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

Todavia, com as alterações trazidas pela atual lei de falências, a Lei nº 11.101/ 2005, o instituto passou a ser de modo mais positivo, como uma ferramenta para a quitação das dívidas contraídas pelo empresário em situação de insolvência.

É nesse sentido que Campinho leciona ao afirmar que:

> A falência, para nós, é a medida judicialmente realizável para resolver a situação jurídica do devedor insolvente. Essa solução não implica, necessariamente, a liquidação do patrimônio do empresário insolvente – falência-liquidação –, revelando-se, outrossim, como promotora da recuperação da empresa por ele desenvolvida – falência-recuperação.[25]

Não obstante a dualidade do novo instituto falimentar no Brasil – recuperação judicial, como objetivo primeiro e falência, como segundo –, é fato que o proprietário insolvente tem seu patrimônio liquidado quando da decretação da falência, momento em que é afastada, por completo a possibilidade de soerguimento e a utilização, por assim dizer, da recuperação judicial. Não sem razão, Campinho aponta:

> (...) diante do sistema da Lei nº 11.101/2005, a falência encontra-se visceralmente ligada à perspectiva da liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente, predominando, portanto, a ideia da falência-liquidação, impondo-lhe uma visão conceitual a este fim limitada. Tanto que, uma vez declarada, não pode mais o devedor pretender a recuperação judicial da empresa por ele exercida.[26]

Como modalidade de liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente, a falência exerce importante papel saneador do mercado, isso porque o instituto se presta à eliminação de empresários nocivos, capazes de desestabilizarem as relações mercadológicas que sustentam a economia.

Nesse diapasão, Coelho afirma que:

> Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, deem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos, empregados nessa atividade devem ser realocados

[25] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação e empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 4.
[26] CAMPINHO, Sérgio. Op. Cit., p. 6.

> para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.[27]

Dessa forma, afirma-se que hoje a lei de falências tem duas faces: uma que persegue a recuperação das sociedades empresárias em situação de dificuldades econômicas, mas que ainda tem chance de recuperação; e outra que prima pela liquidação eficiente das sociedades empresárias nitidamente insustentáveis, que prejudicam o mercado e as relações sociais.

2.1. A responsabilidade do sócio na falência

A legislação falimentar é cristalina ao determinar a responsabilidade do sócio retirante que deixou a sociedade há menos de dois anos da data da decretação da falência, conforme aferimos pela leitura dos artigos 81, *caput* e § 1º, e 82, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.101/2005[28].

Há que se notar que o artigo apregoa a responsabilização do sócio que se retira de sociedade pelas dívidas existentes até a data do arquivamento do contrato social, se ainda não devidamente quitadas até a data da decretação da falência.

O decreto de falências anterior determinava que o sócio de responsabilidade limitada que se retirasse da sociedade era responsável pelas dívidas da sociedade relativas à sua participação social até o prazo de dois anos depois da devida averbação da alteração do contrato social.

Entretanto, o diploma falimentar antecedente, não vedava o exercício do direito de retirada. Pelo contrário, ele o previa, mas atribuía aos sócios retirantes a responsabilidade pelos atos praticados e pelas dívidas sociais contraídas antes do recesso por prazo determinado. Existia, assim, inclusive, a possibilidade de não responsabilização do sócio retirante se ele não deixasse quaisquer débitos junto à sociedade no momento do recesso.

---

[27] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

[28] Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.
§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência. (...)
Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.
§ 1 º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

A atual lei de falências, por outro lado, parece ter adotado uma postura mais rígida em quando comparada com o diploma anterior, prevendo a possibilidade de responsabilização do sócio e proibindo, no Artigo 116, o exercício do direito de retirada, conforme se verá adiante.

Além disso, durante o processo de falência e na liquidação dos valores, os sócios ficam responsáveis pelos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos[29].

Ou seja, além de proibir o direto de retirada e de responsabilizar o sócio ou acionista que se retirou até dois anos antes da decretação da falência pelas obrigações da sociedade falida, a lei também responsabiliza os sócios pelos tributos devidos pela sociedade quando da liquidação dentro do processo de falência.

