

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Helga Araruna Ferraz de Alvarenga

PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo
2016

Helga Araruna Ferraz de Alvarenga

PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho.

São Paulo
2016

Banca examinadora:

Para

Luiz Antônio, Carolina e Luiza

*Ao Professor Fábio Ulhoa Coelho,
mestre e amigo de sempre,
depositário fiel de minhas
aspirações acadêmicas, meu
agradecimento.*

RESUMO

Esta Tese tem por objetivo aprofundar a discussão acerca da existência de princípios próprios ao Direito Societário no sistema jurídico brasileiro.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, juristas brasileiros identificaram um novo enfoque sobre os princípios, gerador de uma verdadeira mudança de paradigma. Aos poucos, nos diversos campos do Direito, a argumentação por princípios firmou-se como padrão na literatura jurídica brasileira.

Na contramão desta tendência, o Direito Comercial – e mais especificamente no Direito Societário – manteve-se à margem desta mudança. De modo geral, a doutrina especializada não tem dispensado a mesma atenção ao tema, o que tem contribuído para um certo engessamento da dinamicidade que é própria ao Direito Societário e para a insegurança jurídica.

A primeira parte do trabalho traz uma reconstrução da teoria dos princípios, sua influência no Brasil e as particularidades dos princípios na ordem jurídica. Além disso, apresenta-se também a teoria clássica de solução de conflitos e contradições entre normas – também chamadas antinomias – defendendo-se que a relação antagônica entre princípios não configura propriamente uma contradição, e sim um ponto de tensão entre elementos dessa espécie de norma jurídica.

A segunda parte desta Tese identifica os princípios informativos que mais se aproximam do Direito Societário, além de apontar quais

seriam, de pronto, os pontos de tensão que poderiam surgir entre estes princípios e outros dispositivos legais.

Os princípios aqui analisados têm por base uma série de enunciados constitucionais e infra-constitucionais que, em conjunto, constituem um arcabouço principiológico específico à realidade brasileira.

No entanto, o que se pretendeu demonstrar com maior cuidado foi que o *Princípio da Liberdade de Associação* nada tem a acrescentar ao Direito Societário – muito embora a doutrina tenha, historicamente, afirmado o contrário. Fato é que dois outros princípios – o Princípio da Liberdade de Iniciativa e o Princípio da Legalidade – são de previsão específica ao Direito Societário, não sendo, como é o Princípio da Liberdade de Associação, uma extensão interpretativa bastante problemática.

Os demais princípios estudados e desenvolvidos comprovam que o Direito Societário tem muito a ganhar com o reconhecimento de institutos principiológicos próprios ao campo – e não apenas em termos doutrinários e práticos, mas também em termos de segurança jurídica e de incremento da ordem econômica brasileira.

ABSTRACT

This Thesis' objective is to promote the discussion about the existence of principles which are specific to the Brazilian Corporate Law. This discussion is led from a context in which the field's doctrine has been not paying enough attention to the use and value of a principle argumentation, which has contributed to certain immobility regarding the dynamics of this Law field.

The first part of this Thesis brings a reconstruction of the principle theory, its influence in Brazil and the particularities of the "principle" regarding the juridical system. Also, there shall be presented the classical theory on solving contradictions and conflicts among juridical norms, where it shall be defended that the potential antagonism between principles does not configure properly a contradiction – better would be to talk about a tension among such elements.

The second part establishes which principles would be useful and necessary to Corporate Law, in addition to pointing out which would be the tensions one could promptly identify between principles or principles and other legal norms.

The principles analyzed here are based on a series of constitutional and non-constitutional provisions which, taken into account together, constitute a principle framework unique to the Brazilian context.

However, the one thing one has attempted to overstress with careful regard is that the *Princípio da Liberdade de Associação* does not relate to

Corporate Law – even though the doctrine has, historically, said otherwise. It is a fact, though, that two other principles – the *Princípio da Liberdade de Iniciativa* and the *Princípio da Legalidade* – are enough to shelter all the hypothesis which are commonly attributed to the *liberdade de associação*. Besides, they constitute principles of specific provision towards Corporate Law, not encompassing – as is the case with the *Princípio da Liberdade de Associação* – an extensive interpretation of the Law which turns out to be quite problematic.

The following principles studied and developed here prove that Corporate Law has a lot to gain from acknowledging principles specific to its field – and not only in terms of doctrinary and practical gains, but also in terms of legal certainty and improvement of the Brazilian economic order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I.....	17
TEORIA DOS PRINCÍPIOS	17
CAPÍTULO 1 – DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS	17
1.1. Princípios como Fonte do Direito.....	17
1.2. A sistematização clássica.....	21
1.3. As contribuições de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY	23
1.4. Influência no Direito Brasileiro	27
1.5. Critérios de distinção	34
CAPÍTULO 2 – RELAÇÃO DE TENSÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	37
2.1. A questão da antinomia	37
2.2. Critérios de solução de conflitos	39
2.3. Conflito entre regras	41
2.4. Conflito entre regras e princípios	42
2.5. Colisão entre princípios	43
PARTE II	45
PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO.....	45
CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO	48
3.1. A Liberdade de Associação é aplicável ao Direito Societário?.....	48
3.2. Distinção entre Associação e Sociedade Empresária	50
CAPÍTULO 4 – PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA.....	58
4.1. Condições para ingresso na sociedade empresária	61
4.2. Liberdade de iniciativa e dever de lealdade.....	63
4.3. Operações societárias e o Direito Concorrencial.....	67
4.4. Alienação do estabelecimento comercial e cláusula de não restabelecimento	77
CAPÍTULO 5 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	80
5.1. Limitações ao exercício do direito de retirada.....	81

