

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 26

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2020

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 26 Janeiro/Junho de 2020

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ), Sergio Negri (UFJF) e Unie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 26 (janeiro/junho 2020)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIOS EM SOCIEDADES LIMITADAS COM APENAS DOIS SÓCIOS¹

THE (UN)CONSTITUTINALITY OF EXTRAJUDICIAL SHAREHOLDER EXCLUSION IN LIMITED LIABILITY COMPANIES WITH ONLY TWO SHAREHOLDERS

*Pedro Henrique Carvalho da Costa**

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a mudança legislativa promovida no parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil pela Lei nº 13.729/2019, que permitiu a exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedades limitadas com apenas dois sócios. Far-se-á uma análise do instituto da exclusão extrajudicial, como cláusula opcional de contratos sociais, que permitem a sócios majoritários excluírem minoritários em sociedades limitadas quando estes estiverem praticando atos de inegável gravidade em face da sociedade, desde que respeitados os quóruns necessários e a realização de uma reunião ou assembleia prévia para isso, na qual é assegurado ao sócio excludente o direito de defender-se das acusações. Na sequência, será analisada a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações interprivadas, verificando a incidência direta dos preceitos constitucionais a relações que não somente as do Estado. Serão tecidos comentários quanto à constitucionalização do direito privado, especificamente referente ao direito empresarial, com análise de um julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual essa eficácia foi assegurada em um procedimento de exclusão extrajudicial de só-

1 Artigo recebido em 21.08.2021 e aceito em 11.10.2021.

* Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pesquisador do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor da Pós-Graduação em Direito Empresarial Aplicado e Análise Econômica do Direito das Faculdades da Indústria (FIEP). Advogado. E-mail: pedro.h.carvalho.costa@gmail.com

cio. A análise da Lei nº 13.729/2019 e da alteração que promoveu levará à conclusão de sua inconstitucionalidade, vez que tolheu os princípios da ampla defesa e do devido processo legal em sociedades limitadas com apenas dois sócios, cuja eficácia é direta e prescinde de previsão contratual. Por fim, recomenda-se uma mudança legislativa, no sentido de apenas permitir a exclusão em sociedades com dois sócios pela via judicial.

Palavras-chave: sociedade limitada com dois sócios. Exclusão extrajudicial de sócios. Eficácia direta dos direitos fundamentais. Lei nº 13.729/2019. Inconstitucionalidade.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the statutory change enacted on the sole paragraph of Article 1.085 of the Civil Code by Federal Statute n. 13.729/2019, which permitted the extrajudicial exclusion of shareholders holding a minority of the equity on limited liability companies with only two shareholders. First, the extrajudicial exclusion institute will be analyzed, as an optional clause for articles of association, which enable shareholders that hold a majority of the equity in a limited liability company exclude minority ones when these are practicing acts of undeniable severity against the company, as long as the respective quorums are respected and a shareholders' meeting is held for such a decision, in which the minority shareholder has the right to defend themselves from the accusations. Following up, the horizontal effectiveness of fundamental rights on private relations will be analyzed, from which it will be concluded that such effectiveness does not apply only to the State and its relations. Comments will be made about the constitutionalisation of private law, specifically of commercial law, with the analysis of a precedent from the Supreme Federal Tribunal, in which such effectiveness was ensured in a procedure of extrajudicial exclusion of a shareholder. The analysis of Federal Statute n. 13.729/2019 and the alterations it enacted leads to the conclusion of its unconstitutionality, since it impaired the principles of *audi alteram partem* and due process of law in companies with only two shareholders, principles whose effectiveness is direct and waives contractual stipulation. Finally, a legislative change is recommended, so that only judicial exclusion is possible in such companies.

Keywords: Limited liability company with two shareholders. Extrajudicial exclusion of shareholders. Direct effectiveness of fundamental rights. Federal Statute n. 13.729/2019. Unconstitutionality.

Sumário: Introdução. 1. A fundamentação da exclusão extrajudicial em sociedades limitadas. 2. A incidência de direitos fundamentais nas relações societárias. 3. A exclusão extrajudicial em sociedades limitadas com apenas dois sócios: liberdade contratual x ampla defesa e devido processo legal. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo analisará a temática da exclusão extrajudicial de sócios em sociedades limitadas, instrumento que a sociedade pode dispor em seu contrato social para o encerramento de vínculos societários sem ter de se buscar o Poder Judiciário ou a arbitragem para tal, tratando especificamente acerca do uso desse mecanismo em sociedades limitadas com apenas dois sócios.

