

## Oportunidade negocial e parâmetros contratuais-societários

Henrique Arake  
Gladston Mamede  
Ronald Sharp Jr  
Marcelo Lauer Leite  
Silvia Cohim  
Mariana Maduro

### 1. A hipótese

Em função de um ativismo judiciário que não-raro vence as previsões legais para considerar outras referências, o mercado (os atores mercantis) passou a buscar amparo jurídico para pretensões que colocam como expressão de compreensões que buscam remunerar com mais envergadura e dinamismo as iniciativas individuais. O Direito deve amoldar-se a tais tendências? Se se amolda, cumpre sua função para com a sociedade? Ou será que, pelo contrário, seu papel seja justamente o de garantir parâmetros que, sim, podem implicar *perdas de chances* em face da necessidade de segurança, de parâmetros?

Apresentamos nas próximas seções um estudo que procurará explorar paradoxos para, construindo um cenário, promover um diálogo sobre tais questões. Neste paradoxo serão antepostas pretensões coletivas e pretensão individual sob dois ângulos diversos: econômico e jurídico. Em suma, um balão de ensaio, em ambiente controlado, do que se debate à larga em foros diversos, nomeadamente essa ágora (ou fórum) virtual amplo que são as redes sociais.

A hipótese que traçamos é a seguinte: suponha uma sociedade limitada contratada por tempo determinado (ressaltamos: contratada por tempo determinado: prazo ou termo certos), cujo contrato social prevê que a alienação de quotas para terceiros exige aprovação unânime dos demais sócios. Ocorre que um dos sócios recebe uma excelente proposta de um terceiro por suas quotas, leva-o à reunião de sócios que não aceitam o ingresso do terceiro, ao mesmo passo em que nenhum dos demais sócios se interessa por adquirir a participação societária pelo valor oferecido pelo terceiro. Nesse caso, o sócio em questão poderia arguir essa situação como caracterização de “justa causa” para exigir, judicialmente, a sua retirada antes do termo?

- Para quem estamos advogando? – pergunta um.
- Advogue para o sócio que pretende vender sua participação – responde o gaiato.

### 2. A perspectiva individual: uma perspectiva econômica

Sociedades são entes de mercado, vale dizer, são entes econômicos, compreendidos por uma ética correspondente: espaço institucional (e personificado) para a busca de mais-valia. Isso abre um horizonte interessante. Uma perspectiva diversa. Caminhemos por aí e, para tanto, vamos nos referir ao sócio em discussão como “sócio retirante” (embora seja apenas uma pretensão de retirar-se) ou, para fins gráficos, de  $S_r$ .

Pois bem, postulemos que  $S_r$  ingressou na sociedade em questão de livre e espontânea vontade, sabendo que, sendo de prazo determinado, deve nela permanecer. A

exceção legal está inscrita na parte final do art. 1.029<sup>1</sup> do Código Civil: retirar-se por ocorrência de justa causa, reconhecida judicialmente. Não verificado evento que possa definir-se como justa causa, há que nela permanecer até que o tempo (prazo ou termo) se complete. Mas há outra exceção legal: a cabeça do art. 1.003/CC<sup>2</sup> combinada, por se tratar de uma sociedade limitada, com a cabeça do art. 1.057/CC<sup>3</sup>: a cessão da(s) quota(s) mantém a sociedade existindo até que se complete o tempo certo, embora permita ao cedente sair, sendo substituído pelo cessionário.

Mas, no caso, há uma cláusula que demanda aceitação da cessão pelos demais sócios. No caso, pela totalidade dos demais sócios (sociedade *intuitu personae* absoluta<sup>4</sup>); situação contratual lícita e mais rígida do que a previsão do art. 1.057/CC, que se refere ao poder de veto por “titulares de mais de um quarto do capital social.” Na previsão de aceitação por todos os demais sócios, qualquer sócio, por menor que seja a sua participação, extrai tal poder de veto do contrato.

Nesse passo, considerando-se nosso exemplo, o sócio  $S_r$  pretende ceder as suas quotas a um terceiro  $T$ , mas os demais sócios (que, para simplificar, denotaremos apenas por  $S_0$ ) não aceitam o ingresso  $T$  na sociedade. Será possível demonstrar uma lesão aos interesses de  $S_r$  apta a justificar a sua retirada judicial da sociedade? Para essa investigação, utilizaremos uma abordagem da análise econômica do direito.