5.2. Alienação da participação societária	84
CAPÍTULO 6 – PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	87
6.1. Previsão Constitucional	89
6.2. Previsão em legislação esparsa.....	89
6.3. Deveres negativos e deveres positivos	93
6.4. Função Social da empresa e Princípio da Legalidade	94
6.5. Função social da empresa e execução de políticas econômicas estatutais... 95	
6.6. Função Social da empresa e abuso de poder de controle.....	100
CAPÍTULO 7 – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL	102
7.1. A proteção jurídica do investimento privado.....	105
7.2. Limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações patrimoniais.....	106
7.3. Subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.....	108
7.4. Responsabilidade ilimitada.....	110
7.5. Desconsideração da personalidade jurídica	111
CAPÍTULO 8 – PRINCÍPIO MAJORITÁRIO NAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS E A PROTEÇÃO AO SÓCIO MINORITÁRIO	113
8.1. Conceito de maioria e minoria.....	116
8.2. Dissidência.....	119
8.3. Direito de fiscalização	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
CONCLUSÃO	131
BIBLIOGRAFIA	135

INTRODUÇÃO

*Nada tem mais importância prática imediata para um advogado que as regras que governam suas estratégias e manobras, e nada produz mais indagações profundas e filosóficas que a questão do que deveriam ser essas regras.*¹

Quando **EROS ROBERTO GRAU**² declarou publicamente que seu “*medo dos juízes*” decorria, em última instância, da insegurança jurídica provocada pela subjetividade nas decisões judiciais e pela arbitrária formulação de *juízos de valor* baseados na *ponderação* entre princípios como forma de solução de conflitos, denunciou uma realidade a qual se convencionou chamar de “*farra principiológica*.”³

A expressão, que desde então ganhou algumas variações, tem sido utilizada para se referir à deterioração da qualidade do debate jurídico em torno dos princípios, assim como o seu uso indiscriminado para fundamentar o descumprimento à lei e aos contratos.⁴

Nas palavras de **FÁBIO ULHOA COELHO**⁵, “*a argumentação por princípios tem sido largamente empregada pela estratégia de desapego à lei, buscando para além das regras específicas e desprovidas de caráter*

¹ **DWORKIN**, 2005, p. 105.

² **GRAU**, 2013, pp. 13-22. Na visão do jurista, a ponderação entre princípios tem sido operada, pela jurisprudência e pela doutrina, *discricionariamente*, ou seja, à margem da interpretação/aplicação do direito, conduzindo à incerteza jurídica (p. 115).

³ Segundo **FÁBIO ULHOA COELHO**, a expressão foi utilizada por **LUCIANO TIMM**, no jornal Valor Econômico, em 2012, para se referir a desvios na argumentação por princípios. Ver **COELHO**, 2013, p. 12.

⁴ **CARLOS ARY SUNDFELD** chama este cenário de utilização de princípios vagos para justificar qualquer decisão de “geléia geral” (2014, p. 206).

⁵ **COELHO**, 2013, pp. 16-17.

principiológico, fundamentos para a não aplicação destas.” Quanto maior for a margem para argumentos de desapego à lei, menor será a previsibilidade de decisões judiciais e, conseqüentemente, a segurança jurídica, que é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito⁶.

Esta preocupação com a previsibilidade das decisões judiciais acabou por ganhar maior importância a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece em seu artigo 926 que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*”

À margem deste fenômeno, o pensamento jurídico tem gerado importantes discussões e contribuições sobre os princípios, tanto de natureza conceitual quanto relativa à sua aplicabilidade. Alguns juristas brasileiros⁷ passaram a estudar os princípios de forma mais do que simplesmente teórica, enxergando neles não uma forma de descumprir a lei, mas um instrumento para torná-la mais efetiva. É este o caminho que se pretende seguir por meio do presente estudo: a análise dos princípios como mecanismo de efetivação do direito, e não como justificativa para o descumprimento da lei.

Desde a identificação, por **EROS ROBERTO GRAU**, na Constituição Federal de 1988⁸, do elemento desencadeador do novo enfoque sobre os princípios, juristas dos diversos ramos do direito têm se preocupado em identificar os princípios atinentes às respectivas disciplinas, com o objetivo de introjetar seus valores e aumentar a previsibilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica.⁹

⁶ **DANTAS** (2012), apresenta não apenas o seu ponto de vista, mas também o de diversos juristas que, ao longo do tempo, alertaram para a importância da segurança jurídica, dentre eles o pertinente alerta de **TERESA ARRUDA ALVIM** quanto à “*criatividade judicial mal exercida.*”

⁷ Nesse sentido, a obra de juristas como **FÁBIO ULHOA COELHO**, **EROS ROBERTO GRAU**, **HUMBERTO ÁVILA**, **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA** e **MARCELO NEVES**.