Primeiramente, o instituto da exclusão extrajudicial será analisado, verificando como ele é disposto no Código Civil, destacando pontos positivos e negativos da regência legal. O artigo do Código Civil que dispõe sobre essa matéria, o 1.085, deixa a cargo dos sócios uma regulamentação mais detalhada e a especificação de quais situações serão consideradas como justa causa para validar uma exclusão, devendo sempre ser assegurado, contudo, o direito do sócio que se pretende excluir de defender-se das alegações em uma reunião de sócios.

Na sequência, será introduzida a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações particulares. Para tal análise, far-se-ão comentários a respeito da constitucionalização do direito privado e de como os direitos fundamentais, previstos constitucional-

mente, podem e devem ser aplicados às relações societárias, inclusive se expondo o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A temática da constitucionalidade da exclusão de sócios em sociedades com apenas dois sócios será então analisada. Comentar-se-ão as mudanças introduzidas no direito societário pela Lei nº 13.729/2019, especificamente quanto à disciplina da exclusão extrajudicial. Perquirir-se-á se a mudança trazida, que permite a exclusão de sócios em sociedades com apenas dois membros se realizar sem a necessidade de reunião para deliberação do tema, não padece de inconstitucionalidade. Far-se-á uma análise dos direitos fundamentais envolvidos – especialmente a liberdade contratual, de um lado, e a ampla defesa e o devido processo legal, do outro – para se chegar à conclusão da inconstitucionalidade da mudança legislativa.

Para se chegar às conclusões pretendidas, utilizar-se-á do método dedutivo, com base na revisão bibliográfica de autores brasileiros de direito societário e de outras áreas necessárias para a análise, como o direito civil e o direito constitucional.

1. A fundamentação da exclusão extrajudicial em sociedades limitadas.

A sociedade limitada, ao contrário de outros tipos societários, como a sociedade anônima e a sociedade em nome coletivo, surgiu por iniciativa parlamentar, para oferecer a pequenos e médios empresários uma estrutura jurídica que, ao mesmo tempo, outorgasse o benefício da limitação de responsabilidade, como nas companhias, porém sem a complexidade de constituição e manutenção destas, tendo a simplicidade de constituição das sociedades contratuais.²

2 MIRANDA, Maria Bernadete. Fundamentos jurídicos da exclusão extrajudicial de sócio na sociedade limitada. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 71/2016, jan./mar. 2016, p. 100.

No Brasil, a limitada foi introduzida no ordenamento jurídico por meio do Decreto 3.708/19, sendo o quarto país no mundo a legislar sobre essa matéria, mesmo antes de países como Estados Unidos da América e França.³ A principal característica desse tipo societário, que se manteve com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é a limitação da responsabilidade dos sócios ao valor de suas respectivas quotas e, solidariamente, até a integralização do capital social.⁴

A sociedade limitada é considerada um modelo híbrido entre sociedades de capital e sociedades de pessoas, apresentando características de ambas.⁵ Similar às demais sociedades de pessoas, ela é constituída por um contrato social e, ao menos nas menores limitadas, a identidade pessoal dos sócios é relevante para o empreendimento, predominando o *intuitu personae*. Ao mesmo tempo, a maleabilidade de sua estrutura torna-a também apta para negócios de grande monta, na qual será mais relevante os montes que os sócios investem na sociedade do que a relação entre si.

Uma forma de definir se uma sociedade limitada é de capital ou de pessoas é analisar os termos de seu contrato social no que se referem ao ingresso de novos sócios. Quanto mais difícil for o ingresso de novos membros (necessitando quóruns altos para que isso seja aprovado), ela terá mais feições de uma sociedade de pessoas.⁶

Conforme mencionado, a limitada será constituída por um contrato social, que deverá ser registrado na Junta Comercial da sede da sociedade. O Código Civil traz o conteúdo mínimo que o contrato social deve ter em seu artigo 997.⁷ Note que, conforme o *caput* do

3 TOKARS, Fábio. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 28.

4 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentário aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 366.

5 *Ibidem*, p. 367.

6 *Idem*.

7 Artigo 997 do Código Civil. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I - nome, nacionali-

artigo, esses são apenas seus elementos essenciais, necessariamente presentes em todo ato constitutivo de sociedades contratuais – com as devidas adaptações a cada um dos tipos societários, bem como se se trata de sociedade unipessoal ou pluripessoal –, sendo lícito aos sócios preverem outras cláusulas que quiserem, desde que não expressamente vedadas em lei. Exemplos de cláusulas que podem ser incluídas no contrato social incluem cláusula compromissória de arbitragem, cláusulas relativas à transferência de quotas (como *tag along* e *drag along*) e uma cláusula autorizando a exclusão extrajudicial de sócios.

