

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO EMPRESARIAL

DEMETRIUS NICHELE MACEI

MARCELO BENACCHIO

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Demetrius Nichele Macei, Marcelo Benacchio, Maria De Fatima Ribeiro–
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-042-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresarial. I.
Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial, durante o XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI realizado em Aracajú - SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, onde profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Referida temática revela a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito em desenvolvimento no país, têm buscado enfrentar ao acolherem abordagens que possibilitem aprender de forma consistente a crescente complexidade do processo de globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados do 13º GT foram agrupados por similitudes envolvendo as políticas de compliance e Lei Anticorrupção, Recuperação Judicial das Empresas, Função Social da empresa e sua preservação, a desconsideração da pessoa jurídica à luz do novo Código de Processo Civil entre outras temáticas específicas. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 24 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas específicas, entre elas a economia. Os debates deixaram em evidência que na recuperação de empresas no Brasil há necessidade de maior discussão sobre o tratamento

adequado dos débitos tributários. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de *stricto sensu* em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos Eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que com a presente publicação contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - Unimar

Prof. Dr. Demetrius Nichele Macei Unicuritiba

Prof. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

Coordenadores

O CONTRADITÓRIO NOS PROCEDIMENTOS DE EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO MINORITÁRIO EM SOCIEDADE LIMITADA

THE RIGHT OF DEFENSE IN THE EXTRAJUDICIAL EXCLUSION PROCEDURE OF A MINORITY PARTNER IN A LIMITED LIABILITY COMPANY

Valesca Camargos Silva
Cristiane Rego

Resumo

Atual é a discussão sobre a intervenção do Estado no cenário das relações jurídico-privadas e as possíveis repercussões decorrentes desta intervenção. A interferência estatal na esfera privada tem limitado, em diversos casos, o exercício das liberdades individuais, gerando, muitas vezes, um retrocesso quanto à conquista de direitos fundamentais, eis que a própria Constituição investiu o indivíduo em um poder de autodeterminação dos seus interesses. Discute-se no presente trabalho se o Estado, por intermédio dos Poderes Legislativo e Judiciário, tem extrapolado o limite aceitável de tal intervenção, apoiando-se, de forma rasa e muitas vezes equivocada, na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Objetiva-se, ainda, analisar em que medida se admite a coexistência do paternalismo jurídico e da postura benevolente do Poder Judiciário com o respeito e observância dos direitos fundamentais quanto à autonomia individual, sobretudo se considerada as relações entre os sócios de uma sociedade empresária, cujo caráter é estritamente privado. Para responder aos questionamentos propostos, o presente artigo fará a análise de um caso concreto em que se discute a incidência do princípio constitucional do contraditório nos procedimentos de exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedade limitada, tendo como suporte apontamentos doutrinários atinentes ao tema. Desta forma, será analisado o paradoxo existente entre a necessidade de se ter um Estado paternalista e protetor e a limitação deste mesmo Estado pelo princípio da autonomia necessária a toda relação privada e ao exercício de direitos fundamentais, para, enfim, ser verificada a sua contribuição em uma sociedade democrática.

Palavras-chave: Direito societário, Sociedade limitada, Exclusão extrajudicial de sócio, Direito de defesa

Abstract/Resumen/Résumé

Today's discussion is about state intervention in private legal relations and the repercussions of this intervention. In many cases state interference in the private sector has limited individual freedoms resulting in a setback to the achievement of fundamental rights, because the Constitution guarantees individual power of self-determination. In this present argues that if the state, through legislative and judicial branches, has extrapolated the acceptable limit of such intervention, leaning, shallow and often wrong, the theory of horizontal effect of

fundamental rights. The purpose is also to analyze the extent to which admits the coexistence of legal paternalism and the benevolent attitude of the justice with respect and observance of fundamental rights with individual autonomy, especially if considered the relations between the members of a company, whose character is strictly private. To answer the proposed questions, this article will analyze a case in which is discussed the impact of the constitutional principle of contradiction in extrajudicial procedures for removing a minority partner in a limited liability company, supported by doctrinal notes relating to the topic. This study will analyze the paradox between the need of a paternalistic and protective State and the limitations of this State in order to guarantee the autonomy required by all private relationships and the ability to exercise fundamental rights, to finally be checked its contribution in a democratic society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corporate law, Limited liability company, Extrajudicial exclusion of minority partner, Right of defense

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o Poder Judiciário tem se mostrado como uma instituição cada vez mais atuante frente à sociedade, sobretudo no que diz respeito à efetivação de direitos dos indivíduos. Todavia, levando-se em consideração as relações de caráter nitidamente privada, o que se nota é que esta proatividade estatal muitas vezes revela um viés nitidamente paternalista capaz de desequilibrar a relação inicialmente estabelecida. A partir desta premissa, discute-se se o Estado, por intermédio dos Poderes Legislativos e Judiciário, tem extrapolado o limite aceitável de tal intervenção, apoiando-se, de forma rasa e muitas vezes equivocada, na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por essa razão, o presente trabalho tem por objetivo questionar em que medida é possível a coexistência do paternalismo jurídico e da postura benevolente do Poder Judiciário com o respeito e observância dos direitos fundamentais quanto à autonomia individual. A fim de elucidar o questionamento ora proposto, o presente estudo terá como ponto de partida o contraditório nos procedimentos de exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedade limitada, sendo desenvolvido para tanto a análise crítica de um caso concreto realizado com base em apontamentos doutrinários.

A forma inepta com que a expressão “direito de defesa” foi utilizada pelo legislador no parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil tem gerado frequentes equívocos de interpretação por parte dos aplicadores do direito. Em função disso, são recorrentes as decisões judiciais que pretendem aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos de exclusão extrajudicial de sócio com a mesma intensidade com que se exerce nos processos administrativos e judiciais. Tais decisões, de modo geral, evocam o precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8 (BRASIL, 2006) para aplicar a *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais (Drittwirkung)* e, a partir daí, pretender a utilização irrestrita das regras processuais.