⁸ Ver **GRAU**, 2013.

⁹ No Direito Comercial, esse *mister* tem sido liderado por **FÁBIO ULHOA COELHO** (Ver **COELHO**, 2014; 2013); no Direito Administrativo, **CARLOS ARY SUNDFELD** tem demonstrado essa

Aliás, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, **MARIA HELENA DINIZ**, ressaltava que os princípios devem ser encontrados a partir da interpretação sistemática das normas jurídicas¹⁰, o que acaba por reforçar a sua importância na efetivação do direito.

Em paralelo, nota-se uma utilização do instrumental principiológico com vistas a permitir desvios em relação ao que já está consagrado no direito positivo, o que tem se tornado recorrente nos demais ramos do Direito.

O Direito Societário, contudo, distoa dos demais ramos jurídicos na medida em que não apresenta, de maneira uniforme na doutrina, uma consolidação dos princípios que lhe seriam específicos. Ressente-se do desenvolvimento retórico e prático de uma principiológica própria.

Assim, o desprestígio dos valores não decorre apenas do ânimo de descumprí-lo, mas, também, da falta de estudos técnicos voltados para a aplicação dos princípios próprios ao Direito Societário. Nesse sentido, o desprestígio específico de valores como *a proteção do investimento privado para a coletividade*¹¹ termina por desestimular a exploração da atividade econômica pela

preocupação (2014), assim como já a manifestava **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** (2009); no Direito Constitucional, **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA** (2014). No direito civil, **RENAN LOTUFO** já manifestava preocupação com a utilização de normas e princípios constitucionais voltados para o Direito Civil. Em 1999 inaugurou no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da **PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO** a disciplina “*Autonomia Privada na Constituição*”, na qual voltava os olhos de seus alunos para a análise do Direito Civil sob a ótica dos princípios constitucionais.

¹⁰ “Os princípios gerais do direito, portanto, em sua grande maioria, não estão declarados nas normas jurídicas, porém nelas estão implícitos, podendo ser descobertos, mediante a análise dos subsistemas componentes do sistema jurídico, relativos ao tema controvertido que se quer decidir” **DINIZ**, 1981, p. 193.

¹¹ Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, a imprevisibilidade das decisões judiciais e da consequente insegurança jurídica decorre do fato de a sociedade brasileira não valorizar a proteção ao investimento em atividades empresariais e, além disso, não enxergar nessa proteção algo que, na economia globalizada,

iniciativa privada, aumentando o custo final de produtos ou serviços, e trazendo insegurança jurídica.¹² Já o uso *indevido* do *Princípio da Liberdade de Associação* (não aplicável ao direito societário) para fundamentar a injustificada retirada do sócio da sociedade em situações não amparadas pela lei ou pelo contrato social, dificulta a estabilizaçãoda empresae a relação entre sócios. A *Função Social da Empresa*, por sua vez, não pode servir de argumento para que o exercício do poder de controle da sociedade anônima de economia mista seja voltado para a condução depolíticas econômicas estatais, sob o risco de gerar prejuízos à própria empresa e aos seus acionistas. Neste ponto, é necessário trazer a distinção entre “*política pública*” e “*interesse público*”, este último configurando o termo utilizado na Lei das Sociedades Anônimas.

Trata-se, em todos os casos, de aplicação inadequada dos princípios.

Nesse sentido, uma reconstituição analítica dos valores e princípios atinentes ao Direito Societário que obedeça à lógica e nuances do mundo empresarial não só aumentaria a previsibilidade das decisões judiciais, como também traria uma bem-vinda segurança jurídica – o que, por sua vez, contribuiria para menores custos ao empreendedorismo e ao investimento privado, uma maior competitividade da empresa sediada no Brasil em relação ao cenário externo e, como consequência direta desses fatores, um barateamento dos preços finais ao consumidor.

A utilização de princípios próprios ao Direito Societário no dia-a-dia do empresário e em decisões judiciais demanda um estudo responsável,

beneficia, em última análise, aqueles consumidores que só podem adquirir produtos e serviços no mercado interno brasileiro.

¹² **FÁBIO ULHOA COELHO** explica bem o raciocínio: “*O empresário, ao fazer os cálculos destinados à definição do preço dos produtos ou serviços que oferecerá ao mercado, adota como premissa a efetividade da lei e dos contratos. Mais do que isto, parte do pressuposto de que a lei será aplicada tal como resulta seu sentido imediato e que, se o contratante não honrar o contratado, o Poder Judiciário garantirá, firme e prontamente, resultado equivalente ao adimplemento.*” (2012, p. 16).

com a correspondente delimitação do alcance do instrumental principiológico e, conseqüentemente, com a diminuição da margem de argumentação que vise a descumprir a lei. A construção de balizas pragmáticas é, assim, essencial a fim de que não se resvale para a “*farra principiológica*” denunciada por **EROS ROBERTO GRAU**.

