

8. BIBLIOGRAFIA

- Amaro, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- Assis, Araken. *Manual da Execução*, 11. Ed., São Paulo: RT, 2007.
- Buzaid, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- Calamandrei, Piero. *Opere Giuridiche*, vol. IX. Napole: Morano Editore, 1983.
- Costa, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Dinamarco, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. II. 6. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- Faria, Luiz Alberto Gurgel de. "in" *Código Tributário Nacional Comentado* (coord. Vladimir Passos de Freitas). 4. Ed., São Paulo: RT, 2007.
- Fernandes, Odmir, Chimenti, Ricardo Cunha, Abrão, Carlos Henrique, Álvares, Manoel, e Bottesini, Maury Ângelo. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. 4. Ed., São Paulo: RT, 2002.
- Liebman, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- Machado, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. II. 2. Ed., São Paulo, Atlas, 2008.
- Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. 2, 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- Paulsen, Leandro. *Direito Tributário*. 9. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- Theodoro Júnior, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 24. Ed., São Paulo: LEUD, 2007.
- _____. *Lei de Execução Fiscal*. 11. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- Torres, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

APURAÇÃO DE HAVERES NA RETIRADA DO SÓCIO E FUNDO DE COMÉRCIO (AVIAMENTO)

Rodrigo Octávio Broglia Mendes

I. INTRODUÇÃO

No âmbito do direito societário, uma das mais frequentes questões forenses é a que diz respeito sobre a determinação dos haveres devidos ao sócio que se retira da sociedade, seja em razão do exercício do direito de retirada (Código Civil, art. 1.029), da exclusão do sócio (Código Civil, art. 1.030 no caso das sociedades simples; e art. 1.085, no caso das sociedades limitadas), ou ainda, no caso de falecimento do sócio (Código Civil, art. 1.028).

Nessa discussão, destaca-se a questão sobre a inclusão das quantias relativas ao "fundo de comércio" na apuração dos haveres do sócio retirante. O problema é frequentemente enfrentado, principalmente, por conta de uma possível desconexão de sentido do disposto na legislação de regência e a interpretação jurisprudencial a respeito da matéria. Esta, contudo, parece seguir em uma conexão de sentido coerente com sua evolução (anterior ao Código Civil de 2002), ainda que seja possível identificar problemas na sua construção e ela não demonstre ter reagido às críticas que lhe foram dirigidas.

De acordo com o direito positivo, a apuração dos haveres do sócio retirante rege-se pelo disposto no artigo 1.031¹ do Código Civil, para as sociedades por ele reguladas². Essa disposição claramente estabelece que a liquidação da quota do sócio que se retira será realizada pela situação patrimonial da sociedade, isto é, pelo valor efetivo daqueles bens que compõem o patrimônio social, depois de

1 Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. § 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota. § 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário."

2 O artigo 1.031 está inscrito no Capítulo da sociedade simples, contudo, suas regras servem para a aplicação subsidiária aos demais tipos societários do Código Civil (às sociedades em nome coletivo, art. 1.040; às sociedades em comandita simples, art. 1.046 c/c 1.040; às sociedades limitadas, art. 1.053; às sociedades cooperativas, art. 1.096). As regras de direito societário estabelecidas no Código Civil também se aplicam, subsidiariamente, às sociedades anônimas e em comandita por ações (art. 1.089 e 1.090 c/c 1.089, respectivamente), mas não tratarei, nesse artigo, da apuração de haveres nessas sociedades.

pagas todas as obrigações da sociedade³. A rigor, esse valor deveria corresponder ao valor contábil, o que nem sempre ocorre.

Do ponto de vista jurisprudencial, firmou-se o entendimento de que, nessa avaliação patrimonial, deveria se considerar, também, o “fundo de comércio”⁴. Contudo, o que fica pouco claro na análise da jurisprudência é ao que, efetivamente, corresponderia esse conceito de “fundo de comércio”.

Quase a totalidade da jurisprudência afirma, com clareza, que se trata dos bens intangíveis que compõe o patrimônio social (o patrimônio imaterial)⁵. Todavia, verifica-se uma certa oscilação na jurisprudência a respeito da inclusão da perspectiva de geração de lucros futuros (o que a doutrina denomina aviamento), mas com uma provável tendência à sua inclusão⁶.

Ao se verificar a jurisprudência, na tentativa de extrair dela uma regra, é possível construir o entendimento de que ao incluir o aviamento, estar-se-ia indo de uma avaliação patrimonial, estabelecida pela lei, para uma econômica. Esse entendimento pode ser sumariado na seguinte passagem de um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Os haveres do sócio retirante serão apurados

3 O que pela apropriação da construção jurisprudencial anterior à edição do Código Civil, confirmada posteriormente, pode ser entendido como valor patrimonial real, na terminologia explicada por Fabio Ulhoa Coelho Coelho, Fábio Ulhoa (2001) “O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 123 Ver, exemplificativamente, STJ, REsp nº 907.014-MS, 4ª Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11.10.2011, DJU 19.10.2011, v.u.; STJ, REsp nº 968.317-RS, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 14.04.2009, DJU 11.05.2009, v.u.; STJ, REsp nº 564.711-RS, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 13.12.2005, DJU 20.03.2006, v.u.; STJ, REsp nº 453.476-GO, 3ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 01.09.2005, DJU 12.12.2005, v.u.; STJ, REsp nº 271.930-SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.04.2001, DJU 25.03.2002, v.u.; STJ, REsp nº 52.094-SP, 3ª Turma, rel. Min. Nelson Naves, j. 13.06.2000, DJU 21.08.2000, v.u.; STJ, REsp nº 77.122-PR, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 13.02.1996, DJU 08.04.1996, v.u.

4 TJSP, Ap. Civ. nº 217.022-4/2-00, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Dimas Carneiro, j. 23.01.2008, v.m

5 Admitindo a inclusão do aviamento (ainda que não se refiram, expressamente, a esse conceito – mas deixando claro que as quotas devem ser avaliadas de acordo com seu “valor real de mercado”) ver: STJ, REsp nº 986.317-RS, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 14.04.2009, DJU 11.05.2009, v.u.; STJ, REsp nº 907.014-MS, 4ª Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11.10.2011, DJ 19.10.2011, v.u.; TJSP, Ap. nº 0118956-98.2007.8.26.0011, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 6.10.2011, v.u.; TJSP, Ap. nº 0022137-47.1999.8.26.0306, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Enio Zulani, j. 25.08.2011, v.u.; TJSP, Ap. nº 0158453-41.2010.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Enio Zulani, j. 21.07.2011, v.u.; TJSP, Ap. Civ. nº 275.347-4/0, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 21.02.2008, v.u. Verifique-se, por exemplo, a afirmação no Acórdão (TJSP, Ap. Civ. nº 217.022-4/2-00, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Dimas Carneiro, j. 23.01.2008, v.m), que, muito embora tenha reconhecido a inclusão do fundo de comércio, com relação ao aviamento, assim se manifestou: “quanto aos rendimentos devidos em razão de possível “perspectiva de rentabilidade futura” que, no entender dos réus-apelantes, seria decorrente da atividade da empresa, aos quais não faria o dissidente jus, infere-se que não foram invocados expressamente na inicial, tampouco apreciados no curso da ação. Logo, nada se pode acrescentar a respeito, faltando mesmo interesse recursal dos apelantes quanto à matéria.”

por seu valor real de mercado, mediante perícias contábeis e de engenharia. O valor é o mesmo que seria, se houvesse a alienação negocial da participação social⁷.

O fundamento que se pretende erigir para sustentar essa regra pretoriana é o da vedação do enriquecimento injustificado. Com isso, observa-se que o foco da jurisprudência concentra-se nas relações entre sócio retirante, de um lado, e sócios remanescentes e sociedade, de outro. O argumento é que o “fundo de comércio” possui um valor econômico, de forma que não considerá-lo implicaria em enriquecimento dos sócios remanescentes e da sociedade, em detrimento do sócio retirante, que contribuiu para a constituição do “fundo de comércio”⁸.