Com base na análise deste precedente, o presente trabalho delimitará a forma de exercício do contraditório nas assembleias de deliberação de exclusão de sócio minoritário em sociedades por quota de responsabilidade limitada, tendo por base as regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, o procedimento extrajudicial de exclusão de sócio será estudado de forma a se identificar os elementos que o afastam dos processos administrativos e judiciais. Ademais, será demonstrado que a exclusão extrajudicial de sócio é

uma possibilidade de dissolução parcial por exercício de prerrogativa contratual, desmistificando a ideia de que a exclusão é uma penalidade e que a deliberação social é uma espécie de julgamento.

O estudo do tema trará a conclusão inarredável de que o contraditório que se forma por ocasião da exclusão extrajudicial de sócio é apenas aquele societário-assembly, expresso pelo direito de voz do acusado no momento das discussões sociais, não havendo espaço para constituição de advogado, produção de contraprova, impugnação técnica, indicação de assistentes técnicos ou qualquer outro mecanismo processual criado pelo legislador para garantir o contraditório nos processos administrativos e judiciais.

2 DA EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO MINORITÁRIO EM SOCIEDADE LIMITADA

Questão atual que tem demonstrado o excesso de interferência do Estado na esfera privada refere-se à aplicação direta e imediata pelo Judiciário dos direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório nos processos de exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedade limitada.

A dita possibilidade de exclusão de sócio consagra inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 1.085 do Código Civil vigente, o qual se reveste da seguinte redação:

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

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2002)

Analisando sistematicamente o dispositivo supra, pode-se sintetizar que a regra tornou possível a exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedade limitada, independente de constrição judicial, desde que observados os seguintes requisitos: (i) prática

pelo sócio que se pretende excluir de ato de inegável gravidade e que ponha em risco a continuidade da empresa; (ii) previsão contratual de possibilidade de exclusão de sócio por justa causa; (iii) deliberação da maioria representativa de mais da metade do capital social; (iv) procedimento específico para consumação da exclusão em que se garanta o exercício do direito de defesa pelo sócio acusado.

Especificamente com relação a esse último requisito, referente ao procedimento extrajudicial de exclusão de sócio, tem-se que o mesmo deve cumprir algumas formalidades.

Inicialmente, a deliberação deve ocorrer necessariamente em assembleia de sócios, não sendo admitida a deliberação por escrito. Constitui exceção à regra geral, haja vista que a deliberação por escrito é amplamente aceita nas sociedades limitadas, conforme inteligência do artigo 1.072, §3º do Código Civil vigente¹.

A reunião ou assembleia deve ter como pauta, exclusivamente, a exclusão do sócio e matérias diretamente a ela relacionadas. Quer dizer que os sócios não podem valer-se da reunião para discutir outros assuntos de interesse da sociedade. Neste ponto, a intenção do legislador foi justamente impedir que a exclusão virasse objeto de chantagem entre os sócios. É certo que, não fosse essa limitação, o sócio minoritário poderia ser vítima de ameaça de exclusão, caso não deliberasse a favor de outras matérias propostas pelos demais sócios e votadas na mesma assembleia.

A convocação do sócio deve ser realizada na forma estabelecida em contrato social, sendo imprescindível, no entanto: (i) que ela se dê por escrito com comprovação de recebimento; (ii) em tempo hábil para permitir o comparecimento do acusado; e (iii) que noticie a data e horário em que irá se realizar a reunião ou assembleia, bem como (iv) a pauta do dia, que, como visto, deve referir-se exclusivamente à deliberação de exclusão do sócio e matérias afetas.

Vale lembrar que, na omissão do contrato social quanto às formalidades de convocação dos sócios, a sociedade deve observar os prazos e forma previstos pelo artigo 1.152, §3º² do Código Civil como norma subsidiária, que prevê a publicação da convocação

¹ “Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. (...)§ 3º A reunião ou a assembleia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.” (BRASIL, 2002)

² Art. 1.152. Cabe ao órgão incumbido do registro verificar a regularidade das publicações determinadas em lei, de acordo com o disposto nos parágrafos deste artigo. (...) § 3º O anúncio de convocação da assembleia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da

no Diário Oficial da sede da empresa por ao menos 3 (três) vezes e a antecedência mínima de 8 (oito) dias.

Ademais, deve ser garantido ao acusado o exercício do direito de defesa. O direito de defesa representa a própria expressão do princípio constitucional do contraditório no procedimento de exclusão representando uma oportunidade não apenas de comparecimento na assembleia, mas, sobretudo, a participação nas discussões assembleares, contra argumentando e expondo suas razões de forma a tentar persuadir os demais sócios da decisão de exclusão.

O contraditório poderá ser exercido pelo acusado, ainda, em âmbito judicial. Isto porque, caso a assembleia se processe com prejuízo de quaisquer das formalidades estabelecidas pelo legislador infraconstitucional ou, caso se verifique qualquer vício de conteúdo na decisão de exclusão, será possível a interposição de ação judicial pelo excluendo buscando a anulação da decisão e o seu conseqüente retorno ao quadro social, ocasião em que lhe serão disponibilizados todos os meios de prova disponíveis no processo civil para reverter a decisão administrativa, provando a sua inocência.

Neste sentido:

Ao sócio excluído, na forma do art. 1.085, assiste postular a anulação da alteração contratual, comprovando a ausência de causa justificadora para a sua exclusão. A matéria, portanto, sempre ficará adstrita ao controle judicial, bastando a provocação por parte do minoritário excluído. Poderá, outrossim, pretender a declaração da nulidade do ato, quando preteridas as formalidades legais para sua implementação pela maioria, como, por exemplo, na falta de sua ciência, em tempo hábil, da realização do conclave de sua expulsão. (CAMPINHO, 2011, p. 227)

Ocorre que, ao julgar as ações anulatórias, o Poder Judiciário tem adotado alcance extremo e equivocado para o exercício do direito de defesa pelo sócio excluído no momento da assembleia de exclusão. Com frequência, os procedimentos de exclusão são anulados pela constatação de que o contraditório não foi exercido de forma plena na fase assemblear, tomando por parâmetro justamente as regras vigentes em âmbito processual.

De forma a tentar proteger o sócio minoritário, visto como parte mais fraca na relação, o Poder Judiciário intervém em relações eminentemente privadas para exigir que o contraditório previsto para os procedimentos de exclusão alcance contornos mais amplos do que a própria lei infraconstitucional impôs. Contornos estes que foram ratificados pelos

realização da assembleia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores. (BRASIL, 2002)

sócios, dentro da autonomia da vontade, por ocasião da constituição da sociedade e celebração do contrato social como se verá a seguir.