O estudo a que se propõe esta Tese está estruturado em dois momentos. Na primeira seção, far-se-á uma breve reconstrução teórica dos princípios, seus desdobramentos teóricos correspondentes (etapa essencial à compreensão da evolução do tratamento dado à matéria), sistematização e positivação no direito brasileiro, distinção em contraposição às regras jurídicas e as principais relações de tensão. À vista da relevante produção acadêmica na área, optou-se por não fazer uma reconstrução exaustiva do tema “princípios” – tema que, por si só, já valeu incontáveis Teses de doutorado. O objetivo desta primeira parte é fornecer o embasamento teórico necessário para situar a discussão a que se procederá na seção seguinte. A segunda seção apresenta os princípios próprios ao Direito Societário, situando-os no debate aprofundando cada uma de suas particularidades. Proceder-se-á, ainda, à sua harmonização com o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao enfrentamento das principais relações de tensão com as demais disposições legais incidentes.

A conclusão trará a consolidação dos objetivos deste trabalho, apresentando a anatomia dos princípios societários resultantes do estudo realizado, a sua função e funcionamento no sistema jurídico, sua especificidade e, principalmente, a sua potencialidade neste novo direito societário brasileiro a se desenvolver constantemente.

PARTE I

TEORIA DOS PRINCÍPIOS

CAPÍTULO 1 – DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Princípios como Fonte do Direito

No passado, os princípios já foram confundidos com a categoria geral daqueles chamados “*princípios gerais de Direito.*”¹³No entanto, enquanto estes configuram fonte secundária do Direito, aqueles foram, lentamente, por utilização dos Tribunais e por dedicação doutrinária, sendo incorporados ao ordenamento jurídico. O objetivo deste trabalho é abordar os princípios atinentes ao Direito Societário enquanto fontes primárias do Direito, ou seja, enquanto normas jurídicas.

Em se tratando de princípios, há uma distinção teórica necessária entre os chamados “*princípios gerais de Direito*”, isto é, as regras angulares norteadoras de um sistema jurídico como um todo, e os “*princípios*” *stricto sensu*, particulares a um campo específico do Direito¹⁴. Assim, nos termos do artigo 4º da Lei

¹³ Do ponto de vista histórico, nem sempre é possível estabelecer uma ordem cronológica coerente entre a evolução do estudo dos princípios na literatura nacional e estrangeira. Isto porque, à vista dos escassos instrumentos tecnológicos de disseminação de informações até a segunda metade dos anos 90, enquanto alguns juristas pátrios já adotavam as concepções mais vanguardistas, outros, no mesmo período, ainda permaneciam fiéis à doutrina clássica até então adotada no direito brasileiro.

¹⁴ No magistério de **FÁBIO ULHOA COELHO**, a distinção entre *princípios de direito* e *princípios do direito* é bastante clara: “*Os princípios de direito são preceitos revelados, pela doutrina, a partir da natureza do ser humano (direito à vida, à liberdade, etc.). Os princípios do direito são regras, expressas ou reveladas, que inspiram todo o ordenamento ou determinada área do direito.*” Na sua concepção, a expressão *princípios de direito* designa preceitos que preexistiram ao ordenamento jurídico e aos quais este deveria sempre se conformar, ao passo que *princípios do direito* são preceitos gerais (expressos em

de Introdução ao Código Civil¹⁵ de 1942, hoje “*Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*”¹⁶, os princípios gerais de Direito teriam função subsidiária¹⁷ aos raciocínios empreendidos em obras doutrinárias, decisões e peças processuais. Essa figura foi tratada, juntamente à analogia e aos costumes, como um elemento externo à ordem jurídica, cujo objetivo era a supressão das lacunas da lei. Nesse sentido:

*Por último, inexistindo qualquer das fontes citadas, servirão de fontes subsidiárias do direito comercial os princípios gerais do direito que deverão ser aplicados para a solução do caso concreto. Essa fonte indireta do direito comercial tem o seu fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (...).*¹⁸

Os princípios gerais de Direito¹⁹ diferenciam-se, portanto, dos “*princípios*” em sentido estrito com que se ocupa esta Tese. Tratam-se, os primeiros, de elementos da cultura jurídica, raízes não normatizadas que permeiam pensamento jurídico brasileiro como um todo. Estes, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, constituem fonte do Direito, de forma positivamente imposta pelo legislador.²⁰

dispositivos ou deles decorrentes) cujo comando se projeta em normas jurídicas atinentes a certa matéria, informando-as. Os *princípios do direito*, portanto, têm a mesma natureza das normas jurídicas, isto é, são enunciados que prescrevem condutas. (COELHO, 2003, pp. 67-68).

¹⁵ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. “Art. 4º *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*”

¹⁶ Redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

¹⁷ A diferenciação entre fontes primárias (lei positiva) e fontes secundárias – dentre as quais se incluíam os princípios gerais de Direito – é clássica à doutrina jurídica brasileira. Ver, nesse sentido, BULGARELLI, 1999, p. 77.

¹⁸ MARTINS, 1973, p. 59.

¹⁹ MARIA HELENA DINIZ explicita que os princípios gerais de Direito são diversamente concebidos pelas escolas jurídicas, que buscam definir o vocábulo cada uma à sua maneira. Ver DINIZ, 2005, p. 466.