Essa construção pretoriana recebe a aceitação da doutrina⁹, que serve por sua vez de elemento de retroalimentação do círculo hermenêutico de construção desse argumento.

Uma análise mais detida da jurisprudência sugere que esse entendimento não pode ser aceito sem maiores considerações. Em primeiro lugar, na evolução da construção pretoriana, o reconhecimento da inclusão do fundo de comércio apresenta-se como natural. Contudo, há questões submetidas aos tribunais que abalam essa naturalidade, principalmente quando se atribuiu um valor negativo ao fundo de comércio. Nesses casos, as soluções apontam para a desconsideração dos valores negativos¹⁰. Como se pretende demonstrar, isso leva à construção de

7 TJ, Ap. nº 0118956-98.2007.8.26.0011, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 6.10.2011, v.u. Deve-se, contudo, asseverar que essa formulação não é corrente, ainda sendo mais frequente aquela que encontra sua origem no Recurso Extraordinário nº 89.464-SP, que afirmou que a liquidação da quota do sócio retirante deve ser feita “como se tratasse de dissolução total”, para que permitisse que o sócio retirante recebesse o que exatamente teria direito. Na doutrina, confirmando essa fórmula Gonçalves Neto, Alfredo de Assis (2010) *Direito de Empresa*, p. 269; Carvalhosa, Modesto (2003) *Comentários ao Código Civil*, p. 360-361; Coelho, Fábio Ulhoa (2003) *A sociedade limitada no novo código civil*, p. 160; Lucena, José Waldecy (2005) *Das Sociedades Limitadas*, p. 957;

8 “O fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na avaliação. Se excluídos, enriqueceriam o patrimônio dos sócios remanescentes, em prejuízo do retirante, que também contribuiu, com a sua quota e participação social, para a formação dos dois fundos.” STJ, REsp nº 77.122-PR, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.02.1996, DJ. 08.04.1996, v.u. Ver também Fonseca, Priscila M P Corrêa da (2007) *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*, p. 226, bem como a jurisprudência referida na nota 105

9 Gonçalves Neto, Alfredo de Assis (2010) *Direito de Empresa*, p. 270-271; Fonseca, Priscila M P Corrêa da (2007) *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*, p. 229; Carvalhosa, Modesto (2003) *Comentários ao Código Civil*, p. 360-361

10 TJSP, Ap. Civ. nº 262.446-4/1-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Enio Zulani, j. 29.03.2007, v.u. “Sociedade comercial – Retirada de sócio por quebra de affectio societatis, sendo impossível atribuir ao que se retira conduta desidiosa ou desleal para o objetivo social – Dever de reembolso honesto e que envolve e que envolve a avaliação real do valor da quota, excluído o critério de fluxo de caixa descontado e que fez surgir um saldo negativo – Provedimento do recurso do autor, prejudicado o dos réus.” Cf., também, o seguinte acórdão, que desconsiderou a avaliação que reconheceu um acréscimo patrimonial mas, em contrapartida, atribuiu uma redução ao valor do

uma regra que aplica um critério para valores positivos de fundo de comércio, e outro para valores negativos. Essa é uma regra de difícil sustentação. Essa circunstância, por si só, aconselha uma pesquisa mais apurada da jurisprudência.

Além disso, a representação majoritária da construção pretoriana, que exige a inclusão do fundo de comércio, com uma tendência a identificá-lo com o aviamento, precisa ser confrontada com as razões dogmáticas para o reconhecimento e proteção do aviamento, bem como da função do pagamento dos haveres na resolução da sociedade em relação a um sócio¹¹. Além disso, é necessário verificar se é possível compatibilizar essa construção pretoriana com outros interesses tutelados no direito societário, como a proteção do patrimônio para o exercício da atividade empresarial e os interesses de credores.

A rigor, a constante afirmação dos direitos do sócio retirante na jurisprudência, de uma certa forma, oculta o dilema que traz a questão da apuração dos haveres, resultante da possibilidade da dissolução parcial da sociedade: se, de um lado, pretende-se preservar a empresa, permitindo que o sócio se retire sem a dissolução total da sociedade; de outro, a atribuição ao sócio retirante de quantias que são estimadas como uma mera expectativa, sem que exista qualquer perspectiva de sua realização, pode levar a um cenário prejudicial à empresa¹².

fundo de comércio: TJSP, Ap. Civ. com Revisão nº 250.372-4/00, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 13.03.2007, v.u. "Dissolução parcial de sociedade limitada. Apuração de haveres. Laudo pericial contábil. Insurgência do sócio retirante em relação aos métodos e critérios adotados. Hipótese em que a forma utilizada para apuração do valor do fundo de comércio mostrou-se ilógica e incoerente. Necessidade de nova perícia contábil, com adoção de outros critérios consagrados pela contabilidade e jurisprudência. Conversão do julgamento em diligência." Do acórdão extrai-se a seguinte passagem: "No caso dos autos, o perito judicial justificou o critério por ele adotado no cálculo do valor do fundo de comércio, qual seja, o fundo de comércio corresponderia ao resultado da diferença do valor econômico da empresa e do valor de seu patrimônio líquido. Ocorre que tal fórmula mostra-se incoerente a partir do momento em que, embora majorado o valor do ativo imobilizado do Buffet em R\$ 201.680,00, tal acréscimo não repercutiu no montante dos haveres do apelante, que se manteve em R\$ 244.721,91. Note-se, ainda, que pela fórmula adotada, o acréscimo no ativo imobilizado do Buffet implicou na redução do mesmo valor da quantia referente ao fundo de comércio: o fundo de comércio, antes quantificado em R\$ 735.397,59, passou a ser de R\$ 533.717,59 (ou seja, a diferença corresponde exatamente a R\$ 201.680,00). Ora, não é preciso ser um expert na matéria para verificar que, efetivamente, existe algum erro no laudo pericial. Ilógico aceitar que a elevação do patrimônio de uma empresa resultaria na redução do valor de seu fundo de comércio e na manutenção do montante dos haveres do sócio retirante."

- 11 Expressão do Código Civil, que se utiliza como abarcando os casos de dissolução parcial. Para a crítica do termo "dissolução parcial", Lucena, José Waldecy (2005) *Das Sociedades Limitadas*, p. 936-937
- 12 Nesse sentido, Bulgarelli, Waldirio (1999) *O novo direito empresarial*, p. 408. Esse dilema não é desconhecido da jurisprudência: "Não se nega aqui, que a avaliação de uma participação societária, no caso de resolução da sociedade, é uma tarefa difícil. O sócio dissidente ao requerer sua parte, invariavelmente tende a superavaliar o valor da empresa, e quem permanece, por sua

O que se pretende, no presente artigo, é revisitar a construção jurisprudencial¹³ a partir de uma perspectiva que considere a reação, ou a sua falta, às críticas formuladas, bem como eventuais problemas surgidos do entendimento segundo o qual o fundo de comércio, mais especificamente o aviamento, deveria ser incluído na apuração de haveres do sócio retirante.

Para tanto, pretendo (i) realizar uma exposição representativa da construção do argumento jurisprudencial que culminou na construção da interpretação que defende a inclusão do fundo de comércio, entendido como aviamento; (ii) analisar a construção jurisprudencial e indicar alguns dos seus problemas; (iii) confrontar a construção jurisprudencial com a compreensão jurídica acerca do fundo de comércio e os interesses tutelados sob esse conceito, principalmente a partir da hipótese do direito de retirada; e (iv) concluir que a inclusão do aviamento, na apuração de haveres, transforma a avaliação patrimonial em econômica, sem que haja autorização legal para tanto.

Nessa conclusão, dois elementos são importantes: (a) o argumento do enriquecimento injustificado, sempre invocado pela jurisprudência e que permitiria restabelecer a legalidade dessa avaliação, a partir de uma interpretação sistemática, se submetido a um maior escrutínio, reclama maiores desenvolvimentos para readquirir sua força persuasiva; e (b) a jurisprudência parece se sustentar na premissa de que a resolução da sociedade em relação a um sócio é uma situação análoga à de uma alienação. Pretendo demonstrar os problemas desse pressuposto. Contudo, caso ele seja considerado procedente, é necessário complementar a disciplina da apuração de haveres com regras de proteção à imutabilidade do capital social, tal como se estivesse aproximando a disciplina da apuração de haveres com a da negociação das suas quotas pela própria sociedade.

II. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A apuração de haveres do sócio retirante, nos casos de dissolução parcial da sociedade, encontra sua premissa básica na regra desenvolvida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 89.464-SP¹⁴, da relatoria do Ministro Décio Miranda, de 12 de dezembro de 1978.

- vez, procura sub avaliá-la." TJSP, Agravo de Instrumento nº 0498258-34.2010.8.26.0000, rel. Des. Percival Nogueira, j. 24.03.2011, v.u.
- 13 Esse exercício será feito a partir de um levantamento representativo, mas não exaustivo, da posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com decisões a partir da década de 90 do século passado.
- 14 STF, REsp nº 89.464-SP, 2ª Turma, rel. (p/ acórdão) Min. Décio Miranda, j. 12.12.1978, DJ 2.5.1979, v.m.

O que se pretendeu nesse julgamento foi o reconhecimento da possibilidade do sócio de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, desejando retirar-se da mesma, não invocar o direito de recesso que lhe concedia o artigo 15¹⁵ do Decreto nº 3.708/1919, mas sim pleitear que o cálculo dos seus haveres fossem feitos com base nos valores que se obteria, caso se procedesse a uma dissolução total, por força da aplicação do disposto nos artigos 335, V e 336, III, do Código Comercial¹⁶.

É desse julgamento que se constrói a fórmula diretora da apuração dos haveres, muito repetida até hoje, de que ela deve ser feita "como se de dissolução total se tratasse". Ela decorre da síntese do seguinte argumento constante do acórdão:

"O fato é que o art. 15, citado, concede ao sócio dissidente uma faculdade, que ele usa se lhe parece adequada a forma de reembolso aí prevista.

Tal faculdade, direito potestativo do sócio, não se pode transmudar em forma obrigatória.

Daí porque, se se admite a dissolução parcial como modalidade da dissolução total, aquela deve adotar a forma de liquidação dos interesses do sócio dissidente que mais se aproxime da que resultaria da última.

Na liquidação resultante da dissolução total, alienam-se os bens para realização do ativo, forma de apuração que, segundo se presume, mais revela o verdadeiro valor das coisas.

Na dissolução parcial, que por natureza impede a realização do ativo e do monte partível pela alienação de bens, não há de prevalecer o último balanço aprovado, a não ser que o aceitem as partes.

Há de prevalecer a apuração, em toda a sua amplitude, dos haveres do sócio dissidente; com a exata verificação, física e contábil, dos bens e direitos da sociedade, sem a restrição do art. 15 do Decreto nº 3.708. Este somente se aplica ao dissidente que, sem poder opor-se à

15 Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, art. 15: "Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contrahidas, até á data do registro definitivo da modificação do estatuto social."

16 Código Comercial, art. 335, V: "As sociedades reputam-se dissolvidas: 5 - Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado"; Art. 336, III: "As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios; 3 - por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios."

alteração do contrato social resolvida pelos outros sócios em maioria de capital, manifeste o propósito de deixar a sociedade.

Diversamente, ao sócio que, como se reconheceu nestes autos, tem direito a ver decretada a dissolução da sociedade com fundamento no art. 336, nº III, do Código Comercial (fls. 620 medio), e a quem apenas se nega a dissolução total no interesse da preservação da continuidade do empreendimento, a dissolução parcial, para se considerar contida na dissolução total, não há de seguir o modelo de liquidação pelo "último balanço aprovado".

O Min. Moreira Alves, acompanhando o entendimento do Min. Décio Miranda, cunhou uma frase também muito repetida em matéria de dissolução parcial, que afirma que "a avaliação dos bens sociais, para o efeito da retirada da sua cota com base nos valores reais, e não apenas nos valores contábeis".

Dois são os pontos que chamam a atenção nesse acórdão: o primeiro, diz respeito à interpretação do direito de recesso. Não se nega que se trata de uma faculdade e que ele não excluía, no regime do Decreto nº 3.708/1919, o pedido de dissolução da sociedade. O curioso é a solução dada: assim, para prestigiar a empresa, e permitir sua continuidade, concede-se a dissolução parcial que, com efeito, tem o mesmo resultado do direito de recesso, no que diz respeito à cessação do vínculo societário.

O segundo ponto, provavelmente, contribuiu para a afirmação e compreensão do primeiro. Verifica-se que a razão por detrás dessa preocupação em afastar os valores contábeis residia na circunstância de, tradicionalmente, os valores contábeis não corresponderem ao efetivo valor dos ativos sociais. A solução do Supremo Tribunal Federal, portanto, permitiu uma correção desses valores para fins de apuração de haveres do sócio retirante.

Como contraponto à *ratio decidendi*, é interessante recuperar o comentário de Waldírio Bulgarelli sobre esse acórdão¹⁷, publicado em 1983. O seu principal argumento de crítica é a falta de consideração da função do reembolso no direito de recesso que, segundo ele, deveria ter sido analisado pelo acórdão, inclusive com o recurso à aplicação da Lei de Sociedades Anônimas, porquanto o artigo 15 do Decreto nº 3.708/1919 possui a mesma *ratio legis* dos artigos 137 e 45 da Lei nº 6.404/76, que disciplinam o recesso e o reembolso, respectivamente.

17 Bulgarelli, Waldírio (1983) "Jurisprudência Comentada. Comercial - Dissolução de sociedade limitada" *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 49

Waldírio Bulgarelli, em sua crítica, relembra que “reembolso é o pagamento de quanto valem as quotas (também as ações) e o instituto não cuida de perdas ou ganhos; será o valor que for apurado, e com base no ativo líquido ou se se preferir do patrimônio líquido”¹⁸. Além disso, assevera que as regras relativas à retirada dos sócios, à apuração de haveres, à forma e prazo de pagamento, “têm uma função clara de salvaguarda do patrimônio social, atuando como fator desanimante da despedida do sócio, procurando evitar a descapitalização pelo pagamento ao dissidente”¹⁹.

Na formulação da sua crítica, Waldírio Bulgarelli não exclui a possibilidade de uma discrepância entre valores contábeis e valores “reais”, mas isso consistiria em um problema de má representação contábil, não propriamente de “atualização dos haveres”. A sua solução é categórica: “Se o balanço atual não é verdadeiro, que se corrija”²⁰. Mas o que tinha dificuldade em admitir era a subversão, na sua leitura, das regras de reembolso e recesso. O julgamento do Supremo Tribunal Federal, afirma Bulgarelli, teria instaurado uma situação paradoxal: o fundamento que permitiu a dissolução parcial foi a preservação da empresa; contudo, a forma do seu pagamento com o desembolso imediato da quantia, poderia prejudicar a empresa, o que se quis evitar.

A doutrina, posteriormente, passou a aceitar a possibilidade da dissolução parcial e, conseqüentemente, reconhecer a diferença entre os valores de reembolso devidos em razão do exercício do direito de recesso e o direito do

- 18 (1983) “Jurisprudência Comentada. Comercial – Dissolução de sociedade limitada” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 49, p. 102. Nesse mesmo sentido, Comparato, Fábio Konder (1995) *Valor de reembolso das ações do acionista dissidente*, p. 227-228
- 19 Bulgarelli, Waldírio (1983) “Jurisprudência Comentada. Comercial – Dissolução de sociedade limitada” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 49, p. 102. Nessa passagem, Bulgarelli refere-se diretamente às cláusulas dos contratos de sociedade, e não propriamente as regras jurídicas de modo geral. Contudo, não é possível excluir que as regras que tratam sobre a apuração dos haveres, se de um lado resguardam os direitos patrimoniais do sócio em relação ao acervo patrimonial da sociedade, de outro elas certamente visam resguardar o patrimônio social para o desempenho da atividade social.
- 20 (1983) “Jurisprudência Comentada. Comercial – Dissolução de sociedade limitada” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 49, p. 102. Contudo, não há como negar que sempre pode haver uma certa discrepância entre valor contábil e valor “real”, já que a contabilidade serve como uma forma de representação da realidade da sociedade. A aceitação dessa situação, pela ciência contábil, é expressa da seguinte forma na passagem do artigo de Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Alessandro Broedel Lopes: “Provavelmente, uma das melhores frases sobre Contabilidade e que expressa bem sua natureza foi a de um professor que, anos atrás, falou: “é melhor estarmos aproximadamente certos do que exatamente errados””. Iudícibus, Sérgio de; Martins, Eliseu; Lopes, Alessandro Broedel (2012) *Os vários enfoques da contabilidade*, p. 348. Cfr. também Comparato, Fábio Konder (1978) *Natureza jurídica do balanço*, p. 31-32

sócio de participar do acervo patrimonial da sociedade, no caso de dissolução parcial²¹.