3 ANÁLISE DE CASO CONCRETO REFERENTE À EXCLUSÃO DE SÓCIO MINORITÁRIO EM SOCIEDADE LIMITADA.

A fim de demonstrar a relevância prática da presente discussão, traz-se à baila a decisão proferida pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais por ocasião do julgamento da ação anulatória nº 1.0183.09.172002-3/001, a qual ilustra perfeitamente o que ora se discute.

APELAÇÃO CÍVEL. INTEMPESTIVIDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1. [...]. 2. O devido processo legal há que ser observado não apenas na via judicial, mas também no âmbito das relações privadas. 3. A mera cientificação do sócio acerca da pretensão de sua exclusão da sociedade, sem a informação necessária e indispensável sobre os motivos, não é suficiente para garantir a ampla defesa e, via de consequência, o próprio contraditório, que se caracteriza não só pela ciência da pretensão, mas pela possibilidade de defesa. 4. A inobservância do devido processo legal conduz á inevitável nulidade do processo administrativo, que deve ser conduzido de forma a assegurar às partes as garantias constitucionais. (MINAS GERAIS, 2012)³

No caso em comento, o sócio de uma sociedade médica que havia sido excluído extrajudicialmente por justa causa buscava a anulação da decisão assemblear por entender que não praticou ato configurador da justa causa, bem como foi impedido de exercer o seu direito de defesa, eis que a carta de convocação não continha a descrição detalhada dos motivos ensejadores da sua exclusão.

O juízo de primeira instância confirmou a exclusão ressaltando que o ato de convocação não possui o caráter de acusação formal, sendo que a assembleia era o momento

³ Em face da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi interposto o competente Recurso Especial n. 1.427464/MG. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi dado provimento do Recurso Especial no que diz respeito à preliminar de intempestividade da apelação, tendo, ainda, sido improvido o Agravo Regimental em Recurso Especial. A partir de então, a controvérsia assume um viés estritamente processual, tendo o processo transitado em julgado em 12/11/2014, conforme consulta realizada no site do Superior Tribunal de Justiça em 05 de março de 2015.

adequado para a exposição dos motivos por cada um dos sócios e exercício do direito de defesa pelo acusado. Tal entendimento encontra amparo na doutrina de Daniel de Ávila Vio, a ver:

A convocação do conclave de exclusão é ato típico do Direito Societário e deve simplesmente fornecer informações claras, ainda que sumarizadas, sobre a ordem do dia. Tal ato não se equipara, sequer por analogia, a uma petição inicial e não deve conter detalhadamente as alegações e argumentos da sociedade”. (VIO, 2009, p. 178)

Em sede de apelação houve reversão do julgado e a exclusão extrajudicial foi anulada tendo como suporte a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

Conforme se extrai deste julgado, a turma julgadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2012) entendeu que, sendo os princípios constitucionais do processo legal e da ampla defesa aplicáveis direta e imediatamente nas relações entre particulares, tais princípios deveriam ser fielmente observados nas exclusões extrajudiciais de sócio minoritário de sociedades limitadas, com o mesmo vigor que o são nos processos administrativos e judiciais. Assim, ao tomar ciência formal das faltas que teria cometido somente no momento da assembleia, o excluendo não pôde exercer o direito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório de forma completa e irrestrita, devendo a decisão assemblear ser anulada e o sócio readmitido no quadro social.

A partir daí conclui-se que os julgadores conferiram à carta de convocação natureza de petição inicial para que, a partir daí, o sócio excluído tivesse tempo suficiente para apresentar defesa técnica, produzir provas, etc., tal como ocorre nos processos administrativos e judiciais.

Todavia, conforme se depreende da leitura do dispositivo legal atinente à matéria, a carta de convocação não tem o escopo de deflagrar um procedimento voltado para possibilitar a defesa do sócio acusado, mas tão somente, possibilitar a convocação da assembleia para a deliberação da exclusão do sócio minoritário.

O direito de defesa do sócio acusado se limita à negativa da realização do referido ato grave que está por embasar aquela expulsão. A defesa deverá ser exercida na própria assembleia, por meio do seu direito de voz, não havendo espaço para a instauração de um procedimento mais extenso.

Qualquer entendimento em sentido inverso, para albergar o interesse do sócio acusado, aqui considerada a parte vulnerável, leva ao proferimento de uma decisão de cunho

nitidamente paternalista em franco detrimento ao princípio da autonomia da vontade que motivou a entrada desse sócio na sociedade ciente da existência de cláusula contratual atinente à exclusão extrajudicial de sócio por cometimento de falta grave.

3.1 Pronunciamento judicial de cunho paternalista: utilização equivocada do precedente do Supremo Tribunal Federal.

Conforme já aventado, a decisão da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais teve como principal suporte teórico a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais que tem como cerne a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas no bojo das relações privadas e não apenas como forma de proteção do indivíduo frente ao Estado.⁴

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade físicas etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada. (SARLET apud MARTINS, 2010, p.39)

Importa ressaltar que a referida teoria tem ganhado cada mais guarida no Judiciário pátrio no que diz respeito a lides que envolvam partes e relações nitidamente privadas.

O caso em análise, referente à exclusão de sócio minoritário de sociedade limitada, foi decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais amparado no precedente do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8, ocorrido em 2005, e assim ementado pelo relator do acórdão, Ministro Gilmar Mendes:

⁴ O presente artigo não tem como escopo apresentar as várias teorias e controvérsias atinentes à Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais entre os particulares, mas tão somente demonstrar a sua aplicação irrestrita e com um nítido caráter paternalista por partes dos tribunais nacionais.

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. [...]. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL, 2006)

O referido precedente envolvia a União Brasileira de Compositores (UBC) que havia excluído um associado de acordo com o procedimento estabelecido em seu Estatuto Social, o qual não assegurava ao acusado qualquer direito de defesa prévia, tendo sido o mesmo surpreendido com a decisão de exclusão, que se processou à sua completa revelia.

A fim de amparar o direito do associado excluído, os julgadores evocaram os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório para coibir os abusos praticados pela associação na elaboração do Estatuto, ressalvando que, mesmo na ausência de regra específica, a observância a tais princípios se impunha pela aplicação direta dos preceitos fundamentais às relações privadas.