3. O direito de recesso na falência

Segundo a Lei nº 11.101/2005, a decretação da falência suspende os direitos de recesso e de reembolso pela retirada já efetuada, mas ainda não quitada pela sociedade[30].

Segundo o ordenamento jurídico pátrio, as razões de existência do recesso, quais sejam, frear a transformações da sociedade, tutelar interesse individual do sócio ou acionista e conciliar a autonomia da sociedade com a autonomia do acionista, não se justificam para permitir mudanças numa sociedade falida.

Em tese, uma vez decretada a falência, não há qualquer sentido no exercício desse direito, porquanto a saída de um sócio após a decretação da falência de determinada companhia tumultuaria a vida da sociedade, que teria que realizar alterações contratuais ou alterações nos livros societários e não haveria qualquer benefício para o sócio o acionista. Assim, de acordo com o artigo 116, II da Lei nº 11.101/2005, fica suspenso o direito de retirada, ou seja, "a declaração de falência acarreta a permanência do sócio ou acionista até o encerramento final da falência".

É bem verdade que os efeitos da decretação da falência recaem sobre a pessoa jurídica, o empresário, e não sobre seus membros, quando se tratar de sociedade empresária com limitação da responsabilidade dos seus sócios ou acionistas.

---

[29] Art. 210, IV, da Lei nº 11.101/2005: “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (Lei nº 5.172, de 1966, art. 135). (...) IV - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas;

[30] Art. 116. A decretação da falência suspende: I – o exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial; II – o exercício do direito de retirada ou de recebimento do valor de suas quotas ou ações, por parte dos sócios da sociedade falida.

De maneira semelhante ao empresário individual, que é afastado da administração de seus bens impossibilitado de dispor dos mesmos desde a decretação, os sócios ficam impedidos de promover deliberação acerca de assuntos que digam respeito ao gerenciamento da sociedade, bem como do patrimônio do qual a sociedade é titular.

Assim sendo, os sócios são diretamente afetados pela decretação da falência pelo fato de serem afastados de seus poderes de reunião/assembleia, de modo que ficam impedidos de deliberar sobre o futuro da atividade empresarial e sobre o patrimônio titularizado pela sociedade falida.

Com a constituição do estado falimentar, passa a companhia a submeter-se diretamente ao juízo falimentar, que conta com a atuação do administrador judicial para a gestão e liquidação da massa falida e dela exclui o poder de gerência dos sócios.

Há, assim, a cristalização da situação societária impedindo a retirada e o ingresso, tudo com objetivo de evitar a prática de crimes falimentares e de promover a responsabilização daquele que, em tese, deu causa à falência.

É cediço que, ao exercer a retirada, o sócio ou acionista deve receber os valores relativos à sua participação. É também fato irrefutável que o exercício do direito de recesso não deve, em hipótese alguma, prejudicar o patrimônio da massa falida, agravando o quadro de insolvência.

Outro ponto da Lei nº 11.101/2005 que merece destaque é o de que, havendo a decretação da falência, se já houver sido exercido o direito de retirada, mas o valor referente ao reembolso não tiver sido devidamente pago aos acionistas ou sócios retirantes, ocorrerá a suspensão do direito de retirada.

Dessa forma, após a decretação da falência, o sócio ou acionista retirante passa a concorrer de maneira conjunta com os demais da sua classe ao acervo remanescente do pagamento integral aos credores.

Outro possível cenário ocorre quando a falência da sociedade empresária é decretada após o pagamento aos dissidentes e a massa falida não consegue cumprir o pagamento dos créditos mais antigos e preferenciais. Nesse caso, será cabível ação revocatória a fim de restituir à massa o que foi pago ao dissidente a título de reembolso. O reembolso encontrará limitação de acordo com o valor atribuído aos créditos mais antigos ou com a preferência.