Os juseconomistas se utilizam do instrumental teórico da microeconomia para realizar juízos de prognose e diagnose de leis, políticas públicas e decisões judiciais do ponto de vista da eficiência. Dentre eles, destacamos o conceito de “utilidade” que nada mais é do que uma medida subjetiva de satisfação/riqueza que um agente extrai de determinada situação<sup>5</sup>. E a “função utilidade” é uma relação matemática que permite que representemos as preferências de um indivíduo em relação a diferentes situações<sup>6</sup>, comparando-as entre si.

Segundo o nosso exemplo,  $S_r$  deseja vender suas quotas para  $T$ , significando que  $S_r$  *prefere* vender suas quotas a  $T$  a permanecer na sociedade. Dizemos, portanto, que  $S_r$  atribui mais *utilidade* a vender suas quotas do que a permanecer na sociedade. Assim, postulamos que  $U_{S_r}(T)$  representa a *função utilidade* atribuída por  $S_r$  para vender suas quotas a  $T$ . Postulemos, ainda, que  $U_{S_r}(P)$ , representa a *função utilidade* atribuída por  $S_r$ , caso permaneça na sociedade. Desse modo, podemos ilustrar esse cenário da seguinte maneira:

$$U_{S_r}(T) > U_{S_r}(P).$$

Diversa situação seria se houvesse cláusula prevendo mero direito de preferência na aquisição das quotas pelos demais sócios. Há uma equação diversa nesse caso: pode-

---

<sup>1</sup> Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; **se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.** (g.n.)

<sup>2</sup> Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

<sup>3</sup> Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

<sup>4</sup> Uma sociedade é dita “*intuitu personae* absoluta” quando o elemento pessoal é tão determinante para a sua formação e existência que a saída de um deles pode implicar na sua dissolução total.

<sup>5</sup> Para maiores detalhes, cfr. MANKIW, N G. Introdução à economia – Tradução da 8ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019.

<sup>6</sup> *Idem, ibidem.*

se postular que  $S_r$  tem a faculdade contratual de vender, sendo-lhe legítimo ceder as quotas aos sócios primevos  $S_0$ , ou ao terceiro  $T$ , assim:

$$U_{S_r}(S_0) = U_{S_r}(T) > U_{S_r}(P).$$

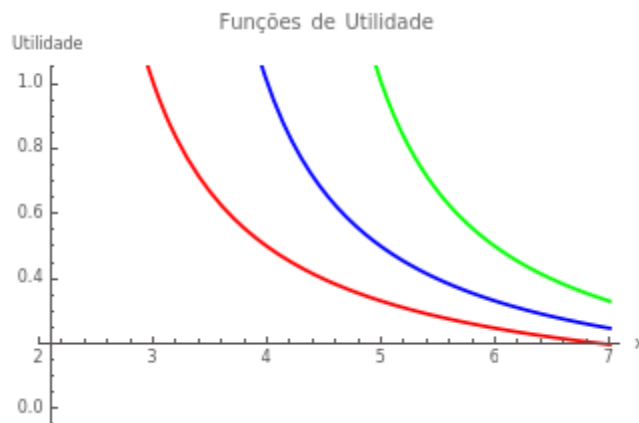
onde  $U_{S_r}(S_0)$  representa a *função utilidade* atribuída por  $S_r$  para vender suas quotas a  $S_0$ .

A questão é extremamente relevante mesmo quando, em sociedades por prazo indeterminado, tem o sócio (qualquer deles) a faculdade da retirada imotivada que se fez prever na primeira parte do art. 1.029 do Código Civil. Afinal, não se pode deixar de considerar que o valor da oferta feito por  $T$  a  $S_r$  pode ser superior ao valor atribuível aos seus haveres, havendo interesse não em liquidar as respectivas quotas mas, efetivamente, em cedê-las para beneficiar-se de um sobrevalor de mercado (situação que se mostra cada vez mais corriqueira nos estágios mais recentes do mercado. Nesse caso, denotando por  $U_{S_r}(H)$  a *função utilidade* atribuída por  $S_r$  aos seus haveres em caso de retirada da sociedade, temos que:

$$U_{S_r}(T) > U_{S_r}(H).$$

No entanto, não é o caso.  $S_r$  não está obrigado a dar preferência pelo mesmo valor e condições, mas não pode ceder já que os demais sócios não querem adquirir e não permitem o ingresso do terceiro. Perceba-se que, sob tal perspectiva, é inevitável concluir que a permanência na sociedade, cuja utilidade será definida por  $U_{S_r}(P)$ , é a pior situação possível para  $S_r$ , pois ele prefere se retirar da sociedade a nela permanecer<sup>7</sup>. Assim:

$$U_{S_r}(S_0) = U_{S_r}(T) > U_{S_r}(H) > U_{S_r}(P), \text{ ou, graficamente:}$$