Deve-se observar, contudo, que o referido caso envolvendo a UBC se afasta das exclusões extrajudiciais de sócios minoritários em sociedades limitadas basicamente em dois pontos substanciais, a saber: a existência de elemento diferenciador relevante entre as

hipóteses e o fato de que o contraditório se aplica naturalmente aos casos de exclusão extrajudicial por expressa previsão infraconstitucional.

O caso UBC foi resolvido por meio do sopesamento entre os princípios da autonomia privada e do contraditório, ambos garantidos constitucionalmente, levando em consideração as condições que incidiam naquele caso concreto, conforme lição de Alexy:

isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sobre as quais um princípio em precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.” (ALEXY, 2011, p. 95/96).

Assim, no caso concreto apreciado pelo Supremo Tribunal Federal foi ponderado que embora a regra de exclusão estivesse estabelecida no estatuto social da Associação, não se pode dizer que o associado excluído havia livremente aderido a ela, dentro da sua autonomia, eis que a filiação à UBC é o único meio dos compositores perceberem os valores pecuniários relativos aos direitos autorais.

O relator do acórdão alertou que a “entidade se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal”. (BRASIL, 2006).

Assim, embora se reconhecesse que a aplicação direta do contraditório implicasse em certa violação à autonomia privada, os ministros do Supremo Tribunal Federal acabaram por concluir que o exercício desta última já havia sido consideravelmente mitigado pela ausência de liberdade do associado em se filiar, o que justificava a intervenção do Estado de forma paternalista, por meio do judiciário, para fazer incidir o contraditório, mesmo em afronta às regras do Estatuto⁵.

⁵ Analisando o acórdão proferido no âmbito do RE 201.819/RJ, João Bosco Maciel Júnior ressaltou que, “uma vez caracterizadas as infrações imputadas pela UBC, o associado deveria ter sido, expressa e inequivocadamente, cientificado para participar e cooperar com o devido processo legal, nomear advogado, produzir contra-prova,

Nos dizeres do próprio Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão:

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional. (...) Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. (BRASIL, 2006)

Por outro lado, da análise do caso de exclusão extrajudicial de sócio minoritário, é impossível de se conduzir à mesma conclusão, eis que nas sociedades contratuais não há qualquer mitigação natural à autonomia privada, estando as partes totalmente livres para estipular as regras que melhor atendam aos seus interesses, podendo, ainda, optar entre a celebração do contrato de sociedade ou não.

Eventual ocorrência de coação ou qualquer outro elemento que possa ter restringido a liberdade do sócio no momento da constituição da sociedade contratual configura exceção passível de ser apurada no Judiciário em ação própria, não podendo ser simplesmente presumida para aplicar sem reservas a mesma solução proposta pelo Supremo Tribunal Federal no caso da UBC.

Se os sócios, dentro da autonomia da vontade, optaram por aderir à lei infraconstitucional que prevê o exercício do contraditório em maior ou menor medida, tais limites devem ser fielmente observados, não havendo motivos para o judiciário ampliá-los por intermédio da aplicação direta do artigo 5º, LIV e LV da CR/88⁶.

Vale ressaltar que a intervenção do Estado em relações eminentemente privadas tem se justificado em situações tais em que há um dano real à autonomia da vontade e ao exercício

impugnar as imputações técnicas formuladas, indicar assistentes técnicos, excepcionar peritos etc. Caso contrário, o associado estaria fadado, como de fato esteve, ao fracasso de não conseguir refutar a pretensão da entidade privada. Essa é uma das vertentes da existência da novel modalidade de processo não estatal e não jurisdicional, no qual é possível a imposição de reprimendas aos associados. Isso porque o grupo mais forte domina o grupo menos forte, mas se limita aos postulados do direito à defesa constitucional irrestrita, sob pena de nulidade do ato e ressarcimento do dano.” (MACIEL JÚNIOR, 2009, p. 70/71).

⁶ Art. 5, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)

pleno das liberdades individuais, o que acaba por retirar toda a presunção de competência e capacidade do indivíduo no trato com as relações jurídico-privadas.

Não é racional que o Estado se pautе, sempre, pela presunção, demasiadamente genérica, de que todos os atos praticados pela minoria corrobora a intervenção do Estado Paternal. Devem ser considerados os propósitos individuais, pois o particular tem direito de eleger e perseguir seus planos sem maiores interferências, arcando, inclusive, com as consequências de suas escolhas.

Decisões dessa natureza assumem uma feição meramente paternal em detrimento do seu aspecto jurídico.

O paternalismo pretoriano pode ser vislumbrado a partir da situação em que o Estado se coloca em uma posição de provedor/protetor em relação aos seus integrantes, em suas mais diversas relações, por considerá-los frágeis e de certa forma inaptos para atuar na gestão de determinados campos de sua vida privada.

As normas jurídicas, ainda que ostentem cunho paternalista, são editadas pelo Poder Legislativo, devendo ser observado o processo legislativo e estar em consonância com a Constituição, sob pena de ter declarada a sua inconstitucionalidade. Obedecendo-se a tais critérios, considerava-se que essa norma representa a vontade da população.

Veríssimo, citando Vallinder, pondera que “nas democracias, primariamente em suas assembleias eleitas pelo povo, os processos de decisão são baseados no princípio da maioria e em um debate livre e público de iguais.” (VERISSIMO, 2006, p. 25). Naturalmente esse não é o modo de produção de decisões utilizadas pelas cortes de Justiça.

No caso do paternalismo pretoriano, o magistrado, de maneira isolada, se considera legitimado a proferir uma decisão a favor da parte considerada mais frágil, muitas vezes desprovido de fundamento jurídico, simplesmente por acreditar que dessa forma está sendo feita a justiça naquele caso concreto.

Desta forma, decisões proferidas com base nas ideologias e crenças do magistrado que, diante de um caso concreto, pendem para um dos lados considerado vulnerável e merecedor de uma proteção, não encontra guarida no próprio ordenamento jurídico e revela a sua ilegitimidade.

Tem-se, portanto, que a atuação paternalista do Estado no sentido de ampliar o contraditório por meio da aplicação direta e irrestritamente das regras processuais garantidoras da ampla defesa, apenas se justifica nos casos em que a entidade da qual o sócio foi excluído exerça atividade de “caráter público ou geral” capaz de mitigar a autonomia

privada dos associados ou em hipóteses tais em que a vulnerabilidade do indivíduo for incontroversa, tal como ocorrem nas relações consumeiristas.