A partir dessa aceitação doutrinária e jurisprudencial de que a dissolução parcial deveria ocorrer “tal como de se dissolução total se tratasse”, a questão a respeito da inclusão dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial passa a ter relevância.

Nesse contexto, é possível identificar julgados até anteriores ao do Recurso Extraordinário 89.464-SP, especificamente no que trata da apuração de haveres para o sócio pré-morto. Com efeito, o Recurso Extraordinário nº 48.580²², de 28.6.1962, relatado pelo Min. Luiz Gallotti, debateu o tema da inclusão ou não do fundo de comércio no pagamento dos haveres do sócio pré-morto. Nessa discussão, o fundamento aceito para a inclusão do fundo de comércio consistente no entendimento de que uma vez que os herdeiros não poderão continuar na sociedade e, por essa razão, eles merecem ser “indenizados” pelo valor do fundo de comércio – logo, a *ratio juris* estaria na subtração involuntária do direito de continuar usufruindo daquele “fundo de comércio”²³.

Em outro julgado²⁴, posterior ao precedente do Recurso Extraordinário nº 89.464-SP, reconheceu-se a apuração de haveres do sócio pré-morto de forma ampla, sugerindo inclusive a inclusão do fundo de comércio. O pressuposto para o reconhecimento da inclusão do fundo de comércio consiste no entendimento de que, permanecendo a sociedade (e, assim, preservando o respectivo fundo

- 21 Mello Franco, Vera Helena de (1989) “Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e procedimento. Critério e momento de apuração de haveres.” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 75, p. 25: “Posteriormente, todavia, pretorianamente e por razões de equidade, a interpretação desse dispositivo [Art. 335, V, CCom] foi abrandada para, com fito de preservar a coletividade ínsita na sociedade, proclamar, tão somente, a dissolução parcial. Esta é a tendência atual dos tribunais e os julgados com tal teor são abundantes (...) Mas, o que sobreleva aqui é que a jurisprudência dominante reconhece o direito do sócio à dissolução. E, por tal razão, ordena a apuração de haveres como se se cuidasse de dissolução total. A partir de então o que se discute não é mais o direito do sócio ao reembolso das suas participações decorrente da retirada, mas o seu direito material de participar do acervo da sociedade em liquidação. Daí por que a apuração de seus haveres deve ser feita “... Com exata verificação física e contábil dos valores do ativo ...” e paga “... uma prestação única ...” e não em parcelas como, eventualmente, ordene o contrato.”
- 22 STF, RExt nº 48.580-Guanabara, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 28.6.1962, “Sociedade. Tendo apenas dois sócios e morrendo um, ela se dissolve. Apuração de haveres, incluindo-se o fundo de comércio”
- 23 No mesmo sentido de ser a inclusão do fundo de comércio uma forma de “indenização” do sócio excluído: “Enfim, sendo o fundo de comércio parcela do patrimônio da sociedade deve ser indenizado o sócio excluído, na medida da respectiva participação social, devendo prevalecer a recomendação do laudo de fls. 750 e seguintes, isto é, da utilização da taxa média de 5% sobre o faturamento acumulado da empresa, retroagindo aos últimos cinco anos, por ser proporcional à participação acionária do apelado e ao lucro experimentado pela sociedade.” (TJSP, Ap. Civ. Nº 446.188.4/4-00, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Testa Marchi, j. 27.01.2009, v.u.)
- 24 STF, RExt. nº 104.595-5, 2ª Turma, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 23.04.1985, v.m

de comércio), a apuração dos haveres do sócio deve ser feito com base em “balanço especial com avaliação de todos os elementos do fundo de comércio da sociedade, pagando-se ao sócio retirante a metade do patrimônio líquido verificado, na forma prevista no contrato.” Muito embora o termo “fundo de comércio” estar sendo utilizado, aqui, no sentido atual de estabelecimento empresarial, não se tematizou sobre o que compunha o “fundo de comércio”.

Com a compreensão de que a apuração dos haveres deveria ser ampla, abrangendo “todos os elementos de fundo de comércio da sociedade”, sendo ele compreendido como estabelecimento empresarial, a pergunta que logicamente decorre é se deveriam ser incluídos os seus elementos imateriais, notadamente, o aviamento (que por vezes é referido na jurisprudência pelo próprio termo “fundo de comércio”).

A solução dessa questão não se estabeleceu de forma evidente. A concepção de que o aviamento é elemento do estabelecimento empresarial permitiu a conclusão, quase intuitiva, de que o aviamento (fundo de comércio) deveria ser considerado, pois faz parte do patrimônio da sociedade²⁵. Esse entendimento foi criticado por Waldírio Bulgarelli, sobre o fundamento de que a jurisprudência adotava uma concepção equivocada de aviamento, na medida em que ele não pode ser considerado elemento do estabelecimento – portanto, parte integrante do patrimônio da sociedade – mas atributo²⁶.

O fato é que essa distinção entre elemento e atributo²⁷ não foi tematizada na jurisprudência. O aviamento (fundo de comércio) sempre foi considerado

como um elemento do estabelecimento (motivo pelo qual se pode concluir que ele seria, para os fins de direito, um bem) e, por isso, integraria o patrimônio do titular do estabelecimento, isto é, a sociedade. Logo, sob essa concepção, fica quase irresponsável²⁸ o argumento segundo o qual a exclusão do fundo de comércio dos haveres do sócio que contribuiu para a sua constituição constituiria verdadeiro enriquecimento injustificado dos sócios remanescentes²⁹.

Essa circunstância, portanto, permitiu a reificação do aviamento, isto é, a sua compreensão como um bem, um ativo social. Ao se debater como determinar o seu valor, para quantificar os haveres do sócio retirante, a jurisprudência se confronta com a questão de saber se deve reconhecer a capacidade de gerar lucro, sendo possível afirmar uma certa tendência pela aceitação da inclusão da representação econômica dessa capacidade³⁰. Essa concepção tem o potencial de deslocar de uma avaliação patrimonial da participação do sócio para uma econômica, motivo pelo qual se verifica registros na jurisprudência de que, “realmente, a retirada da sócia-autora, equivale à aquisição de sua posição social pelas sócias remanescentes, que não podem ser beneficiar e locupletar

25 Esse foi o entendimento que, posteriormente, foi sendo firmado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o fundo de comércio integra o patrimônio da sociedade. cf. STJ, REsp nº 77.122-PR, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, 13.02.1996, 08.04.1996, v.u.; STJ, REsp nº 43.395-SP, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 25.05.1999, DJU, 28.06.1999, v.u.; STJ, REsp nº 52.094-SP, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. 13.06.2000, DJ 21.08.2000, v.u.; STJ, REsp nº 271.930-SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.04.2001, DJ 25.03.2002, v.u.; STJ, REsp nº 453.476-GO, 3ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 01.09.2005, DJU 12.12.2005, v.u.

26 Bulgarelli, Waldírio (1999) *O novo direito empresarial*, p. 410-411. No mesmo sentido, afirmando ser o aviamento um atributo, não um elemento do estabelecimento, Barreto Filho, Oscar (1988) *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 172 e ss; Borges, José Eunápio (1969) *Curso de direito comercial terrestre*, p. 193; Ferreira, Waldemar (1962) *Tratado de Direito Comercial*, p. 222-223.