Esta última está prevista no Código Civil em seu artigo 1.085:

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.

Esse dispositivo permite aos sócios que, no momento de constituição da sociedade ou mediante posterior alteração do contrato social, seja possível que um sócio, praticando atos de inegável gravidade em face da sociedade, seja excluído por justa causa, sem a neces-

dade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

sidade de um processo judicial ou arbitral para tal, conforme seria necessário caso seguido o rito do artigo 1.030 do Código Civil.⁸

Os atos que o sócio que se pretende excluir está praticando devem ser considerados, pela maioria dos sócios, como de má-fé e desleais para com a sociedade, colocando em risco a própria sobrevivência da sociedade.⁹ As ações praticadas pelo sócio em questão devem ser imediatamente contra os interesses da sociedade e, mediatamente, contra os interesses dos sócios, por afetar direitos como a obtenção de lucros.¹⁰

A expressão “atos de inegável gravidade” é propositalmente aberta, permitindo que os sócios, ao redigirem o contrato social, determinem situações que podem se enquadrar como justa causa para a exclusão extrajudicial. A ausência de previsões expressas pode levar a questionamentos judiciais ou arbitrais acerca da existência ou não de justa causa para uma determinada exclusão. Exclusões infundadas, ainda, podem acarretar a responsabilização dos sócios majoritários.¹¹ Vale destacar que não há diferença semântica ou valorativa entre as expressões “atos de inegável gravidade” e “falta grave”, ambas as expressões denotam o mesmo objetivo e os mesmos fatos.¹²

A simples quebra da *affectio societatis* não é fundamento sufi-

8 Artigo 1.030 do Código Civil. 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, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

9 BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 227.

10 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: sociedades*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 142.

11 BOITEUX, Fernando Netto. A exclusão indevida de sócios e suas consequências. Legislação aplicável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 841, nov. 2005, p. 153.

12 ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: LUPION, Ricardo (org.). *Sociedades Limitadas: estudos em comemoração aos 100 anos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 331.

ciente para a exclusão de um sócio.¹³ Pode-se argumentar que, em virtude de atos praticados pelos sócios, ela restaria rompida,¹⁴ porém são os atos em si que constituem a justa causa. Em outras palavras: o rompimento da *affectio* é consequência, não fundamento para a exclusão.¹⁵

A exclusão de forma extrajudicial é mecanismo que tem como objetivo assegurar a preservação da empresa,¹⁶ princípio fundamental do direito societário, permitindo que a sociedade prossiga sua existência sem o sócio que esteja causando problemas de forma célere e eficiente. Considerando a gravidade da medida, ela deve ser a última opção dos sócios, somente se justificando quando os atos praticados pelo sócio realmente forem intoleráveis no âmbito societário e não houver outra medida para remediar a situação.¹⁷

Por muito a doutrina debateu acerca de qual seria a natureza jurídica da exclusão de sócios. Dentre as teorias que tomaram destaque, inclui-se: a de a exclusão ser fundada na finalidade pública do instituto, tendo caráter penal; o exercício de um direito de poder disciplinar, de forma similar ao poder disposto pela Administração Pública; a natureza contratual do instituto, tendo como causa o inadim-

13 Esse entendimento, apesar de controverso nos tribunais estaduais, foi consolidado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o 67º enunciado, com a seguinte redação: *a quebra do affectio societatis não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade.*

14 Ressalva-se o entendimento do autor sobre esse tema, de que a *affectio societatis* é um conceito vago e impreciso no direito societário, bem como que não se verificam maiores vantagens em sua manutenção no ordenamento jurídico, especialmente pela jurisprudência e seu uso indevido. Para mais informações, ver FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social.* *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 149/150, p. 108-130, 2009.

15 TOKARS, Fábio, *Op. Cit.*, p. 364.

16 MIRANDA, Maria Bernadete, *Op. Cit.*, p. 108.

17 ADAMEK, Marcelo Vieira Von, *Op. Cit.*, p. 332.

plemento por parte de um sócio, o que legitimaria sua exclusão. Esta última teoria é a mais aceita pela doutrina atualmente.¹⁸

Não se trata de um poder absoluto de sócios majoritários determinarem a exclusão dos minoritários. O parágrafo único do artigo 1.085 estabelece a necessidade de uma deliberação social para que a exclusão seja consolidada:

Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio 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. (Redação dada pela Lei nº 13.792, de 2019).