Outro ponto que afasta a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 201.819-8 da hipótese regulada pelo artigo 1.085 do Código Civil refere-se ao fato de que a incidência do contraditório no caso da exclusão do membro da UBC apenas foi possível em virtude da evocação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares, enquanto que nas exclusões extrajudiciais de sócios em sociedade limitada, o contraditório se aplica por expressa previsão infraconstitucional.

Com relação à exclusão processada pela UBC, objeto do recurso extraordinário, se não fosse reconhecida a aplicação direta do preceito fundamental atinente aos direito de defesa previsto no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República de 1988, nenhuma espécie de defesa seria assegurada ao associado inadimplente, eis que, nem o Estatuto Social, nem a lei vigente à época continha disposição neste sentido. Pelo contrário, o Estatuto previa procedimento em que a decisão seria tomada pela diretoria sem qualquer participação do acusado que, apenas após a deliberação, foi informado quanto à intenção de exclusão e quanto ao teor da deliberação, num único ato.

É importante esclarecer que apenas em 2005, com o advento da Lei 11.127 de 28 de junho de 2005, e, portanto, após a exclusão do membro da UBC, que o artigo 57 do Código Civil⁷ veio a ser alterado para garantir ao membro de associações o direito de defesa nos procedimentos de exclusão.

Na hipótese de exclusão por justa causa do sócio minoritário de sociedade limitada, no entanto, o próprio parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil vigente já assegura o direito de defesa ao sócio, o que configura a própria expressão do princípio do contraditório nas exclusões extrajudiciais.

Aliás, é o próprio Cezar Fiuza, autor da emenda que incluiu a expressão “direito de defesa” ao parágrafo único do artigo 1.085 durante a fase de aprovação do Código Civil que explica:

Por meio de emenda de redação apresentada na fase final de tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, por proposta deste Relator, foi acrescentada ao parágrafo único do dispositivo a expressão 'e o exercício do direito de defesa'. Essa modificação deveu-se à necessidade de

⁷“Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.” (BRASIL, 2002)

compatibilizar o Código Civil com o princípio constitucional da ampla defesa, assegurado, como garantia fundamental, pelo art. 52, IV, da Constituição Federal de 1988. A simples alusão ao acusado, em processo que visa sua exclusão da sociedade, para comparecimento à reunião apresentava-se insatisfatória diante do texto da nossa Lei Maior Assim, tomou-se necessário, para compatibilizar o dispositivo com as garantias constitucionais, o acréscimo da frase 'e o exercício do direito de defesa'. (FIUZA, 2008, p. 1105)

Houve, portanto, o claro intuito do legislador em garantir ao acusado o direito de contradizer as acusações que lhe são feitas em assembleia pelos demais sócios. E, em consonância com o caput do artigo tal defesa se dará através do seu incontestável direito de voz nas assembleias ou reuniões. O receio era que ao acusado fosse negado até mesmo o direito de voz em virtude da ausência de qualquer previsão que garantisse o contraditório.

Vale ressaltar que, considerando que a exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedade limitada apenas é possível quando tal hipótese estiver expressamente prevista no instrumento constitutivo da sociedade, aos sócios é dada a oportunidade de regular o contraditório, ampliando prazos e definindo formas específicas ao seu exercício. Caso a matéria não venha a ser regulada pelos sócios no momento da constituição da sociedade, contudo, deve-se aplicar o contraditório nos exatos limites previstos pela lei infraconstitucional, que não exigiu qualquer procedimento específico de concessão de prazo e oportunidade para produção de provas, apenas estabelecendo que a decisão de exclusão deve ser tomada em assembleia especialmente convocada para este fim devendo o acusado ser convocado em tempo hábil para, caso queira, nela comparecer e exercer o seu direito de defesa.

Dessa forma, revela-se como sendo meramente paternal a decisão do magistrado que, desconectado do arcabouço legal vigente, impõe a aplicação direta do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, evocando a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando o próprio legislador solucionou a questão ao estabelecer regra específica que prevê a observância ao contraditório nos procedimentos de exclusão extrajudicial de sócio minoritário.

3.2 Extensão do contraditório nos procedimentos de exclusão extrajudicial.

Neste ponto o leitor deve estar se perguntando: Se a incidência do contraditório é questão incontroversa nos casos de exclusão extrajudicial de sócio nas sociedades limitadas, qual a relevância prática da discussão que ora se propõe? Não é indiferente que no deslinde da lide o julgador evoque o parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil de 2002 ou aplique a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para fazer incidir o artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República de 1988? A resposta não é tão singela quanto possa parecer.

Afora o elemento processual referente ao fato de que o julgamento dos litígios que envolvem infração a dispositivos constitucionais são de competência do Supremo Tribunal Federal⁸ enquanto a infração a dispositivos infraconstitucionais são de competência do Superior Tribunal de Justiça⁹, a aplicação dos dois dispositivos levam também a conclusões diversas do ponto do vista do direito material.

Isso porque, ao evocar a aplicação direta do direito fundamental ao contraditório previsto na Constituição, desprezando o fato de que o legislador infraconstitucional já o fez, o julgador tende a aplicá-lo de acordo com as regras do direito processual, utilizando-as como fonte subsidiária, não observando as particularidades que o procedimento assemblear abriga.

A adoção de tais regras decorre da falsa impressão de que a exclusão extrajudicial é uma penalidade aplicada ao sócio minoritário e o conclave é um julgamento em que os demais sócios, em condição de superioridade, atuam como verdadeiros julgadores.

Neste sentido:

Parece-me, de todo modo, extremamente infeliz a referencia legal ao exercício de um direito de defesa, já que as deliberações sociais representam, pura e simplesmente, a somatória da vontade da maioria exigida para tomá-la – e não um julgamento. (GONÇALVES NETO, 2012, p.43)

8 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988)

9 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (...)” (BRASIL, 1988)

Assumindo, no entanto, que a deliberação social de exclusão de sócio tem natureza completamente diversa dos julgamentos administrativos e judiciais, o contraditório em um e outro procedimento deve se efetivar em dimensões distintas.