27 Carvalho de Mendonça compreendia o aviamento como um elemento do estabelecimento comercial. Carvalho de Mendonça, José Xavier (1969) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, p. 21. Essa designação permite a compreensão de que o aviamento é algo que integra o estabelecimento comercial, como um dos seus componentes. Mesmo Carvalho de Mendonça parece que não usava o termo elemento nesse sentido (“O aviamento, que se forma com o tempo, com a obra diligente do comerciante, com a bondade dos produtos, com a honestidade, é o índice da prosperidade e da potência do estabelecimento comercial”). Mas a doutrina tem demonstrado a dificuldade de trabalhar o aviamento em termos de um componente do estabelecimento, isto é, de um bem em si considerado. Veja, por exemplo, Borges, José Eunápio (1969) *Curso de direito comercial terrestre*, p. 193-194: (“Pelo simples fato de existir, e por mais rudimentar que seja sua

organização, todo estabelecimento tem seu aviamento. A diferença será apenas de grau, mas o aviamento é atributo necessário e essencial de qualquer estabelecimento. É, porém, repita-se, uma qualidade, um atributo do estabelecimento, não um elemento autônomo que se possa considerar isoladamente como os demais de que se compõe o estabelecimento. O aviamento é em síntese uma resultante dos elementos organizados que compõem o estabelecimento. Ao mesmo tempo, constitui o aviamento a verdadeira medida do valor de um estabelecimento comercial. Se a finalidade econômica deste é produzir e dar lucros se o aviamento é precisamente a capacidade de produzir e de dar lucros, a eficiência do estabelecimento é decorrência de seu aviamento.”)

28 Tal como qualifica Hernani Estrella para, depois, refutar o argumento da inclusão dos bens imateriais para se evitar o enriquecimento injustificado. Estrella, Hernani (2010) *Apuração dos haveres de sócio*, p. 126

29 STJ, REsp nº 77.122-PR, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.02.1996, DJ. 08.04.1996, v.u.

30 TJSP, Ap. Civ. 489.209.4/6-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 21.02.2008, v.u.: “(...) Apuração de haveres – Apuração do valor da participação integralizada pelo sócio minoritário, a ser aferida no momento em que foi este excluído de fato dos poderes de gerência e de administração da sociedade – Ganhos e perdas posteriores irrelevantes, e de risco ou proveito exclusivo dos sócios remanescentes – Apuração do valor real das quotas, mediante levantamento em balanço de liquidação, com perícia contábil e de engenharia a serem realizadas em sede de liquidação – Valor do fundo de comércio e do potencial de venda das unidades autônomas em fase de acabamento a ser incluído na perícia – (...)” TJSP, Ap. Civ. 92.513.4/4-00, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Menezes, j. 17.11.1998, v.u.: “Liquidação por arbitramento – Não há que ser renovada a perícia apenas porque discordaram os agravantes/apelantes do critério adotado, uma vez que, inclusive, perderam a oportunidade de apresentar metodologia outra de cálculo – Agravo retido não provido – A apuração dos haveres do sócio retirante deve ser realizada com base no valor real das cotas – Inclui-se na apuração do patrimônio o Fundo de Comércio que é estimado em consonância com o potencial de lucro da empresa – O valor da marca não foi considerado – A aplicação de juros de 6% ao ano não traduz qualquer exagero – Apelação não provida.”

com simples apuração de registros contábeis, ainda que em balanço especial de determinação³¹.

Muito embora possa se perceber essa construção pretoriana, bem como uma tendência para a sua afirmação, não é claro que se possa reconhecê-la como pacificada. Em primeiro lugar, verifica-se uma dificuldade em aceitar o critério econômico quando o seu emprego resultar em um valor inferior ao contábil ou patrimonial³², ou de utilizar elementos prospectivos de geração de receita, por se tratar de eventos a se concretizar em momento posterior ao da saída do sócio.³³

Essa construção jurisprudencial, contudo, não se reporta diretamente ao artigo 1.031 do Código Civil, ainda que se possa verificar uma ou outra referência ao mesmo. Na tentativa de extrair uma regra de construção pretoriana, que venha a se compatibilizar com a disposição legislativa, a partir dos acórdãos analisados, a formulação da regra pretoriana seria a seguinte: na avaliação patrimonial, inclui-se o fundo de comércio. Por fundo de comércio, entende-se os ativos intangíveis, incluindo o aviamento. Contudo, caso o fundo de comércio tenha valor negativo, ele não deve ser considerado na liquidação da quota do sócio retirante.

31 JTJ 185/186, citada por TJSP, Ap. Civ. 092.513-4/4, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Menezes, j. 17.11.1998, v.u

32 TJSP, Ap. Civ. nº 523.214.4/5-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fabio Quadros, j. 03.09.2009, v.u.. "Apuração de haveres – Dissolução parcial da sociedade – Fixação com base no contrato social – Procedência – Insurgência do Espólio para considerar o critério de apuração adotado no laudo contábil, que utilizou o "método do fluxo de caixa descontado" – Critério que não reflete a situação momentânea da sociedade e a realidade jurídica, porque não pactuado pelas partes – Inaplicabilidade dos critérios a envolver componentes econômicos futuros – Previsão contratual que deve ser observada, por representar a realidade buscada – Decisão acertada – Recurso improvido." Do voto, extrai-se o seguinte trecho: "Convém observar que a questão tratada na presente demanda não diz com a hipótese de dissolução total da empresa, antes parcial, cuidando-se de apuração de haveres de sócio que se afasta da sociedade, no caso por óbito daquele. Nessa linha, para a elaboração do cálculo do valor de apuração de haveres, não era mesmo caso de se levar em consideração uma verificação física contábil tão ampla como acenada pelo recorrente, na qual pretende inserir o fundo de comércio, levando-se em conta o potencial econômico da sociedade para efeitos de venda da empresa ou empreendimento, incluindo-se, outrossim, a realização futura de lucros e dividendos." (...) "Destá forma, considerando que a apuração de haveres em caso de dissolução parcial da sociedade deve sempre refletir a situação atual da empresa, não podendo ser levado em conta situações futuras, ou com a realização de expectativa de lucro não realizados, tem-se que a decisão hostilizada se houve com o devido acerto, de forma que não está a merecer nenhum reparo, devendo antes ser prestigiada"

33 "Desde logo deve ser afastada a pretensão à inclusão na referida apuração do "potencial de alunos no estabelecimento, e seu respectivo pagamento". É que a situação fática no momento da dissolução é que se deverá orientar a avaliação ou estimação a ser levada a cabo e não situações futuras ou expectativas não realizadas. Se assim fosse admitido, teríamos esdrúxula situação em que aquele que não mais é sócio venha a participar de eventuais e incertos lucros futuros da sociedade da qual se desligou anteriormente." (TJSP, Ap. Civ. Nº 195.512-4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fábio Quadros, j. 28.06.2007, v.u)

Admitindo-se que essa seja a leitura apropriada da jurisprudência, essa regra pretende evitar um enriquecimento injustificado da sociedade, se a apreciação econômica da empresa atribuir um valor superior ao patrimonial. Contudo, caso a apreciação econômica da empresa resultar em valor econômico negativo, chega-se a conclusão que descontar essa apreciação econômica também geraria um enriquecimento injustificado da sociedade, pois estaria sendo transferido patrimônio da sociedade para o sócio retirante, que poderia ser utilizado para suportar eventual "fundo de comércio negativo".

Essa situação parece implicar em julgar uma mesma situação com dois critérios diferentes. A compreensão reificada do aviamento, isto é, a de que ele é um elemento do estabelecimento, contribui para essa situação, bem como a baixa tematização da função que o seu reconhecimento possui na dogmática do direito comercial, bem como os temperamentos que merecem ser feitos na disciplina do direito societário. A disciplina jurídica do pagamento dos haveres pode se beneficiar de uma reflexão dessas concepções dogmáticas fundamentais.