Portanto, o procedimento a ser seguido pela sociedade é: a maioria dos sócios, representando mais da metade do capital social, deve convocar uma assembleia ou reunião para se deliberar acerca da exclusão de um sócio minoritário. Nesse conclave, o sócio que se pretende excluir terá direito de defesa, podendo arguir em face dos demais sócios as razões para sua permanência na sociedade. Realizada sua defesa e debatido o assunto entre os presentes, os demais sócios decidirão acerca de sua exclusão ou não.

Ante ausência de quórum específico para essa deliberação, autores tendem a considerar que o quórum aplicável é o da maioria absoluta do capital social.¹⁹ Vale destacar que o sócio que se pretende excluir, por força do parágrafo segundo do artigo 1.074 do Código Civil,²⁰ não vota nesta deliberação, por lhe dizer respeito diretamente,

18 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Op. Cit.*, p. 142-145.

19 *Ibidem*, p. 148.

20 Artigo 1.074 do Código Civil. A assembléia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com

portanto o quórum deve ser computado sem sua participação, porém sua participação deve ser computada para o quórum da instalação da deliberação.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto nota uma incongruência no Código Civil, vez que o quórum para a destituição de sócio da administração da sociedade é de 2/3 do capital social, ao passo que, para a exclusão de sócios, algo mais grave, o quórum seria menor.²¹

Uma possível solução para a questão do quórum é sua interpretação como um quórum complexo, que exige não apenas a maioria do capital social, mas também que essa maior seja expressa pela maioria dos sócios, contados por cabeça. Essa solução é defendida por Marcelo Adamek e Luis Felipe Spinelli, que propõem uma leitura atenta do *caput* do artigo 1.085 – “[...] quando a *maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social* [...]” –, que foi redigido de forma diferente das demais previsões de quóruns societários.²² Essa solução parece ser a mais adequada, respeitando a redação do artigo e a excepcionalidade da medida, que deve exigir um quórum maior do que apenas maioria absoluta do capital social.

A necessidade de realização de assembleia ou reunião para se determinar a exclusão de sócios merece destaque. Apesar de ser uma medida que, em teoria, assegura ao sócio que se pretende excluir o direito de ampla defesa e a possibilidade de convencer os demais sócios da necessidade de sua permanência, em realidade o sócio se defenderá em face daqueles que, em sua maioria, almejam sua exclusão, sendo um procedimento muitas vezes estritamente formal, com poucas chances de sucesso.²³

qualquer número. § 2º Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.

21 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Op. Cit.*, p. 473.

22 SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 360.

23 LANA, Henrique Avelino. Recesso e exclusão de sócios em sociedades limitadas: dissolução parcial. *Revista de Estudos Jurídicos UNA*, Belo Horizonte, vol. 5, 2019, p. 10.

Isso fica evidente quando se considera que o quórum para se buscar a exclusão de um sócio é de mais da maioria dos sócios, possuidores de mais da metade do capital social. Ou seja, os sócios que pretendem excluir outro já possuem a maioria necessária para a exclusão, independentemente do posicionamento dos demais. Não se pode deixar de considerar, todavia, a possibilidade de algum dos sócios mudar seu posicionamento após a reunião ou verificar que a saída de outro sócio implicaria numa descapitalização significativa da sociedade, algo que seria prejudicial para a preservação da empresa, votando contra a exclusão por conta disso.

Em situações que o sócio excluído não concorde com a deliberação, acreditando ter a exclusão sido efetivada de forma injusta e em desacordo com as previsões legais e contratuais, é possível o questionamento do conclave perante um juiz ou árbitro, haja vista a inafastabilidade do controle jurisdicional – preceito de índole constitucional –, que permite ao julgador averiguar se a situação efetivamente se enquadrava como justa causa.²⁴

Na forma como está atualmente disposta no Código Civil, considera-se que a exclusão extrajudicial realiza um papel importante para a preservação da harmonia da sociedade e, ao mesmo tempo, pode servir como palco para abusos de maioria.

2. A incidência de direitos fundamentais nas relações societárias.

A discussão pretendida neste artigo implica, necessariamente, numa introdução ao tema da eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. O debate posto é de se os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, vinculam somente o Estado, como forma de agir e de planejar suas políticas públicas, ou se afetam diretamente os particulares em suas relações descoladas com o Estado.