Contudo, há situações em que o exercício do direito de recesso pode, inclusive, evitar o agravamento desse quadro. Pode também existir casos em que o sócio que deseja se retirar não tenha qualquer culpa pelo estado de insolvência da empresa. Considerando esses (não poucos)

aspectos, parece razoável argumentar que, os fatores ora apresentados merecem e devem ser considerados no estudo do exercício do direito de retirada, bem como nos efeitos decorrentes da opção legislativa adotada no atual diploma falimentar, conforme se verá a seguir.

3.1. A necessária relativização da vedação ao direito de retirada na falência

Podemos afirmar que a crítica à vedação do direito de recesso na falência está diretamente ligada às repostas de algumas perguntas, que são: a decretação da falência acarreta no fim da empresa? Em que fase está (de fato) a decretação da falência: extinção, dissolução ou liquidação? A atividade empresária se extingue com a dissolução da sociedade? Existe a possibilidade de conciliarmos o direito de recesso aos direitos dos credores e dos sócios ou quotistas?

Primeiramente, devemos lembrar que tanto o direito de recesso como o de dissolução da sociedade podem encontrar respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, incisos XVII e XX[31].

Assim, com podemos deduzir do texto constitucional, o direito de associação é um direito constitucionalmente garantido, tal qual também o é o direito de não permanecer associado, ou seja, o direito de recesso.

Outro ponto relevante trazido à baila pelo ordenamento constitucional é o que se refere à dissolução da empresa. A dissolução da pessoa jurídica é o ato pelo qual se manifesta a vontade ou se constata a obrigação de encerrar a existência de uma firma individual ou sociedade. Pode ser definido como o momento em que se decide a sua extinção, passando-se, imediatamente, à fase de liquidação. Essa decisão pode ser tomada por deliberação do titular, sócios ou acionistas, ou por imposição ou determinação legal do poder público.

A dissolução da pessoa jurídica é regulada pela LSA e pelo Código Civil. Dissolve-se a pessoa jurídica, nos termos do art. 206 da LSA, de pleno direito; por decisão judicial; ou por decisão da autoridade administrativa competente, nos casos e forma previstos em lei especial. Já o art. 51 do Código Civil dispõe que as sociedades se reputam dissolvidas se expirado o prazo ajustado da sua duração; por quebra da sociedade ou de qualquer dos sócios; por mútuo consenso de todos os sócios; pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a

[31] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
(...) XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado

respeito dos que sobreviverem; pela vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Segundo o art. 207 da LSA, "a pessoa jurídica dissolvida conserva a personalidade até a extinção, com o fim de proceder à liquidação". Desse modo, a dissolução não extingue a personalidade jurídica de imediato, pois a pessoa jurídica continua a existir até que se concluam as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimadas, conforme disposto no já mencionado art. 51 do Código Civil.

A liquidação deve ser entendida como o conjunto de atos que objetivam a realização do ativo e o pagamento do passivo. Essa fase corresponde ao período que antecede a extinção da pessoa jurídica. Depois de ocorrida a causa que deu origem à sua dissolução, ficam suspensas todas as negociações que vinham sendo mantidas, continuando apenas as já iniciadas para serem ultimadas. Por essa razão, entende-se que, na pessoa jurídica em processo de liquidação, subsiste a personalidade jurídica da sociedade.

A extinção da empresa, fase última da vida da sociedade, se dá exatamente pelo fim da existência da companhia no mundo jurídico, que ocorre com a desvinculação dos elementos materiais e humanos que dela faziam parte quando da sua existência e da sua consequente baixa nos registros, inscrições e matriculas dos órgãos competentes. Ou seja, até que seja concretizada a extinção da empresa, subsiste a personalidade jurídica.

Assim sendo, a decretação da falência determina o momento da dissolução da empresa, e não o da sua extinção, conforme apregoa Coelho, que explica:

> A decretação da falência provoca a dissolução da sociedade empresária. Trata-se de ato judicial, que instaura uma forma específica de liquidação no patrimônio social, para que a realização do ativo e a satisfação do passivo sejam feitas não por um liquidante escolhido pelos sócios ou nomeado pelo juiz da ação de dissolução, mas pelo próprio poder judiciário, por meio do juízo falimentar, com a colaboração do administrador judicial.[32]

Dessa forma, muito embora o objetivo do processo falimentar seja a extinção da sociedade empresária, através da liquidação do patrimônio para a realização do ativo e satisfação o passivo, a sentença que a decreta estabelece a dissolução da sociedade, que precisa, ainda, passar por todo o processo de liquidação para, só então, ser extinta. Por esse motivo somado ao preceito constitucional supra elencado, seria possível defender o argumento de

[32] COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 293.

subsistência do direito de recesso na sociedade mesmo após a decretação da falência, desde que a retirada de sócio ou acionista não implique no agravamento do quadro de insolvência.