III. FUNDO DE COMÉRCIO E AVIAMENTO: SEMÂNTICA E FUNÇÃO

A compreensão dogmática acerca do aviamento é desenvolvida na teoria do estabelecimento empresarial. Na doutrina e jurisprudência brasileiras, percebe-se que para designar esse instituto emprega-se também o termo "fundo de comércio". O direito positivo brasileiro consagra as duas expressões³⁴, muito embora a doutrina prefira a expressão utilizada atualmente no Código Civil.

A concepção de estabelecimento, como o complexo de meios materiais e imateriais destinados à exploração da atividade empresarial, pode ser entendida como um dos modos pelo qual o discurso jurídico compreende a formação social da organização empresarial³⁵ e, a partir disso, verificar a necessidade do desenvolvimento de uma série de regras para disciplinar aspectos importantes nas relações sociais que lidam com a organização empresarial.

Por exemplo, a partir dessa diferenciação é que o direito compreende que é organização específica de meios de produção que passa a produzir interesse no

34 Cfr. Código Civil, art. 1.142; art. 51, §2º, Lei nº 8.245/91

35 Não está se querendo afirmar que o estabelecimento se identifica com a organização, mas sim que é com a organização que surge o estabelecimento – em que a organização é um pressuposto do estabelecimento, mas que essa só ocorre com a materialidade dos bens de produção, em uma relação de quase mútua implicação, sugerida por Barreto Filho, Oscar (1988) *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 93

tráfego empresarial, e não propriamente o conjunto dos seus bens, do que decorre a necessidade de permitir que o estabelecimento seja objeto de negócio jurídico. Outro exemplo importante é saber que, nessa organização peculiar dos meios de exercício da atividade comercial, o local onde se instala o comerciante pode ser de fundamental importância, principalmente para gerar as vendas, o que justifica o direito à renovação do contrato de locação comercial, em determinadas condições.

No primeiro exemplo, o objetivo claro do desenvolvimento das regras jurídicas é permitir uma estabilização das expectativas dos agentes econômicos de transferir, com segurança, a titularidade sobre aquela organização dos meios de exercício da atividade empresarial para outrem. No segundo, é evitar que um ato de terceiro afete a capacidade de gerar ganhos daquela organização. E a razão, nos dois exemplos, parece ser a mesma: é porque aquela organização particular tem o potencial de gerar lucros futuros, motivo este que sustenta a proteção de sua integridade.

Essa é a razão jurídica que está consubstancializada no princípio da preservação da empresa – é porque aquela organização gera riquezas que sua integridade deve ser preservada – e que impulsionou a dogmática jurídica a reconhecer essa aptidão para gerar lucro – denominada, pela doutrina brasileira, com apoio na italiana, de aviamento³⁶.

Isso demonstra, portanto, a função que matiza as regras que disciplinam o estabelecimento e o motivo da diferenciação do termo aviamento. Na estabilização desses usos no discurso jurídico, contudo, o termo aviamento sofreu, principalmente na jurisprudência brasileira, uma consolidação de sentido que não necessariamente corresponde a esse motivo de diferenciação. Como visto, o aviamento (escondido no termo “fundo de comércio”) sofreu uma reificação, para ser considerado um elemento do estabelecimento. Esse é um ponto importante a ser considerado, pois há manifestações doutrinárias importantes que procuram afastar a compreensão de que o aviamento seria um elemento, passando a designá-lo como um atributo³⁷.

36 “O conceito de aviamento é fundamental na teoria do estabelecimento, porque constitui exatamente a razão de ser da tutela que lhe é conferida como objeto unitário de direito” Barreto Filho, Oscar (1988) *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 169

37 Ferreira, Waldemar (1962) *Tratado de Direito Comercial*, p. 222-223; Barreto Filho, Oscar (1988) *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 171

Ao se afirmar que o aviamento é um atributo, isto significa dizer que ele, por si só, não pode ser considerado autonomamente³⁸. Não é propriamente um elemento fundamental do estabelecimento, mas sim a resultante daquela organização peculiar dos meios de exercício da atividade empresarial.

Do ponto de vista do direito empresarial, esse atributo merece tutela exatamente porque é ele que permite a criação de riqueza. E possui um sentido econômico e jurídico em uma relação intersubjetiva – isto é, possui significado na transação econômica (e.g. venda e compra de estabelecimento) ou na compensação pela sua subtração (e.g. desapropriação). Se nos atentarmos, contudo, no âmbito do direito societário, é possível verificar a necessidade de certos temperamentos.

IV. APURAÇÃO DE HAVERES E RECONSIDERAÇÃO DOGMÁTICA DO AVIAMENTO

Se tomarmos a concepção tradicional e compreendermos a sociedade como um contrato plurilateral, sendo a empresa exercida pela sociedade, um dos deveres dos sócios será contribuir para a organização peculiar que permitirá o exercício da empresa – seja diretamente, seja com dinheiro ou bens. A contrapartida desse dever será, necessariamente, o direito de participação nos lucros e no acervo patrimonial da sociedade, em determinadas hipóteses e sob certas circunstâncias.

Assim, quando há um evento de dissolução parcial, o sócio tem direito de receber a sua participação no acervo patrimonial da sociedade. Considerar o aviamento, nessas condições, significa que se deve atribuir um valor a essa capacidade de geração de receitas, o que implica em afirmar que a avaliação dos haveres do sócio retirante dar-se-á por um critério econômico.

Do ponto de vista da compreensão dogmática, a avaliação econômica faz sentido caso um terceiro deseje pagar esse preço, ou o bem considerado tenha sofrido um dano, por ato de terceiro, cuja reparação deve considerar o

38 Barreto Filho, Oscar (1988) *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 176 (“Não tendo o aviamento real ou objetivo existência autônoma, pois é qualidade do estabelecimento, é óbvio que, como acidente, segue a natureza e a disciplina do objeto ao qual adere. O aviamento, tanto sob o ângulo econômico como jurídico, não é coisa, é um valor. Melhor esclarecendo, o aviamento objetivo é o acréscimo de valor, algo mais que se junta à soma dos valores dos elementos singularmente considerados, em virtude de sua organização na unidade técnica do estabelecimento, que os torna aptos a produzir novas riquezas. Daí, como refere Valeri, a justeza em comparar-se o aviamento do fundo de comércio à fertilidade do fundo agrícola, a qual resulta das qualidades produtivas do terreno. A fertilidade, como o aviamento, não é bem, dele é atributo, e liga-se indissolúvelmente à sua sorte.”)

valor que aquele bem obteria, se vendido. No caso das relações societárias, esse pressuposto deve ser avaliado com um pouco mais de cautela.

Para essa análise, é importante verificar em que situações seria concebível a avaliação econômica da participação do sócio retirante. Entendo que em três hipóteses: (i) se contratualmente ajustada ou, na falta de convenção, se o direito positivo expressamente estabelecesse essa forma de avaliação³⁹; (ii) se fosse possível afirmar, dogmaticamente, que se está diante de uma situação equivalente à venda, entre o sócio retirante e a sociedade (ou os sócios remanescentes); ou (iii) se estivéssemos diante de uma situação de ato ilícito praticado pelos sócios remanescentes ou pela sociedade, que implica em prejuízo ao sócio retirante, que foi atingido no seu direito de perceber lucros futuros⁴⁰.

Analisarei as duas primeiras hipóteses, porquanto parece-me que a terceira se refere a uma clara situação de dano, em que o pagamento de lucros cessantes é lícito e legítimo.

A primeira hipótese contraria uma interpretação literal do direito positivo, já que o artigo 1.030 do Código Civil determina que a liquidação, quando não convencionada de outra forma, deve ser feita pelo valor patrimonial. Ainda que se discuta sobre se há ou não consenso sobre o que consiste a avaliação patrimonial⁴¹, ela não se confunde com a avaliação econômica. Portanto, por esse fundamento, estaria afastada a avaliação econômica da participação do sócio retirante, para a apuração dos seus haveres.