²⁴ ADAMEK, Marcelo Vieira Von, *Op. Cit.*, p. 351.

Essa questão pode ser analisada sob o prisma mais amplo da constitucionalização do direito privado, fenômeno que buscou colocar a constituição no centro do ordenamento jurídico, não apenas num sentido hierárquico, mas axiológico. A ideia era romper com a dicotomia estrita entre Estado e sociedade, figuras que “somam-se em direção à ética una que é a defesa material da dignidade da pessoa humana”.²⁵

A eficácia dos direitos fundamentais aos particulares pode ocorrer de duas formas: a primeira seria de forma indireta, pela qual se argumenta que os direitos fundamentais devem ser levados em consideração quando da elaboração de leis, que expressariam esses valores fundamentais, porém sem haver uma aplicação direta dos preceitos constitucionais; a segunda prega pela aplicação direta, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre pessoas privadas.²⁶ Vale destacar, contudo, que os dois modelos não são mutuamente excludentes.²⁷

A doutrina da eficácia imediata encontrou grande recepção no Brasil, sendo pouco contestada em trabalhos acadêmicos.²⁸ Na própria Constituição Federal é possível verificar a tendência por esta concepção: o § 1º do artigo 5º prevê de forma expressa que os direitos fundamentais não necessitam de intermédio legal, sendo aplicáveis imediatamente.²⁹

25 PAULINI, Umberto. FACHIN, Melina Girardi. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: FACHIN, Luiz Edson. TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 196.

26 *Ibidem*, p. 203-204.

27 *Ibidem*, p. 204.

28 RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 295.

29 Artigo 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

Esse debate manteve-se centrado, de certa forma, no direito civil, cuja doutrina explorou de forma intensa as relações em suas normas e a Constituição. O direito empresarial, por sua vez, manteve-se distante do fenômeno.³⁰ Somente mais recentemente autores comercialistas começaram a reconhecer a importância dos princípios constitucionais para sua disciplina, reconhecendo também o isolamento que isso causou ao direito empresarial, alheio a esta nova realidade.³¹

A ordem econômica constitucional é estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal,³² que coloca a livre-iniciativa como um de seus fundamentos, observados os ditames da justiça social. Não é possível assegurar a livre-iniciativa empresarial, portanto, sem considerar a coexistência desse princípio com os demais direitos fundamentais garantidos, devendo os fins das sociedades empresariais irem ao encontro desses direitos.³³ Os princípios norteadores do Código Civil, especificamente o da socialidade, o da eticidade e da operabilidade, devem ser observados nas relações econômicas empresariais.³⁴

No direito societário, a quebra com a concepção estritamente privatista da disciplina implica no reconhecimento de interesses en-

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

30 POZZO, Emerson Luís Dal. *Paradigmas da função social da empresa em crise: da função social à função socioeconômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 148.

31 COELHO, Fábio Ulhoa. O projeto do Novo Código Comercial. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, vol. 29/2012, jan./jun. 2012, p. 202.

32 Artigo 170 da Constituição Federal. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

33 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. VIANNA, Guilherme Borba. Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade da pessoa humana: primeiras anotações. *Scientia Iuris*, Londrina, vol. 12, 2008, p. 76.

34 *Ibidem*, p. 77.

volvidos que vão além dos interesses dos sócios para a formação do interesse social.³⁵

Quanto ao reconhecimento da incidência de direitos fundamentais nas relações societárias, cita-se o Recurso Extraordinário n. 158215,³⁶ julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1996. Nele, debatia-se acerca da exclusão de um associado de uma cooperativa, a qual havia sido realizada sem a observância do devido processo legal. O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, entendeu que os princípios do devido processo legal e do contraditório deveriam ter sido observados pela cooperativa, restando o julgado ementado da seguinte forma:

DEFESA - *DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM*. A intangibilidade do preceito constitucional assegurado do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado

35 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº. 158215. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 30 abr. 1996. Data de Publicação: 07 jun. 1996.

Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. *Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa.* Simple desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (grifos nossos)

Em seu voto, o relator consignou que era obrigação da cooperativa assegurar o direito dos associados de defenderem-se das alegações, restando ilegal e inconstitucional a exclusão sumária. Esse julgado foi posteriormente citado como precedente no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 346501, em 2004,³⁷ que abordou situação similar. Em outro caso semelhante, no Recurso Extraordinário n. 201819, em 2005, a incidência dos mesmos direitos fundamentais foi reconhecida em uma associação sem fins lucrativos,³⁸ entidade não societária, porém igualmente associativa.