²⁰ Nesse sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA (1975, p. 114), concebia os princípios gerais de Direito como “*elementos fundamentais da cultura jurídica humana a nossos dias*”; “*ideias e princípios sobre os quais assenta a concepção jurídica dominante*”; “*indicações e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica.*” A figura era inclusive dotada de misticismo, dado o seu caráter imaterial. É o que se nota nas palavras de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (1990-1993, p. 41): “*Para uns, são eles constituídos pelo direito comum do século passado; para outros, é o direito romano puro; para outros, ainda, é o direito natural; são os constantes ensinamentos da jurisprudência; dessumem-se do*

Ou seja, na primeira metade do século passado, os princípios eram considerados algo externo à ordem positiva²¹, servindo tão somente à supressão de lacunas²², seguindo a ordem legal prescrita na Lei de Introdução ao Código Civil em que apareciam como último instrumento à disposição do operador do direito.

FÁBIO ULHOA COELHO pontua que, em obras publicadas a partir dos anos 1940²³, já se encontra a noção de princípio como algo interno à ordem jurídica positivada, difundindo-se o entendimento de que os princípios se inserem, de algum modo, no direito positivo. Passa a ser papel da doutrina, nesse contexto, retirar das normas jurídicas os seus princípios não-expressos²⁴ – aqueles

ordenamento jurídico do Estado; é a equidade, nos seus diferentes sentidos.” Entre os filósofos do Direito, **MIGUEL REALE** (1981, p. 300) afirmava: “*Princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.*” **TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR** (2003, pp. 223-247), na mesma linha, considera os princípios gerais do direito reminiscências do direito natural como fonte, cuja função é conferir coesão²⁰ ao ordenamento jurídico: “*Sua formulação é indefinida. Há quem os reduza, em última análise, aos famosos preceitos romanos: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*” Mas assevera: “*Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento.*”

²¹ Nesse sentido, as palavras de **WALDIRIO BULGARELLI**: “*Tanto que a atual Constituição Federal de 1988, reiterando dispositivo emergente das constituições anteriores, dispôs expressamente, no seu art. 5º, II, o chamado Princípio da Legalidade, que é a base de todo o nosso sistema jurídico (...). Portanto, em nosso direito, a única fonte formal do direito é a lei, inclusive em matéria comercial.*” (1999, p. 74).

²² Concebendo os princípios como fontes do direito, aplicáveis subsidiariamente para preencher as lacunas da lei, **SILVIO DE SALVO VENOSA** (2004, p. 162) assevera que: “*Nosso legislador, a exemplo de outras legislações, coloca os princípios gerais do direito como fonte subsidiária no citado artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como último elo a que o juiz deve recorrer perante a lacuna legal.*” E mais: “*Os princípios gerais do direito são, em última análise, uma regra de convivência.*” Na visão de **GOFFREDO TELLES JÚNIOR** (2001, p. 108), cuja noção parece ser a mais adequada a nossos dias, “*os princípios gerais do direito são normas e são fontes de normas, vale dizer, são regras que se aplicam e são fontes que dão origem às regras de conduta.*” Em sentido contrário, **RICARDO NEGRÃO** (2003, p. 20): “*os princípios gerais do direito não são fonte, na medida em que não se trata de regras, mas de princípios que compõem a própria estrutura do sistema jurídico adotado pelo Direito Positivo.*”

²³ **COELHO**, 2013, p. 104.

²⁴ “*Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.*” (**BOBBIO**, 1999, p. 159).

conceitos implícitos no ordenamento jurídico postos em evidência pelos teóricos do Direito. Nos anos 1970, o *princípio* começa a ser entendido, na literatura nacional, como espécie de norma jurídica, mas é, ainda, uma concepção incipiente, encontrada apenas nas reflexões dos juristas mais vanguardistas. Nesse momento, são definidos como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração das normas, quer para elaboração de novas normas.”²⁵ Note-se que a doutrina já não restringe mais a função dos princípios à integração de normas jurídicas, ou seja, ao mero preenchimento de lacunas, mas concebe sua utilização na aplicação das normas e mesmo à orientação da atividade legislativa.²⁶

No campo do Direito Comercial, por sua vez, o tratamento dispensado aos princípios não variou muito em relação ao que foi exposto anteriormente. A inovação²⁷ mais significativa em comparação à visão dos civilistas e filósofos do direito diz respeito à identificação de princípios gerais próprios ao direito comercial²⁸, reforçando a sua autonomia em relação aos demais ramos do Direito.²⁹ Mas

²⁵ COELHO, 2015, p. 4.

²⁶ COELHO, 2013, pp. 103-105.