Não se pode, contudo, ignorar o argumento reiterado na jurisprudência de que não considerar o “fundo de comércio” implicaria um enriquecimento injustificado dos sócios remanescentes e da sociedade, em detrimento do sócio retirante, que teria contribuído para a “constituição desse fundo”, o que permitiria concluir que, por uma interpretação sistemática, o direito positivo

39 Esse é, por exemplo, o caminho trilhado pelos Estados Unidos com o *Revised Uniform Partnership Act* (1997), que compreende a saída de um dos sócios como uma “aquisição” (*buyout*) da participação pelos que permanecem na sociedade (*partnership*), devendo ser paga ao sócio retirante o valor maior entre aquele que resultaria da liquidação ou aquele que resultaria da venda da empresa em marcha (*going concern*). Cf. RUPA (1997), Section 701 (b). Também, o entendimento majoritário da doutrina alemã, de que a apuração dos haveres (*Abfindung*) deve ser feita pelo valor de transferência (*Ertragswert*). Cf. nas sociedades de pessoas, Wiedemann, Herbert (2004) *Gesellschaftsrecht*, p. 242-244, Schmidt, Karsten (1997) *Gesellschaftsrecht*, p. 1464-1465; na limitada, Raiser, Thomas, Veil, Rüdiger (2010) *Recht der Kapitalgesellschaften*, p. 436-437

40 Cf., nesse sentido, Chinaglia, Olavo Zago (2008) *Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário*, p.129 e ss.

41 Coelho, Fábio Ulhoa (2001) “O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 123

autorizaria a avaliação econômica da participação do sócio retirante, exatamente para evitar o enriquecimento injustificado.

Ocorre, todavia, que é difícil concluir que se verifica esse enriquecimento, que atrairia a incidência do artigo 884 e seguintes do Código Civil. A dificuldade reside na circunstância de não se poder considerar autonomamente o aviamento. A rigor, qualquer expressão econômica do aviamento produz significado nas relações econômicas (que, nas sociedades, ocorrem fundamentalmente nas interações destas com terceiros)⁴². Portanto, qualquer valor relativo ao aviamento somente se concretiza na alienação do estabelecimento, ou da participação da sociedade que é o titular desse. Vale dizer, somente quando um terceiro paga pelo aviamento é que ele efetivamente adquire valor⁴³.

Portanto, qualquer enriquecimento que a sociedade poderia experimentar somente ocorreria se ela, mantendo as quotas do sócio retirante em carteira, vendesse para um terceiro; os sócios remanescentes somente experimentariam esse “enriquecimento”, às custas do sócio retirante, se as quotas do sócio retirante não fossem liquidadas, mas atribuídas, a qualquer título, aos sócios remanescentes.

Nenhuma dessas situações ocorre: no primeiro caso, a sociedade não pode manter em carteira essas quotas, já que elas serão liquidadas, com a respectiva redução de capital. Este só não será reduzido, diz o artigo 1.031, §1º, do Código Civil, se os sócios remanescentes o suprirem, isto é, realizarem nova contribuição, recebendo em contrapartida novas quotas, correspondentes ao valor do capital que ele supriu. Ressalte-se: qualquer “sobrevvalor” representado pelo aviamento somente será auferido no caso de venda da participação dos sócios remanescentes para terceiros – só que, nesse caso, não se está realizando

42 Vale dizer, que o objetivo lucrativo de qualquer sociedade se materializa nas suas relações com terceiros, o que permite distingui-la da associação Ascarelli, Tullio (1969) *O contrato plurilateral*. Essa comparação nos auxilia para entender que essa mais valia, decorrente da consideração do aviamento, também deve ser considerada nas relações econômicas, isto é, que a sociedade ou o sócio realizam com terceiros.

43 Como, com razão, lembra Ascarelli, Tullio (1952) *Valorização do ativo e morte do sócio*, p. 210 (“As valorizações dos bens sociais – seja qual for sua origem: renda ricardiana, desvalorização monetária, incremento natural e assim por diante – constituem, enquanto não sejam realizadas à vista a alienação dos bens, apenas esperanças de lucros. Com efeito, podem elas, à luz dos fatos, resultar justas ou erradas; pode o movimento do mercado levar a uma diminuição do valor do bem anteriormente valorizado; poderá a valorização não encontrar correspondência no preço de mercado à vista da dificuldade na venda do bem ou dos prazos que seja mister outorgar quanto ao seu pagamento; podem incidências fiscais diminuir o alcance da valorização ou até absorver esta por completo, devendo-se aliás levar em conta as incidências que possam até se verificar no futuro até que o bem não seja vendido. Lucro e perda não podem com efeito ser, a rigor, avaliados enquanto o bem não tenha sido objeto de uma operação em virtude da qual passe a ser realizado seu valor monetário. Isto justamente porque é a moeda a medida dos valores, resultando portanto, o lucro, do valor do bem em moeda, valor que só uma operação de troca possibilitará verificar com certeza.”)

qualquer negócio jurídico que tenha por objeto a “participação” do sócio retirante, porquanto suas quotas foram liquidadas. Logo, não se pode dizer, também, que a sociedade ou os sócios remanescentes se locupletaram, em detrimento do sócio retirante. Qualquer “sobrevvalor” é unicamente potencial.

Além disso, no contrato de sociedade, a eventual correspectividade que permitiria verificar a transferência de riqueza de um dos sócios (o retirante) para os outros (os remanescentes) deve ser necessariamente matizada pela finalidade comum. É por isso que, a partir da finalidade comum, não se pode excluir os sócios da participação nos lucros e nas perdas e, também, no caso de liquidação, no saldo positivo do acervo patrimonial. Nessas condições, o aviamento passa a ser o pressuposto para que o sócio possa receber seus lucros; no caso da participação no acervo patrimonial, não sendo o aviamento um bem autônomo, não há transferência de fração ideal do sócio retirante sobre o aviamento aos sócios remanescentes ou à sociedade, motivo pelo qual ele não deve ser considerado⁴⁴.

Essas considerações permitem, também, afastar a segunda hipótese, pelo menos no caso do exercício do direito de retirada. Não parece razoável entender que se está diante de uma situação análoga à da alienação da participação do sócio retirante. Se esse fosse o caso, estar-se-ia consagrando um evento de liquidez da participação societária, como um substituto de um mecanismo de saída não fornecido pelo mercado. Uma verdadeira opção de venda do sócio contra a sociedade, a “preço de mercado”.

Parece-me que esse entendimento contraria a função da apuração dos haveres afirmada doutrinária e jurisprudencialmente, que consiste no pagamento da participação do sócio no acervo patrimonial da sociedade. Ao se incluir o elemento de percepção econômica (aviamento), está-se transferindo ao sócio retirante um valor potencial que não está sendo pago por terceiros. O que ocorre, efetivamente, é subtração maior de patrimônio em benefício do sócio retirante.

Em se admitindo essa possibilidade, há um potencial prejuízo a credores e aos próprios sócios remanescentes. No primeiro caso, porque o pagamento poderá implicar em uma redução patrimonial que afete o capital social, para

além da decorrente da liquidação das quotas do sócio retirante – o que violaria o princípio da intangibilidade do capital social⁴⁵. No segundo, o acervo patrimonial da sociedade, a qual eles têm direito, será reduzido desproporcionalmente em favor do sócio que se retira. Esse mesmo fundamento permite concluir pelo prejuízo à própria sociedade, que terá uma redução no seu patrimônio, destinado ao exercício da sua atividade empresarial.

Essa situação parece levar a duas conclusões: (i) a contrapartida, mais adequada, da contribuição à constituição do fundo de comércio é o direito na participação dos lucros – e não a inclusão do aviamento no cálculo dos haveres do sócio retirante; (ii) caso se admita que se deva incluir o aviamento, e essa é tornando a retirada como análoga à alienação da participação societária do sócio retirante, é preciso ser consequente com esse pressuposto e aplicar as restrições próprias da negociação das quotas pela própria sociedade, principalmente a que estabelece que o pagamento só ocorre se existir fundos disponíveis e se não houver ofensa ao capital social⁴⁶.