O disposto no artigo 1.085 do Código Civil, em seu parágrafo único, está em sintonia com a incidência de direitos fundamentais nas relações particulares, não outorgando um direito potestativo dos sócios majoritários de excluïrem sócios minoritários, mas somente após

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 346501, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 16 dez. 2004. Data de Publicação: 25 fev. 2005.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº. 201819. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 11 out. 2005. Data de Publicação: 27 out. 2006.

um procedimento interno, no qual seja devidamente garantida a oportunidade do sócio se defender. Caso um contrato social preveja um mecanismo distinto para a exclusão de sócios, não apenas padecerá de ilegalidade, porém também de inconstitucionalidade.

3. A exclusão extrajudicial em sociedades limitadas com apenas dois sócios: liberdade contratual x ampla defesa e devido processo legal.

Em 2019, foi promulgada a Lei n. 13.729/2019, que promoveu mudanças em alguns pontos da disciplina das sociedades limitadas no Código Civil. A mais notável delas foi a alteração do parágrafo único do artigo 1.085, criando uma ressalva para os casos de exclusão extrajudicial: agora, não é mais necessária a realização de uma reunião para se excluir um sócio em sociedades limitadas que possuam somente dois sócios.

As reuniões para se deliberar sobre a exclusão de sócios, conforme exposto, muitas vezes se revestem de caráter estritamente formal, já tendo a maioria sido formada para a exclusão. É possível, igualmente, a alteração do posicionamento de determinados sócios na deliberação, a depender da habilidade do sócio se defender das acusações.

Em sociedades com apenas dois sócios, o conclave era ainda mais proforma, pois o majoritário já possui sua decisão acerca da exclusão,³⁹ sendo pouco realista pensar que o minoritário o convenceria, durante a reunião, a não prosseguir com a exclusão, sendo possível que ambos os sócios discutissem sua permanência a qualquer momento, revelando-se desnecessária a convocação de uma reunião específica para esse tema.

39 COUTO FILHO, Fábio Costa. A minireforma da sociedade limitada de janeiro de 2019. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 86/2019, out./dez. 2019, p. 129.

Essa mudança pode servir de palco para abusos de maioria, na qual o sócio majoritário, por simples desentendimento com o sócio minoritário, decide alterar o contrato social de forma unilateral, promovendo sua exclusão do quadro societário, havendo ou não justa causa. O sócio majoritário estaria utilizando o instituto da exclusão extrajudicial para seu próprio interesse, a despeito do que pode ser mais interessante para a sociedade.

Após a exclusão, o sócio excluído terá direito a receber o valor patrimonial de sua quota em, caso o contrato social não preveja prazo distinto, noventa dias. A depender da participação do sócio excluído na sociedade, isso pode implicar numa descapitalização considerável da sociedade.⁴⁰

Considere-se a seguinte situação: uma sociedade A, na qual há somente dois sócios, um com participação societária de 60% e o outro com os 40% restantes. Ambos acabam tendo um desentendimento por razões alheias à sociedade, mas que impedem o prosseguimento de sua relação. O sócio majoritário, em um ímpeto movido por seu descontentamento, registra uma alteração do contrato social da sociedade A, na qual exclui o sócio minoritário sem seu conhecimento.

Situações como essa não são difíceis de imaginar na prática empresarial, em que o sócio majoritário não levou em conta que o minoritário tem direito aos seus 40% da sociedade como haveres, os quais devem ser devidamente pagos. Muito provavelmente, o sócio majoritário não levou em consideração a necessidade de pagamento de haveres elevados quando do registro da minuta.

Caso o sócio minoritário queira anular esse registro, será necessário o ingresso de uma demanda no Poder Judiciário ou em arbitragem visando ou seu reingresso na sociedade ou a responsabilização do sócio majoritário por perdas e danos.

⁴⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Op. Cit.*, p. 154.

Outra situação que pode ser verificada é na ocorrência de faltas graves por ambos os sócios. Luis Felipe Spinelli comenta que não seria possível a exclusão de somente um deles nesse caso, por violar o princípio da igualdade de tratamento, sendo mais adequada a dissolução total da sociedade caso se verifique que ela não pode preencher seu fim social.⁴¹

Com a nova possibilidade do Código Civil, é possível que, em uma situação similar, a despeito de também estar cometendo faltas graves perante a sociedade, o sócio majoritário exclua o minoritário e se mantenha sócio, possivelmente continuando com o cometimento de atos de inegável gravidade perante a sociedade.