A possibilidade de exclusão do sócio faltoso releva o exercício de uma prerrogativa contratual, na medida em que é regra estabelecida pelos próprios sócios no ato constitutivo da sociedade, e não na aplicação de uma “penalidade” ao sócio. É o próprio artigo 1.085 que revela esta natureza às exclusões quando impõe como condição *sine qua non* para processamento da expulsão a existência de cláusula autorizativa no contrato social.

O contrato social nas sociedades limitadas é justamente a expressão da vontade dos sócios que se unem em busca de um objetivo comum que é o exercício da atividade empresarial com o fim de gerar lucro.

Neste sentido, ponderou Ascarelli:

Podemos, pois, voltar à doutrina tradicional, afirmando ser, a constituição da sociedade, um contrato. Aliás, é fácil observar ser, essa, a premissa explícita ou implicitamente seguida, quando a legislação e a jurisprudência disciplinam a sociedade entre os contratos e lhe aplicam, em princípio, as regras dos contratos. (ASCARELLI, 2008, p. 386)

No ato constitutivo, os sócios discriminam todas as regras que, dentro dos limites legais, irão regular o relacionamento entre os sócios e o relacionamento destes para com a sociedade, que também é parte no ajuste.

A celebração do contrato é indispensável para fixar o alcance da responsabilidade de cada sócio e garantir que as vontades individuais não irão se sobrepor aos interesses da sociedade enquanto coletividade. Uma vez estipuladas, a observância às cláusulas contratuais é tão imperativa quanto a observância às normas legais, fazendo verdadeira “lei entre as partes”.

Quando o contrato social é celebrado com cláusula autorizativa de exclusão extrajudicial de sócio, quer dizer que todas as partes, inclusive o próprio sócio excluído, em livre exercício da autonomia da vontade, concordaram com a possibilidade de exclusão extrajudicial nos casos de falta grave praticada contra a sociedade.

Tal como as partes de um contrato bilateral ajustam que o mesmo poderá ser rescindido antecipadamente por quaisquer das partes por motivo de descumprimento de obrigação contratual, aos sócios também é facultado prever que o vínculo societário se extinga independente de constrição judicial sempre que algum dos sócios venha a agir contra

os interesses da sociedade. A diferença é que, sendo a sociedade um contrato plurilateral, ela pode permanecer mesmo após a extinção em relação a uma das partes. Neste sentido:

A consequência mais notável que resulta do contrato bilateral é que a impossibilidade de execução da obrigação de uma das partes importa a nulidade ou resolução do contrato; no contrato plurilateral atinge só e unicamente a adesão da parte, permanecendo o contrato em relação às outras, se seu objetivo continuar viável. (...) Através do contrato plurilateral podemos recondicionar, modernizando, todo o capítulo de dissolução das sociedades comerciais, para preservá-la em caso de morte de sócio, incapacidade, retirada ou exclusão, no caso de pedido unilateral de dissolução, desfazendo o vínculo contratual do sócio que se afasta, sem prejuízo da continuação da sociedade, desde que remanesçam mais de dois elementos.” (REQUIÃO, 2011, p. 442)

Importante ressaltar que é imprescindível que a sociedade seja a parte efetivamente lesada pelo inadimplemento do sócio, como condição para que o instituto da exclusão extrajudicial de sócio minoritário seja aplicável.

Para efeito de análise sobre o alcance da expressão “atos de inegável gravidade”, parece oportuna a comparação do artigo 1.085–com o artigo 1.030¹⁰ que regula a exclusão judicial. Enquanto o artigo 1.085 utilizou a expressão “atos de inegável gravidade” o artigo 1.030 valeu-se da expressão “falta grave” para demonstrar que a exclusão do sócio, seja judicial ou extrajudicialmente, não poderá apoiar-se em motivos fúteis, devendo a falta ser necessariamente grave.

Da leitura do art. 1.030 do Código Civil vigente verifica-se que a falta grave cometida refere-se ao cumprimento das obrigações dos sócios, enquanto o art. 1.085 refere a atos de inegável gravidade que põe em risco a continuação da empresa. Ou seja, embora ambos os enunciados refiram-se a uma atitude grave, no sentido de importante e séria, somente no caso de exclusão extrajudicial é que existe referência a um certo risco na continuidade da empresa. De fato, qualquer ato dos sócios que possa comprometer o interesse social será considerado abuso de direito, mas, nem todo abuso de direito tem o condão de colocar em risco a continuidade da empresa.

Para os casos em que a obrigação descumprida refere-se ao dever de colaboração entre os sócios, a solução é outra, notadamente aquela prevista no artigo 1.030 do Código

¹⁰ Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações (BRASIL, 2002)

Civil que possibilita aos sócios promover a competente ação judicial para exclusão do sócio faltoso.

Considerando, portanto, que a sociedade foi a parte lesada, é necessário que a vontade social se apure mediante processo deliberativo. Daí que os sócios, ao votarem na assembleia, o fazem de forma a proteger os interesses da própria sociedade.

Vale lembrar que a atividade empresarial envolve, invariavelmente, o interesse de terceiros - trabalhadores, fornecedores e o próprio Estado representado pelo Fisco – que seriam atingidos na hipótese de dissolução total do contrato de sociedade. A possibilidade de continuidade da empresa parece ter sido mesmo o motivo relevante que levou o Legislativo a facultar a dissolução apenas parcial das sociedades limitadas.

Assim sendo, a decisão da sociedade pela exclusão extrajudicial de um determinado sócio faltoso deve ser vista como exercício de prerrogativa contratual, eis que representa consequência ajustada contratualmente pelo descumprimento do dever de colaboração e jamais como aplicação de penalidade.

Ademais, é importante levar em considerando a fato de que a reunião ou a assembleia tem a função, precípua, de formar a vontade social. No momento da constituição da sociedade, é conferida aos sócios a opção entre disciplinar a forma como se dará o procedimento de exclusão ou adotar o singelo procedimento imposto pelo artigo 1.085 do Código Civil vigente que, conforme já ressaltado, limita-se a estabelecer que a decisão deverá ocorrer em assembleia, não tendo se pronunciado acerca da instrução e produção de provas, que ficou reservada à fase judicial em possível ação anulatória.