²⁷ Nesse sentido, “*Daí por que podem ser isolados claramente princípios existentes no direito comercial que orientam as atividades comerciais, distintos dos princípios do direito civil. Para FRANS MARTINS, o direito comercial caracteriza-se pela simplicidade de suas fórmulas, pela internacionalidade de suas regras e institutos, pela rapidez de sua aplicação, pela elasticidade de seus princípios e também pela onerosidade de suas operações, distanciando-os do civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito.*”

Podem assim ser enumerados alguns desses princípios impostos pelas exigências econômicas:

- a) *O sentido da propriedade, que no direito comercial, ao contrário do direito civil, onde ela é estática, toma um caráter dinâmico ou empresarial, já que se refere ao controle sobre os instrumentos da produção, merecendo por isso um tratamento diverso e específico;*
- b) *A proteção à aparência, tendo em vista a necessidade de dar segurança à atividade mercantil, resguardando a boa fé dos contratantes, dada a impossibilidade de se utilizarem as técnicas comuns, pela repetição incessante dos negócios;*
- c) *A tendência uniformizadora das normas destinadas às atividades econômicas, não só no âmbito nacional, para regular de maneira constantemente uniforme a série de atos praticados, como também no âmbito internacional.” (BULGARELLI, 1999, pp. 58-59).*

²⁸ “*A nosso ver não se pode qualificar os ramos do direito apenas pelo cunho técnico de suas normas ou pelo critério social do fenômeno, pois o que gera a sua classificação é a especialidade das relações a ditar a natureza das normas, que então hão de ter um cunho técnico característico. Portanto, a correspondência entre o fenômeno (conjunto de relações) e a norma (técnica específica) dá a natureza da norma e consequentemente a classificação do ramo do direito a que pertence.” (BULGARELLI, 1999, p. 57).*

mesmo essa noção de princípio ainda era extremamente rudimentar se comparada àquela que se abordará na seção II.

1.2. A sistematização clássica

A partir da evolução descrita anteriormente, é possível depreender uma mudança no enfoque dado aos princípios no ensino do Direito. Tradicionalmente, o exame dos princípios restringia-se à sua abrangência, procurando-se definir os parâmetros para delimitar sua extensão e alcance, baseando-se os estudos em casos práticos concretos.

Também havia uma preocupação muito grande com a sistematização hierárquica dos princípios no ordenamento jurídico. Nesse contexto, importava o aprofundamento não apenas do princípio jurídico que se pretendia investigar, como também a sua relação hierárquica com os demais princípios integrantes do sistema jurídico. Os princípios eram, sob esse ponto de vista, passíveis de hierarquização, como se o sistema jurídico estivesse organizado sob a forma de um grande organograma.³⁰

A partir do momento em que a doutrina nacional entra em contato com as teorias principiológicas desenvolvidas por **RONALD DWORKIN** e **ROBERT ALEXY**, e os avanços tecnológicos passam a permitir que o nosso direito, profundamente influenciado pela linha de pensamento romanística, seja influenciado pelo pensamento da *common law*, a construção de um “*organograma dos princípios*”

²⁹ Ainda nos dias atuais há quem os considere *fontes do direito*. Na visão de **MARLON TOMAZETTE** (2009, pp. 31-32) constituem princípios do Direito Comercial: simplicidade das formas, onerosidade, proteção ao crédito, cosmopolitismo. Esses princípios, contudo, são mais bem definidos por **RUBENS REQUIÃO** (2012, p. 57) como *características* do direito comercial, a justificar a sua autonomia em relação ao Direito Civil.

³⁰ Ver, nesse sentido, **FERRAZ JÚNIOR**, 2003, p. 228.

deixa de ser a principal preocupação da comunidade jurídica, dando lugar à análise dos conflitos normativos entre regras e princípios e entre princípios.³¹

No entanto, mesmo com a influência das teorias de **RONALD DWORKIN** e **ROBERT ALEXY**, os juristas brasileiros optaram por manter a classificação dos princípios segundo a sistematização clássica – e essa postura tem uma razão de ser. A classificação ainda é relevante ao nosso sistema jurídico, no qual a solução de conflitos normativos passa necessariamente pelo enfrentamento das regras tradicionais de integração e de solução de antinomias.³² Ou seja, em se tratando de conflitos entre regras e princípios ou em um conflito entre dois princípios, é próprio ao raciocínio jurídico brasileiro chegar a uma resolução que perpassasse os critérios de solução de antinomias³³ presentes no ordenamento jurídico pátrio – critérios esses que foram organizados segundo a lógica da sistematização clássica.

FÁBIO ULHOA COELHO classifica os princípios do Direito Comercial segundo os critérios da *hierarquia*, *abrangência* ou *positivação*. Segundo o critério da *hierarquia*, os princípios podem ser *constitucionais* ou *legais*.³⁴ Constitucionais são os princípios enunciados pela Constituição Federal; legais são os previstos na norma infraconstitucional. O critério da abrangência, por sua vez, dita que os princípios podem ser *comuns* ou *específicos*. Comuns são os princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas estabelecidas no âmbito do direito comercial, ao passo que

³¹ Para uma consistente análise das colisões entre princípios e entre regras e princípios, ver **SILVA**, 2010, pp. 50-56.

³² A noção de antinomia será tratada com maior profundidade no Capítulo 3. Para os fins desta subseção, tenhamos em mente que “A ideia do conflito normativo como premissa do conceito adotado modernamente surgiu no período de consolidação de ideias políticas e jurídicas da Revolução Francesa. **JOHN GILISSEN**, quando firmou a concepção do direito como sistema, tornou imprescindível para a problemática jurídica a conceituação de antinomia em termos de profundidade. A partir do século XIX, com surgimento do constitucionalismo, a ideia de sobreposição de uma norma sobre outra ganha outro aspecto, além da temporalidade, a vinculariedade com a Constituição” (**BOAVENTURA**, 2007, p. 6).