Verifica-se, com esses exemplos, a ineficiência dessa alteração legislativa. Se a tentativa era evitar que sócios ingressassem em juízo, prestigiando a célere exclusão extrajudicial, o que se terá na prática é um possível aumento de demandas que tentem reverter essas modificações societárias.

Medida mais adequada teria sido uma alteração legislativa para prever que, em sociedades com somente dois sócios, a exclusão somente pode ocorrer conforme o artigo 1.030 do Código Civil, que dispõe sobre a exclusão judicial. Essa seria a única forma de assegurar ao sócio minoritário o direito de defender-se das acusações do sócio majoritário, levando os argumentos de ambas as partes a um juiz ou árbitro.

Essa foi a escolha realizada pelo direito italiano, pelo qual a exclusão em sociedades de pessoas de dois membros sempre será realizada de forma judicial. Em Portugal, isso também é regra para as sociedades em nome coletivo, havendo controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de se operar a exclusão pela modalidade extrajudicial em sociedades por quotas.⁴²

41 SPINELLI, Luis Felipe. *Op. Cit.*, p. 248.

42 *Ibidem*, p. 242-243.

O sistema do Código Civil de exclusão extrajudicial, antes da alteração, foi elaborado justamente para assegurar o direito de ampla defesa, como expressão dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁴³⁻⁴⁴ A nova redação do parágrafo único do artigo 1.085 essencialmente cria um direito potestativo do sócio majoritário de excluir o minoritário, vez que será ele que afirmará a ocorrência de justa causa, existente ou não na realidade, o que parece ir de encontro ao pretendido pelo Código Civil.

Poder-se-ia argumentar que há outro direito fundamental em tela, que justificaria exclusões nessas situações, que é a liberdade contratual. Esta representa o poder que as partes têm de livremente dispor sobre as cláusulas de seus contratos.⁴⁵ O sócio minoritário, ao ingressar na sociedade, concordou com a redação do contrato social, inclusive com esta cláusula. Ainda, haveria uma renúncia tácita ao direito de ampla defesa, algo que seria permitido, por se tratar de relações privadas e de direitos disponíveis.

Essa argumentação foi reforçada com a Lei n. 13.874/2019, a Lei de Liberdade Econômica, que positivou⁴⁶ o chamado princípio da intervenção mínima nas relações contratuais privadas,⁴⁷ indicando

43 GONÇALVES, Ewerton Meirelis. *Direitos e garantias fundamentais no direito societário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, 2013, p. 87.

44 Em sentido contrário, entendendo que o direito de defesa do sócio excluindo se resume ao direito de ser ouvido pelos demais, não se confundindo com o devido processo legal e defendendo a inaplicabilidade desse princípio nas exclusões extrajudiciais, ver SPINELLI, Luis Felipe, *Op. Cit.*, p. 349-351.

45 NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, out./dez. 2002, p. 54.

46 Artigo 421 do Código Civil. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019) Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

47 Alinha-se com o entendimento de críticos da Lei de Liberdade Econômica quanto a esse ponto, no sentido de ser um princípio desprovido de real conteúdo jurídico e sem previsão, a rigor, no ordenamento jurídico, sendo que a intervenção nas relações privadas sempre foi

uma tentativa de fortalecimento dos direitos advindos da liberdade econômica, inclusive a contratual.

Retoma-se a argumentação com base na incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Os direitos de ampla defesa e do devido processo legal não necessitam de expressa previsão no contrato social para que sejam efetivados e exigidos na prática. Além de previsão legal, eles são assegurados constitucionalmente,⁴⁸ o que implica em sua observância em todas as relações societárias.

Mesmo que a previsão constitucional seja a processos judiciais e administrativos, o devido processo legal deve ser observado sempre que houver situações jurídicas com desequilíbrio de poder, como forma de evitar abusos e arbitrariedades daqueles que dispõem do poder, com fundamento não somente neste princípio, mas também nos da igualdade substancial, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.⁴⁹ A interpretação sistemática é tão fundamental que já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos momentos, conforme os julgados citados previamente.

A garantia do devido processo legal em entidades privadas não necessita de estruturas complexas, sendo assegurada em atos simples, que assegurem a dignidade de seus membros. Qualquer sanção imposta a um membro de uma sociedade sem que lhe seja garan-

médica excepcional, cf. TEPEDINO, Gustavo. CAVALCANTI, Lais. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 505.