A imposição legal de que a decisão seja colhida em reunião ou assembleia objetiva unicamente que as partes tenham oportunidade de debater a matéria, expondo as razões individuais que os fazem deliberar pela sua aprovação ou reprovação, tentando-se chegar à decisão mais acertada possível de acordo com os interesses da sociedade, debate este que poderia ser suprimido caso a matéria fosse deliberada por escrito.

Ao incluir a expressão “direito de defesa” no parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil de 2002, o legislador quis garantir que não seria retirado do sócio excluendo o direito de contradizer os fatos narrados, eis que já não pode participar diretamente da votação por possuir interesse conflitante ao da sociedade.

Dessa forma, o “contraditório” que se forma por ocasião da exclusão extrajudicial, caso os sócios tenham optado por não ampliá-lo em contrato social, é apenas aquele societário-assembly. A observância ao direito de defesa impõe apenas que o sócio seja

cientificado da realização da assembleia com a antecedência necessária para permitir o seu comparecimento e nela possa exercer o seu direito de voz, argumentando e apresentado as suas razões, contribuindo para a decisão assemblear, não havendo espaço para constituição de advogado, produção de contraprova, impugnação técnica, indicação de assistentes técnicos ou qualquer outro mecanismo processual incidente nos processos administrativos e judiciais, conforme já demonstrado por Gonçalves Neto:

Por direito de defesa deve-se entender, pura e simplesmente, o direito de manifestar-se sobre a justa causa considerada pelos detentores da maioria do capital social para a convocação da reunião ou assembleia de exclusão. Se o sócio excluendo não se manifestar, a deliberação terá plena validade, porquanto a simples presença dele ou de representante por ele constituído (advogado ou outro sócio, cf. art. 1.074, §1º, do CC), supõe o exercício desse direito. O não comparecimento dele à reunião implica renúncia à sua defesa. (GONÇALVES NETO, 2010, p. 300-301)

Em sentido convergente, cite-se as conclusões de Daniel de Ávila Vio em sua dissertação de mestrado:

Neste sentido, a interpretação mais razoável que se pode fazer do parágrafo único do artigo 1.085 é a de que, ao se referir ao direito de “defesa” do excluendo, o legislador tratou de assegurar a prerrogativa do sócio de argumentar e apresentar suas razões aos seus consócios. Ao excluendo, cumpre reiterar, cabe exercer meramente o direito de voz, atribuível a qualquer sócio, com o intuito de tentar dissuadir os demais quotistas da decisão de exclusão. O único “contraditório” que se forma no conclave de exclusão é aquele societário-assemblear. (VIO, 2008, p. 175)

A decisão colegiada, como visto, destina-se exclusivamente a possibilitar o confronto de ideias para formação da vontade social, levando-se em conta os interesses individuais de cada sócio, tendo em vista que “as assembleias ou reuniões tem seu fundamento, como já frisado, na formação da vontade coletiva dos sócios, levando-se em conta seus interesses individuais”. (VITALE JUNIOR, 2005, p. 109)

Tal manifestação, frisa-se, não representa qualquer espécie de julgamento, visto que aos sócios falta a imparcialidade indispensável para que sejam reconhecidos como julgadores.

Na gestão da organização achamos, muitas vezes, a possibilidade – naturalmente em limites diversos nos vários casos – de uma deliberação por maioria. Esta possibilidade corresponde justamente à existência de uma organização que visa a uma finalidade comum a todos os participantes: nesta comunhão de escopo, assenta, afinal, o poder da maioria. Essa possibilidade é,

por isso, tanto maior quanto mais nítida é, nos vários tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre os interesses “comuns” e aqueles “particulares” de cada participante. (ASCARELLI, 2008, p. 422)

Em assim sendo, as regras de contraditório estabelecidas pelo legislador para processos administrativos e judiciais que dão origem a um “julgamento” não podem ser aproveitadas para as deliberações sociais que tenham por objetivo a exclusão de sócio, ainda que de forma subsidiária.

Nas hipóteses em que os sócios optarem por não disciplinar a forma de defesa do acusado nos procedimentos de exclusão, o contraditório deve ser compreendido nos exatos limites que a decisão assemblear permite, ou seja, apenas como o direito do acusado em participar e manifestar (direito de voz) nas discussões que precedem a deliberação social.

Isto porque, se o legislador não exigiu qualquer procedimento especial para participação do acusado nas assembleias de exclusão e os sócios também se omitiram neste sentido, não podem tais regras ser presumidas nem tampouco criadas pelo judiciário com inspiração na legislação processual.

Emerge do pronunciamento do Tribunal Mineiro que a discussão acerca das formalidades legais deslocou-se para a análise do âmbito de extensão do conteúdo da ampla defesa e do contraditório. Assim, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que anulou a referida exclusão sob o fundamento de que o direito de defesa não foi oportunizado de forma ampla e irrestrita, revelou, de forma incontestada, a ingerência do Judiciário em órbita nitidamente privada pautada na lei.

Neste caso, a decisão do Tribunal de Justiça colidiu frontalmente com o instituto da exclusão extrajudicial de sócio minoritário da sociedade limitada:

O grande mérito da exclusão extrajudicial é exatamente permitir que a apreciação dos fundamentos e da licitude da expulsão por parte da autoridade judiciária transcorra sem a presença do excluído no quadro de sócio. Por esta via a exclusão tem eficácia imediatamente após a deliberação dos sócios. Em uma inversão do que normalmente ocorre caberá ao excluído, caso entenda que a exclusão foi injusta ou que qualquer de seus direitos foram violados com o procedimento, o ônus e a iniciativa de submeter a questão à autoridade judiciária. (VIO, 2009, p. 78)

Assim, o que se nota aqui é uma inversão do ônus do recurso ao Judiciário. Nesse caso, há a transferência para o sócio excluído do ônus de provar a ausência dos requisitos configuradores da justa causa através da interposição da competente ação anulatória provando

o vício de procedimento ou defeito de conteúdo na deliberação social. Vale lembrar, que sendo reconhecida a ilegalidade da exclusão, o sócio terá direito, ainda, às perdas e danos sofridos em decorrência da exclusão injusta.

Ressalte-se, por derradeiro, que não se trata de suprimir do acusado o direito à ampla defesa, com apresentação de defesa técnica e dilação probatória, mas apenas de delimitar o momento de seu exercício, que no caso fica reservado à instância judicial, por ocasião da interposição de uma ação anulatória.