³³ Os critérios reconhecidos pela doutrina brasileira para a solução de antinomias são: o hierárquico (*lex posterior derogat legi inferiori*), o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e o de especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Para um aprofundamento deste tópico, ver **BOAVENTURA**, 2007; **DINIZ**, 2009, p. 40; **CARVALHO**, 2008; **BOBBIO**, 1999, pp. 71-74, 92. Ver também **NEVES**, 2013, pp. 107-108.

³⁴ **COELHO**, 2014, pp. 63-64.

“específicos” são os destinados à disciplina de relações regidas por determinados ramos da disciplina, tais como o direito societário, cambiário ou falimentar. Por fim, de acordo com o critério de posituação, os princípios podem ser *explícitos* ou *implícitos*, sendo estes princípios cujos enunciados são concluídos a partir dos dispositivos vigentes e, aqueles, os princípios positivados, enunciados expressamente pelo constituinte ou pelo legislador.

1.3. As contribuições de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY³⁵

É a partir da inovação teórica no campo principiológico, conduzida principalmente por **RONALD DWORKIN** e **ROBERT ALEXY**, que se percebe uma mudança significativa da doutrina brasileira na sua concepção de princípios. O tema será abordado a seguir, quando se tratar da sua influência no direito brasileiro.

A mudança mais significativa recaiu sobre o foco do estudo. Se, antes, a preocupação contemplava principalmente a sistematização e hierarquização (verticalização) dos princípios para a solução de conflitos normativos, é a influência dos jusfilósofos estrangeiros que conduziu à preocupação voltada para a construção de juízos de valor (horizontalização).

Com a consolidação do entendimento de que princípio é espécie de norma, independentemente de sua natureza constitucional ou infraconstitucional, deixa de ser importante discutir e compreender a sua hierarquia no ordenamento jurídico. Relevante para a doutrina passa a ser o desenvolvimento de sua

³⁵ A escolha desses autores decorre da identificação, por doutrina especializada e relevante (GRAU, 2014, p. 97; NEVES, 2013, pp. 171, 184; SILVA, 2003, pp. 610), da sua influência na geração brasileira de acadêmicos que constituíram teoria e argumentação sobre princípios no país.

aplicação e conseqüentemente harmonização com as leis e demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

RONALD DWORKIN argumenta que um ordenamento jurídico é composto por normas e que essas, por sua vez, são compostas por regras e princípios.³⁶ Os princípios diferenciam-se das regras na medida em que sua aplicação prescinde da dimensão da validade, própria às regras, dependendo exclusivamente da dimensão do *peso*.³⁷ Assim, as regras ou *valem* – e são, por isso, aplicáveis integralmente –, ou *não valem* – e, como consequência, não são aplicáveis ao caso concreto. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido: na hipótese de um conflito de aplicação entre princípios diferentes, o critério de validade não é relevante. Tem prevalência o princípio que for o mais adequado para a situação em tela – ou, em outras palavras, aquele que tiver maior “peso” na solução do litígio. Nesse sentido, é importante ressaltar que o princípio que não tiver prevalência não deixa de ser válido ou de pertencer ao ordenamento jurídico; ele apenas não teve peso suficiente para contribuir de forma decisiva para aquele caso concreto.

ROBERT ALEXY parte de um pressuposto semelhante ao de **RONALD DWORKIN**: o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa e não de grau. Sua principal contribuição foi precisar algumas

³⁶ “Para ele [**RONALD DWORKIN**] as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.” (ÁVILA, 2014, p. 28).

³⁷ “Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa ideia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis (...).” (SILVA, 2010, pp. 44-45).

premissas básicas dessa ideia e, principalmente, desenvolver a ideia de princípios como mandamentos de otimização.³⁸

Segundo **ROBERT ALEXY**, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado da melhor forma possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas presentes.³⁹ É por isso que ele os intitula “mandamentos de otimização.” Importante, nesse ponto, é reforçar a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela noção de *colisão* entre princípios, que deve ser solucionada de forma satisfatória pelo juiz – a partir de um só pesamento adequado ao caso específico –, a fim de que se possa chegar a um resultado ótimo.

O autor reforça que alcançar um resultado ótimo implica, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, e é por isso que a teoria principiológica determina que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, ou seja, categorias passíveis de sofrer restrições quando do sopesamento de princípios colidentes.⁴⁰ Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara: as regras, ao contrário dos princípios, expressam direitos e deveres definitivos – ou seja, se uma regra é válida, a sua aplicação deve ser realizada de forma integral, sem restrições. No caso dos princípios, o grau de realização pode variar.⁴¹

³⁸ Nesse sentido, “*O elemento central da teoria dos princípios de ALEXY é a definição de princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.*” (SILVA, 2010, p. 46). Ver também ÁVILA, 2014, p. 28.

³⁹ ÁVILA, 2014, pp. 28-29.

⁴⁰ Nesse sentido, “*O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos prima facie.*”

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto (...). No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial.” (SILVA, 2010, p. 45).