48 Artigo 5º da Constituição Federal. 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: 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 ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

49 BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 161, jul. 2008, p. 303-304.

tido o direito de ser ouvido previamente pode, inclusive, tolher a legitimidade da deliberação.⁵⁰

Há, nessa situação, um conflito entre os princípios constitucionais analisados: de um lado, a liberdade contratual; do outro, o devido processo legal e a ampla defesa. Princípios, por sua vez, devem ser entendidos no sentido que Robert Alexy forneceu, como mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em graus distintos em relações jurídicas distintas. A aplicação de um princípio em um determinado caso, em detrimento de outros, não invalida estes, que continuarão válidos no ordenamento jurídico.⁵¹

Afirmar que a ampla defesa e o devido processo legal devem prevalecer no conflito discutido não significa reduzir a importância da liberdade contratual, mas apenas que, nessa situação analisada em específico, aqueles princípios devem prevalecer, por conta da carga de valores que carregam, os quais são muito sensíveis ao ordenamento jurídico para serem evitados de forma leviana.

Teria agido melhor o legislador caso tivesse restringido a exclusão de sócios em sociedades com apenas dois sócios à forma judicial exclusivamente,⁵² evitando o potencial desequilíbrio de poderes que serão ocasionados com a mudança legislativa. Espera-se que a jurisprudência pátria siga o caminho dos julgados do Supremo Tribunal Federal analisados, relativizando a modificação realizada e garantindo os direitos fundamentais dos sócios envolvidos.

50 ANDRADE, Cássio Calvacante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 948, out. 2014, p. 93.

51 BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, 2020, p. 154.

52 Mesmo discordando acerca da incidência do princípio da ampla defesa nas exclusões extrajudiciais, Luis Felipe Spinelli também defende que a exclusão em sociedades com apenas dois sócios somente deveria ocorrer de forma judicial, cf. SPINELLI, Luis Felipe, *Op. Cit.*, p. 242.

Conclusão.

Neste artigo, foi possível realizar um estudo acerca da exclusão extrajudicial de sócios em sociedades limitadas, em particular considerando recentes alterações ao Código Civil, problematizando a questão da exclusão em sociedades com apenas dois sócios.

A exclusão extrajudicial é prevista no artigo 1.085 do Código Civil como mecanismo de manutenção da harmonia das relações internas da sociedade, permitindo que sócios representantes da maioria (tanto em número de sócios quanto do capital social) excluam sócios que estejam praticando atos em prejuízo da sociedade, pondo em risco sua continuidade. É necessário que o contrato social preveja expressamente a possibilidade de exclusão pela via extrajudicial, assegurando o direito de defesa do sócio que se pretende excluir.

A garantia do direito de defesa do sócio é assegurada não somente pelo disposto no Código Civil, mas também por força da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas. Fato este assegurado pela Constituição Federal, a temática insere-se no debate maior sobre a constitucionalização do direito privado, impondo a observância dos preceitos constitucionais nas relações com maior independência do Estado.

Mesmo no direito empresarial, que sentiu esse fenômeno em menor intensidade do que o direito civil, é necessário observar os princípios constitucionais quando do estudo e aplicação de suas normas. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, pela incidência de normas constitucionais em casos de exclusões de sócios, em aplicação direta da Constituição Federal.

A mudança do parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil, promovida pela Lei nº 13.729/2019, ao eliminar a necessidade de realização de assembleias para a exclusão de sócios em sociedades limitadas com somente dois sócios, apesar de ser algo que era realizado somente por formalidade, vai de encontro ao que a Constituição Federal e o próprio Código Civil preconizam. Não era intenção do

legislador criar um direito potestativo do sócio majoritário excluir o minoritário, que é essencialmente o que está previsto atualmente, já que sempre caberá àquele a decisão de excluir este, havendo ou não justa causa na realidade, algo que pode levar a um aumento em demandas judiciais e arbitrais sobre exclusão de sócios, ao contrário do que parece ter sido a intenção da modificação realizada.

Os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal devem ser observados nas relações entre privados, não somente pelo disposto no artigo 5º da Constituição Federal, mas também como expressão dos objetivos maiores da Constituição, que são uma valorização dos princípios da igualdade substancial e da solidariedade. Uma mudança legislativa mais favorável teria sido impedir a possibilidade de exclusão extrajudicial nestas sociedades, somente autorizando a exclusão pela via judicial, na qual efetivamente se verificaria o direito à defesa do sócio minoritário. Enquanto não for verificada uma nova mudança legislativa, espera-se que a jurisprudência aja de forma a evitar possíveis abusos que podem ser realizados por conta da mudança.