Eis o eixo a partir do qual se pode argumentar que no momento que  $S_r$  recebe a oferta de  $T$  por suas quotas, a sua *função utilidade* é representada pela curva mais externa (verde) e, portanto, de onde extrai mais valor. Por seu turno, permanecer na sociedade é representada pela curva mais interna (vermelha) e, portanto, de onde extrai menos valor. O argumento a ser construído é que os sócios, ao impedirem a venda para um terceiro e ao se negarem a comprar as suas quotas pelo mesmo preço oferecido pelo terceiro, causam um prejuízo a  $S_r$  mensurável pela distância entre as curvas  $U_{S_r}(S_0) = U_{S_r}(T)$  e  $U_{S_r}(P)$ ,

<sup>7</sup> Estamos, afinal, estudando se  $S_r$  pode argumentar esses fatos para se retirar da sociedade.

prejuízo este mitigável pela autorização de sua retirada, o que lhe colocaria no estado  $U_{S_r}(H)$  (em azul). Haveria, assim, um abuso de direito.

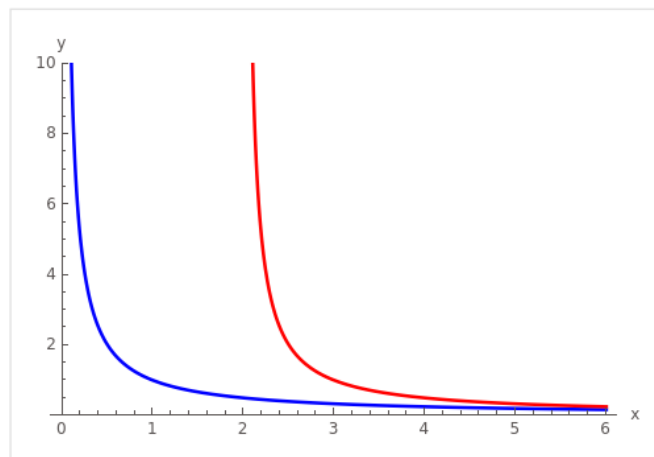
- Esse é o ponto. Há contraponto?
- Advogue para a sociedade e os demais sócios, então.

### 3. A perspectiva dos demais

Vamos começar usando as mesmas ferramentas eleitas para sustentar a pretensão de haver abuso de direito. Afinal, essa conclusão não leva em consideração o ponto de vista dos sócios remanescentes ( $S_0$ ), cujas preferências são, exatamente, o oposto. À toda evidência,  $S_0$  prefere que  $S_r$  (e qualquer outro sócio) permaneça na sociedade. Não fosse assim, os sócios não teriam (i) contratado a sociedade por prazo determinado (sabendo que o art. 1.029 do Código Civil restringe a potestade do sócio que pretenda se retirar); (ii) não teriam restringido, no contrato social, o ingresso de terceiros estranhos à sociedade primerva e; (iii) não obstariam a cessão dessas quotas a terceiro não-sócio. Tudo indica que, ainda que um dos sócios pretenda sair (cedendo ou liquidando suas quotas),  $S_0$  ainda prefere que  $S_r$  permaneça vinculado à sociedade. Desse modo, supondo que  $S_0$  prefere que  $S_r$  permaneça na sociedade a qualquer outra opção (que postularemos que são indiferentes entre si), para  $S_0$ :

$$U_{S_0}(P) > U_{S_0}(S_r) = U_{S_0}(T) = U_{S_0}(H),$$

onde  $U_{S_0}(P)$  representa a *função utilidade* atribuída por  $S_0$  se  $S_r$  permanecer na sociedade,  $U_{S_0}(S_r)$  representa a *função utilidade* atribuída por  $S_0$  se adquirir as quotas de  $S_r$ ,  $U_{S_0}(T)$  representa a *função utilidade* atribuída por  $S_0$  se  $S_r$  vender suas quotas a  $T$  e  $U_{S_0}(H)$  representa a utilidade atribuída por  $S_0$  se  $S_r$  se retirar da sociedade, ou, graficamente:



onde a curva mais externa (vermelha) representa a *função utilidade* de  $S_0$ , caso  $S_r$  permaneça na sociedade  $U_{S_0}(P)$  e a mais interna (azul), representa todas as demais.

A eleição do interesse/benefício individual como fator primordial é caminho para um oportunismo econômico que parte do contratado para ganhar com o não contratado. Em suma, não é mero abuso de direito (art. 187<sup>8</sup> do Código Civil); mais do que isso, é

---

<sup>8</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

um ato ilícito direto (art. 186<sup>9</sup> do Código civil). No âmbito de qualquer relação contratual, faculdades e obrigações definem considerando o que se ajustou, nos limites permitidos pelas leis e, enfim, como baliza maior, pela Constituição da República. No caso, há um contrato típico, um *contrato social de sociedade limitada* (contrato personificado, em conformidade com o subtítulo II do livro II do Código Civil). As partes poderiam estipular um contrato por prazo indeterminado ou por prazo determinado e, ao decidir entre ambos, devem considerar o texto do art. 1.029 do Código Civil. Se tempo indeterminado, afirmação de um direito imotivado de retirada.