V. CONCLUSÃO

Essas conclusões, parece-me, confirmam a solução legislativa de que a apuração dos haveres deve ser feita pelo valor patrimonial. A perspectiva reificada do fundo de comércio demonstra-se inadequada para a correta disciplina da apuração dos haveres – o que não exclui a possibilidade de considerar o aviamento quando total ou parcialmente hipostasiado em um bem imaterial do estabelecimento.

Isso afasta o pressuposto que vem se construindo, de que a apuração dos haveres na retirada de sócio é uma situação análoga à alienação da sua participação. Contudo, se esse pressuposto for dogmaticamente estabilizado, é necessário ser consistente com ele e não permitir que o pagamento de qualquer mais valia, relativo ao aviamento, se dê sem fundos disponíveis e em ofensa ao capital social.

44 Evidente que essa afirmação merece maiores esclarecimentos. O aviamento, por não ser considerado um elemento, ou um bem autônomo que poderia ser vendido, é percebido como o resultado do exercício da atividade empresarial pela organização: isto é, só se auferiu lucro porque a atividade está sendo desempenhada de uma determinada forma. Contudo, é possível que um bem imaterial, como uma marca, patente, *software* etc. seja tão importante na organização empresarial que o aviamento hipostasia-se nesse bem imaterial. Nesse caso específico, é bem possível – e lícito – que o valor “real” desse bem imaterial seja influenciado pelo aviamento.

45 Domingues, Paulo de Tarso (1998) *Do capital social: noção, princípios e funções*, p. 103 e ss.
46 Sobre a aquisição das quotas pela própria sociedade. Carvalhosa, Modesto (2003) *Comentários ao Código Civil*, p. 88; Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc (2006) *Curso de direito comercial*, p. 413-414; Domingues, Paulo de Tarso (1998) *Do capital social: noção, princípios e funções*, p. 111 e ss.. Essa solução, contudo, não excluirá necessariamente o eventual prejuízo ao direito dos sócios remanescentes na participação do acervo patrimonial da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio (1952) "Valorização do ativo e morte do sócio." *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva.
- ASCARELLI, Tullio (1969) "O contrato plurilateral." *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, p. 255-312.
- BARRETO FILHO, Oscar (1988) *Teoria do estabelecimento comercial*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
- BORGES, José Eunápio (1969) *Curso de direito comercial terrestre*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BULGARELLI, Waldirio (1999) *O novo direito empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BULGARELLI, Waldirio (1983) "Jurisprudência Comentada. Comercial – Dissolução de sociedade limitada." *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 49, pp. 88-103
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier (1969) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos.
- CARVALHOSA, Modesto (2003) *Comentários ao Código Civil*, v. 13. São Paulo: Saraiva.
- CHINAGLIA, Olavo Zago (2008) Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo: Tese de Doutorado
- COELHO, Fábio Ulhoa (2001) "O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada." *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 123, pp. 69-76
- COELHO, Fábio Ulhoa (2003) *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva.
- COMPARATO, Fábio Konder (1995) "Valor de reembolso das ações do acionista dissidente." In: *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva.
- COMPARATO, Fábio Konder (1978) "Natureza jurídica do balanço." In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso (1998) *Do capital social: noção, princípios e funções*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ESTRELLA, Hernani (2010) *Apuração dos haveres de sócio*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FERREIRA, Waldemar (1962) *Tratado de Direito Comercial*, v. VII. São Paulo: Saraiva.
- FONSECA, Priscila M P Corrêa da (2007) *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*, 4ª ed. São Paulo: Atlas.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (2010) *Direito de Empresa*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; LOPES, Alexsandro Broedel (2012) "Os vários enfoques da contabilidade." *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética.
- LUCENA, José Waldecy (2005) *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de (1989) "Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e procedimento. Critério e momento de apuração de haveres." *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 75, pp. 19-30
- RAISER, Thomas; VEIL, Rüdiger (2010) *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5ª ed. Munique: Vahlen.
- SCHMIDT, Karsten (1997) *Gesellschaftsrecht*, 3ª ed. Colônia: Carl Heymanns.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (2006) *Curso de direito comercial*, v. 2. São Paulo: Malheiros.
- WIEDEMANN, Herbert (2004) *Gesellschaftsrecht*, v. 2. Munique: C.H.Beck.

TUTELAS DE URGÊNCIA E O DIREITO DE RETIRADA DE SÓCIO NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Rodrigo R. Monteiro de Castro

Rodrigo Mendes de Araujo

1. A UTILIDADE DO TEMA

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado no Brasil. As estatísticas do Departamento Nacional de Registro do Comércio revelam que, no período de 1985 a 2005, foram constituídas 4.300.257 (quatro milhões, trezentas mil e duzentas e cinquenta e sete) sociedades limitadas contra 20.080 (vinte mil e oitenta) sociedades anônimas¹.

As sociedades limitadas se alicerçam, em tese, na afeição, confiança, lealdade e esforços conjuntos dos seus sócios. Faltando qualquer uma destas características, instaura-se a crise que, não raro, bate às portas do Poder Judiciário.

Dependendo do seu nível, a crise pode tornar insuportável o relacionamento dos sócios. Uma possível solução, então, revela-se a saída de um ou alguns dos sócios. Trata-se da chamada "dissolução parcial da sociedade".

Opera-se a dissolução parcial de modo amigável ou litigioso. Nesta hipótese, o Poder Judiciário é chamado a resolver a lide entre os sócios, lide esta que reclama soluções jurisdicionais rápidas e efetivas, ainda que não definitivas, de modo a preservar a existência e a viabilidade da sociedade, enquanto persiste a desinteligência entre os sócios.

Importante observar que, nos termos do artigo 1.028 a 1.032 do Código Civil², a sociedade pode se resolver em relação a um sócio de três maneiras: (i) por morte do sócio; (ii) por retirada do sócio, e; (iii) por exclusão do sócio. Faz-se, neste estudo, um corte temático e se abordam apenas as tutelas de urgência no direito de retirada.

Não vale aqui o brocardo da "justiça tarda, mas não falha", já que, nesta espécie de litígio, a justiça tardia não só é falha, como pode arruinar a viabilidade

1 Dados obtidos no sítio do DNRC – <http://www.dnrc.gov.br>, consultado em 12.05.12, às 08:55.
2 Os artigos de lei mencionados neste estudo referem-se ao Código Civil, exceto quando expressamente indicado outro diploma.



Raffaello Sanzio
Reprodução de parte da obra
A escola de Atenas

PROCESSO SOCIETÁRIO

“A obra contém trinta e seis artigos, com conteúdo diversificado e abrangente, desde matérias relacionadas à desconsideração da personalidade jurídica, penhora on line, arbitragem, tutela de urgência, dissolução de sociedade e apuração de haveres, deliberações societárias, tutela coletiva, recuperação judicial, prova, responsabilidade civil no âmbito da disputa societária, até a apreciação dos projetos dos novos Códigos de Processo Civil e Comercial, dentre outras.”

LUIS FELIPE SALOMÃO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“A disciplina dos litígios societários representa o típico caso de ‘hiporregulação’, marcada por hiatos normativos e pela resposta tímida às situações substanciais carentes de tutela. Como alternativa à citada ‘hiporregulação’ está, de um lado, a aplicação das normas gerais, que, em muitos dos casos, pode representar a oferta de uma tutela jurisdicional ineficiente e que coloca em xeque a própria credibilidade do processo como instrumento de composição e pacificação social. Exemplo disso é o cada vez mais frequente direcionamento das controvérsias societárias para a arbitragem, atribuído a uma suposta inaptidão da jurisdição estatal a lidar com litígios complexos de um modo célere, especializado e previsível. No outro extremo restaria o non liquet, que, além de expressamente vedado, não resolveria o problema. Quiçá, uma terceira via seja entender que, ainda que não se possa falar propriamente em um ‘micro sistema’ do processo societário, existem princípios e regras que procuram disciplinar as crises jurídicas advindas de relações societárias e que, na medida do possível, devem ser aplicados na composição desses litígios, de forma harmônica com as diretrizes gerais.”

FLÁVIO LUIZ YARSELL

GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA

Coordenadores

QUARTIER LATIN

Eduardo Munhoz



LIE0069