Conforme alerta Modesto Carvalhosa:

O ‘direito de defesa’ a que canhestamente se refere o parágrafo único em nada se confunde com o direito constitucional de defesa dado a todos os acusados (art. 5º, LV, da Constituição Federal), o qual poderá ser eventualmente exercido por esse sócio que vier a atacar o ato de exclusão pela via administrativa, arbitral ou judicial” (CARVALHOSA, p. 318)

Desta forma, decisões pautadas de forma indiscriminada na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no tocante ao direito de defesa do sócio excluído acabam por gerar prejuízos à própria sociedade, em virtude da possibilidade de manutenção em seu quadro social de um sócio que vive sob a acusação de ter praticado ato de notória gravidade e que esteja colocando em risco a própria atividade empresária. Prevalendo este tipo de decisão, a perpetuação do sócio acusado no quadro societário, até julgamento final da ação, poderá gerar efeitos nocivos e ainda maiores para a própria sociedade empresária e para todos aqueles que estão envolvidos, inclusive para esse próprio sócio.

Portanto, ao ampliar o sentido de ampla defesa previsto em lei, a atuação do Judiciário revela o seu cunho paternalista e uma proatividade incompatível com o seu mister, tendo em vista que as formalidades previstas em lei, não foram, em um primeiro momento, violadas pela sociedade e, sequer, estão sendo discutidas.

Cabe ao Judiciário proteger e resguardar a autonomia da vontade das partes em relações de caráter nitidamente privadas, sendo, neste caso, legítima a intervenção estatal. Por outro lado, decisões que revelam a escolha pelo julgador de uma das partes como sendo a merecedora de uma proteção de cunho paternal devem ser rechaçadas por não condizer com a ideologia democrática presente no ordenamento jurídico pátrio.

4 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi dito é possível concluir que o contraditório nos processos de exclusão deve ser compreendido nos exatos limites que a decisão assemblear permite, ou seja, apenas como o direito do acusado em participar e manifestar por meio do seu direito de voz das discussões que precedem a deliberação social, não comportando a apresentação de defesa técnica nem tampouco dilação probatória.

São equivocadas as decisões judiciais que, mediante simples subsunção ao entendimento consignado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão do RE 201.819-8, sem considerar as particularidades que os casos abrigam, declaram o sócio minoritário hipossuficiente e, valendo-se da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pretende aplicar o devido processo legal em sua plenitude ao procedimento assemblear de exclusão, utilizando-se das regras processuais como norma subsidiária.

A aplicação, sem reservas, das regras referentes ao contraditório e a ampla defesa incidentes nos processos administrativos e judiciais para os casos de exclusão de sócio regulado pelo artigo 1.085 do Código Civil, importa em interferência exacerbada do Estado nas relações privadas.

Considera-se abusiva a atuação estatal que visa limitar a autonomia da vontade, ainda que em parte ou sob o pretexto da proteção. Daí que, se o particular é capaz e esteve totalmente informado quanto aos riscos e consequências de sua escolha, a tentativa do judiciário de ampliar as regras que o próprio indivíduo aderiu na relação com seus pares, configura intervencionismo e não proteção.

Quando o sócio, utilizando-se da faculdade legal prevista pelo artigo 1.085 do Código Civil vigente, celebra contrato social em que consta previsão expressa de que a sociedade poderá ser dissolvida parcialmente em procedimento extrajudicial, e, tal como o legislador, opta por não prever prazos e formas específicas para apresentação da defesa, adotando a assembleia de sócios como único requisito para o procedimento de exclusão, ele assumiu, dentro da autonomia da vontade, as consequências que daí possa decorrer.

É de se reconhecer que o sócio, ainda que minoritário, ao celebrar contrato de sociedade com cláusula de exclusão extrajudicial, agiu de forma livre e consciente e expressamente aceitou a inversão do ônus do recurso ao judiciário. Sabia que poderia ser excluído mediante processo deliberativo assemblear, independente de constrição judicial e produção de provas pelos demais sócios e, mesmo assim, manifestou o seu consentimento.

As consequências da atitude benevolente do Estado que trata direitos fundamentais de cunho negativo como se de cunho positivo fossem, entendendo que as regras processuais referentes ao devido processo legal devem incidir também nas relações jurídico-privadas, podem ser desastrosas.

Portanto, quando o Judiciário anula, anos depois, um procedimento de exclusão extrajudicial por entender que os particulares, em suas relações internas, não observaram determinadas regras processuais que nem lhe foram impostas por lei, nem tampouco livremente aderidas por eles no momento da contratação, coloca em cheque a própria manutenção da atividade empresarial, em clara afronta ao princípio da preservação da empresa,

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jan 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso Extraordinário n. 201819. União Brasileira de Compositores x Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *Diário da Justiça*, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>> Acesso em: 02 mar. 2015

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 12ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo. Saraiva, 2003. v. 13.

FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIÚZA, César. *Código Civil Comentado*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa : Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil* . 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades Limitadas*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo. Saraiva, 2009.

MARTINS, Thiago Penido. *A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários*. 2010. 227f. Dissertação (Mestrado). Faculdade Milton Campos. Nova Lima. Disponível em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2010/thiagopenidomartinsaeficaciadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf> . Acesso em: 06 mar. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível. Intempestividade. Exclusão de sócio. Procedimento administrativo. Ausência do devido processo legal. Apelação Cível n. 1.0183.09.172002-3/001. José Carvalho Baumgratz versus Jane Elizabeth Vieira da Costa Sarmento e outros. Relator: Des.Wagner Wilson. Diário da Justiça, Belo Horizonte, 20 nov. 2012.* Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0183.09.1720023%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 02 mar. 2015

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 1º Volume – 30. ed. rev. e atual. Por Rubens Edmundo Requião - São Paulo : Saraiva, 2011.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Departamento de Direito Processual. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. (USP), São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

VIO, Daniel de Avila. *A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o código civil de 2002*. 2008. 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-12022010-161504/pt-br.php>>. Acesso em: 25 fev.2015

VITALE JUNIOR, Ivan Lorena. *Órgãos Societários nas Sociedades Limitadas*. 2005. 163f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Programa

de Pós Graduação em Relações Sociais, sub área de Direito Comercial. Disponível em: <
http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2343 >. Acesso em: 01
mar 2015