Mas não foi o que ocorreu. O sinalagma formou-se com a previsão de prazo determinado, ou seja, os dois lados da moeda são esses: (1) cada sócio (e todos, enfim) tem a faculdade e a obrigação de permanecer na sociedade até a verificação do tempo definido; (2) cada sócio (e todos, enfim), tem a faculdade de exigir que os demais sócios permaneçam na sociedade até a verificação do tempo definido.  $S_r$  foi parte na constituição de tais faculdades/obrigações.

Não é só. Poder-se-ia ter sido aceita a regra geral da cabeça do art. 1.057 do Código Civil, ratificando para o caso o poder de veto para um quarto do capital social. Poder-se-ia mesmo ter optado pela previsão legal de que as quotas teriam livre circulação, ou seja, que poderiam ser cedidas, sem anuência dos demais sócios, hipótese em que se estaria a constituir/contratar uma sociedade *intuitu pecuniae*. Nesse caso, o mais comum é o estabelecimento de uma cláusula prevendo o direito de preferência para os demais sócios ( $S_0$ ). Mas, veja: é o mais comum, não é obrigatório. As partes têm o poder de estabelecer um amplo direito de cessão, aproximando-se do que ocorre nas sociedades anônimas (salvo pacto social ou parassocial em sentido diverso).

O que se tem no caso dado? Com a participação de  $S_r$ , estabeleceu-se um poder de veto absoluto (atribuído a qualquer sócio, por menor que fosse sua participação). Criou-se uma sociedade *intuitu personae* absoluta por prazo determinado. O sócio que decide ingressar numa sociedade limitada *intuitu personae* absoluta e que tenha prazo determinado está se comprometendo perante a sociedade e os demais sócios que dela fará parte até o seu termo, salvo se houver uma justa causa para sua retirada ou se não recusarem o cessionário que apresente. E esse direito de recusa, nos termos da legislação, é potestativo: não demanda fundamentação. Assim, ao interesse econômico do sócio de retirar-se da sociedade (por cessão ou liquidação de quota), não corresponde um interesse jurídico, à míngua de previsão legal ou contratual para tanto. Em oposição, aos demais sócios, sim, corresponde um interesse jurídico em exigir a sua permanência em respeito ao que se contratou. A cláusula de preferência na aquisição de quotas e a restrição ao ingresso de terceiros são elementos válidos e legítimos do contrato social. Portanto, a simples existência dessas cláusulas não pode ser considerada uma justa causa para a retirada do sócio.

Como se não bastasse, nem o art. 1.003, nem o art. 1.029, nem o art. 1.057 do Código Civil exigem motivação para a recusa (1) da cessão a terceiro ou (2) da liquidação da quota. Veja que há exigência de fundamentação para a exclusão judicial (art. 1.030) ou extrajudicial (art. 1.085<sup>10</sup>, cabeça e parágrafo único). A negativa pode ser arbitrária. Aliás, realidade que é comum a qualquer contrato por tempo (prazo ou termo) determinado: não é preciso fundamentar a recusa no distrato: é direito exigir o

---

<sup>9</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>10</sup> 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.

adimplemento. Não dá para o locatário dizer: você pode facilmente achar outra pessoa para alugar; não dá para o locador dizer: você pode facilmente achar outro lugar para morar. Há que respeitar o tempo contratado. Vale dizer, não há que se falar em prejuízo ou dano causado ao sócio pelo simples fato de que não houve ilícito cometido pelos demais. A oferta feita pelo terceiro  $T$  ao sócio  $S_r$  não teve o condão de elevar o seu estado de  $U_{S_r}(P)$  (curva vermelha) para  $U_{S_r}(S_0) = U_{S_r}(T)$  (curva verde).  $S_r$  continua no estado  $U_{S_r}(P)$  (curva vermelha) como sempre esteve, pois ele se colocou nessa situação ao contratar dessa maneira.

A afirmação jurídica de um prejuízo faz-se a partir da afirmação de um direito. Expectativas escoradas sobre faculdades inexistentes ou, pior, sobre a desconsideração de obrigações existentes, não são base formadora de prejuízo e, assim, não podem caracterizar justa causa para fins da parte final do artigo 1.029 do Código Civil.