De fato, o direito de recesso era preservado tanto no antigo decreto que cuidava das sociedades por quotas como no diploma falimentar anterior, ambos hoje revogados:

> Art. 15. **Assiste aos socios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade**, obtendo o reembolso da quantia correpondente ao seu capital, na proporção do ultimo balanço approvado. **Ficam, porém, obrigados ás prestações correspondentes ás quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessarias para pagamento das obrigações contrahidas, até á data do registro definitivo da modificação do estatuto social**.[33]

> Art. 51. Nas sociedades comerciais que não revestirem a forma anônima, nem a de comandita por ações, o sócio de responsabilidade limitada que dela se despedir, retirando os fundos que conferira para o capital, fica responsável, até o valor dêsses fundos, pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida, que será o arquivamento do respectivo instrumento no registro do comércio.[34]

É claro que o decreto de falências previa a possibilidade de responsabilização do sócio retirante – que se despedia – da sociedade pelos valores retirados dos fundos sociais e pelas dívidas contraídas pela sociedade até a data da retirada. Na verdade, o decreto ia além e, em seu artigo 5º, parágrafo único, tal qual a legislação hoje vigente, determinava que o sócio seria responsabilizado por atos em até dois anos depois da averbação da alteração do contrato social

Todavia, a lei das sociedades limitadas vigente à época obrigava os sócios que desejassem exercer o direito de recesso ao cumprimento das prestações correspondentes às suas quotas respectivas, na parte em que essas prestações fossem necessárias ao pagamento das obrigações contraídas pela sociedade e até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social.

Ora, pela interpretação sistemática dos dispositivos, o sócio que se retirava da sociedade devia cumprir com as prestações correspondentes à sua parcela societária quando da saída. Por esse motivo, não subsistiria qualquer responsabilidade do sócio retirante, que já teria, no momento do recesso, pago à sociedade toda a parcela de passivos sociais referentes à sua quota social.

---

[33] Decreto nº 3.708/1919.
[34] Decreto-Lei nº 7.661/1945.

Dito isto, é importante lembrar que existem situações passíveis de acontecerem e que merecem, portanto, a problematização da regra que estabelece a impossibilidade do direito de recesso no processo de falência.

Imaginemos, por exemplo, o caso hipotético do sócio de determinada sociedade regida pelo sistema da limitação de responsabilidade, que queira exercer o direito de retirada dentro do processo falimentar, mas que, ciente da condição de insolvência deflagrada, ao invés de solicitar o reembolso, pretende entregar à sociedade o montante referente à sua parcela de débitos de acordo com a sua participação social.

Ora, partindo dos pressupostos de que a interpretação sistemática assim permitia, que a Constituição Federal assegura o direito de não se manter associado e que não haverá qualquer prejuízo à massa falida, não há aparente razão para se negar o exercício do direito de recesso a esse sócio.

De outra forma, é possível que o sócio de sociedade por ações tenha votado sempre contrariamente a todas as matérias que ao final determinaram o destino insolvência da sociedade da qual é participante e que por força da LSA não tenha podido exercer seu direito de retirada e, em razão do estado de insolvência da sociedade não tenha conseguido vender suas ações no mercado. Nesse caso, se adotada a mesma postura anteriormente descrita, qual seja, o intento do exercício do direito de retirada com o respectivo repasse à sociedade do montante referente a parcela do passivo representada pelas ações do sócio, o direito de retirada deve ser permitido.

É claro que neste último caso a verificação de culpa é necessária. Tal aferição pode ser feita através da consulta às atas das reuniões e assembleias nas quais o voto do acionista ou da categoria de acionista está consignado. Caso seja verificado que o acionista ou categoria não contribuíram para o estado de insolvência, a eles deve ser dado o direito de retirada.

Assim, seja qual for a hipótese da decretação da falência, pode sempre haver hipóteses nas quais o exercício do direito de retirada, desde que acompanhado do devido ressarcimento à massa falida da quantia relativa ao passivo referente à parcela do acionista. Essa possibilidade, entretanto, deve ser verificada tendo em vista tanto o direito do acionista como o melhor interesse da massa falida e dos credores.

Não bastasse isso, é evidente que o exercício do direito de retirada é benéfico aos sócios da sociedade em processo de falência ou cuja falência tenha sido decretada, uma vez que se evitaria desgaste processual desnecessário e que sobre eles não recairiam as graves consequências oriundas da decretação de falência.

Fato é que o recesso é um direito inalienável. Desta forma, é razoável presumirmos que, salvo disposição legal das leis específicas que regulam as sociedades e suas estruturas – e aqui não nos referimos à lei de falências – não deve ser restringido em qualquer hipótese, principalmente por se tratar de um direito de resistência do sócio vencido e prejudicado em face aos arbítrios e abusos dos sócios majoritários que, muitas vezes, determinam o futuro e o estado de insolvência das empresas.

Também merece atenção o critério de reembolso estipulado pela lei especial. A lei de falências determina também a suspensão do direito de reembolso pelo recesso após a decretação da falência.

Ora, não parece ter muito sentido obstar o reembolso por recesso já realizado anteriormente ao processo falimentar, que não foi pago tão só e unicamente pela mora da devedora, sobretudo se não houver prejuízo da massa falida. O acionista não deve ser prejudicado pela inércia da sociedade e arcar com os seus compromissos societários se tiver exercido o seu direito de retirada. Além disso, a execução nos termos estabelecidos pela LSA não pode ser afastada por situação de insolvência deflagrada em momento posterior, sob pena de haver grave insegurança jurídica.

Considerações Finais

A sujeição ao risco do negócio faz parte da rotina de todos aqueles que desejam empreender em uma atividade empresarial.

No direito societário, a possibilidade de recesso surgiu com objetivo de assegurar a saída daqueles não desejam permanecer atrelados a determinados negócios, esse tipo de garantia existe para que não haja um desencorajamento dos pretendem empreender. Isto porque, além de todos os argumentos no âmbito do direito comercial, a própria constituição assegura a livre associação.

Compatibilizar a garantia desse direito fundamental ao pagamento dos credores num processo falimentar pode apresentar sim algumas complicações e eventuais abusos. Objetivando afastar o “calote” e proteger os direitos da massa falida no processo de insolvência deflagrado, o legislador falimentar instituiu na Lei nº 11.101/2005 a suspensão do direito de recesso como um dos efeitos a serem suportados pelo falido.

Contudo, a adoção de tal medida, além de mitigar um direito fundamental preconizado constitucionalmente, pode apresentar dificuldade de aplicação em situações como quando o

dissidente realiza o devido ressarcimento de sua parcela à massa ou até nos casos em que o recesso tenha sido exercido antes da decretação da falência. Seja como for, parece claro que a determinação ora estabelecida na lei falimentar merece ser interpretada de forma cuidadosa e não automática (como parece entender a doutrina) para que - além da relativização de um direito - não exista mais uma regra a ser somada a todas as outras que também contribuem para a insegurança jurídica e desestímulo ao investimento empresarial.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação e empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Comercial**. v. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE LUCCA, Newton. O direito de recesso no Direito brasileiro e na legislação comparada. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**. v. 94. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial: primeiro volume.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

_____. **Sociedades por quotas**. 5. ed. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925.

FREITAS, Pedro Thiago Costa. **Efeitos da sentença da falência quanto às pessoas do falido e dos sócios**. Disponível em <http://www.mpce.mp.br >. Acesso em: 21 out. 2015.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral do direito societário**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de Direito Empresarial. Falência e Recuperação de Empresas**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.