⁴¹ SILVA, 2003, pp. 609-610.

Contrapõem-nos às regras, vendo nos princípios uma dimensão inexistente nestas: o peso. Quando duas regras estão em situação de conflito, a superação do problema é feita a partir do critério da validade – uma delas será inválida, em decorrência do seu caráter de anterioridade, generalidade ou inferioridade. De outro lado, a colisão entre dois princípios resulta em um problema solucionável de modo diverso: prestigiar-se-á o princípio de maior peso, mais adequado ao caso em análise, permanecendo com sua validade intacta, no entanto, o preterido.

FÁBIO ULHOA COELHO, ao cotejar as teorias de **RONALD DWORKIN** e **ROBERT ALEXY** afirma que o primeiro municia a instrumentalização dos princípios como forma de desapego à lei, enquanto o segundo produz argumentos que visam ao apego à lei. A sua teoria dos princípios deixa claro que ele os considera como espécie de normas jurídicas.⁴²

ROBERT ALEXY acompanha **RONALD DWORKIN** na caracterização das regras como normas que se aplicam segundo a lógica do tudo-ou-nada, e a repercussão no tocante ao conflito e à dimensão do peso dos princípios, sendo estes pontos comuns das duas abordagens. Mas não é apenas ao considerar os princípios como normas que **ROBERT ALEXY** colabora para a construção de argumento de apego à lei. Sua principal contribuição se encontra no aprofundamento da definição de princípios, apresentados como *mandamentos de otimização*.

Assim definidos, os *mandamentos* são normas não sujeitas à lógica do tudo ou nada, característica das regras. Por esta lógica, se certa norma é factualmente pertinente e válida, deve ser aplicada; se não é, não tem cabimento sua incidência. Os princípios, por sua vez, são aplicáveis na maior extensão possível, ou seja, “*dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.*” Assim, o princípio deve ser aplicado na medida em que não encontra barreiras fáticas ou jurídicas.

⁴² **COELHO**, 2013, p. 107.

A sutileza argumentativa expressa-se assim, a rigor, na “*barreira jurídica*”, isto é, nas condições jurídicas que limitam a otimização da extensão do “*âmbito das possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras colidentes.*” Vale dizer, havendo regra específica aplicável a determinado fato, ela *impede* a aplicação dos princípios.

1.4. Influência no Direito Brasileiro

*Como já tive a oportunidade de discutir em outra ocasião, a distinção entre regras e princípios, na forma como desenvolvida por Robert Alexy, não é sempre compatível com as definições usuais desses conceitos na doutrina brasileira (...).*⁴³

*No final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios, uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras.*⁴⁴

O uso desmedido de princípios denunciado por **MARCELO NEVES** na passagem citada anteriormente foi o que desencadeou, nos últimos anos, o preconceito generalizado em relação aos princípios, tanto na doutrina quanto entre os operadores do direito. Os princípios têm sido vistos, no âmbito da nossa cultura jurídica, como instrumentos de flexibilização das regras e, mais ainda, como instrumentos de banalização da lei. Trazidos para um campo notadamente conservador e de apego ao caráter normativo do texto legal, os princípios foram abordados com entusiasmo por filósofos do direito inspirados em autores estrangeiros ou com

⁴³ **SILVA**, 2011, p. 29.

⁴⁴ **NEVES**, 2013, p. 171.

desconfiança pelos operadores do direito acostumados a lidar com o ordenamento jurídico pátrio. Parece haver uma verdadeira ruptura entre a potencialidade propagandeada por juristas como **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**, **MARCELO NEVES** e **HUMBERTO ÁVILA** e a realidade caótica que envolve a utilização de princípios como justificativa para as mais diversas demandas e as mais diversas decisões judiciais, muitas vezes contraditórias entre si e disruptivas, em última instância, da segurança jurídica essencial ao bom funcionamento do sistema.

Entre os entusiastas da utilização dos instrumentos principiológicos tal como preconizada por **RONALD DWORKIN** e **ROBERT ALEXY**, **HUMBERTO ÁVILA**⁴⁵ introduz sua concepção própria de princípios e discorda de **ROBERT ALEXY** em sua noção de princípios enquanto *mandamentos de otimização*.⁴⁶ Nesse sentido, sustenta que a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no *grau de abstração*, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. Ambos os institutos se assemelham, na medida em que tanto as regras quanto os princípios estão sujeitos a um processo interpretativo comum que difere de uma

⁴⁵ **ÁVILA**, 2014, pp. 30-31. Ver também **ÁVILA**, 2001, p. 15.

⁴⁶ “**HUMBERTO ÁVILA** rejeita (...) a ideia de princípios como mandamentos de otimização, pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados ‘na máxima medida’. Para demonstrar sua Tese, **BERGMANN ÁVILA** sugere que as colisões entre princípios sejam classificadas em quatro categorias distintas:

- (1) A realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, não haveria que se falar em máxima medida, mas somente em relação à medida necessária;
- (2) A realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, o problema só poderia ser solucionado com a rejeição de um dos princípios. Esse tipo de colisão seria, segundo ele, semelhante aos casos de conflito entre regras. Isso o leva a afirmar que ‘a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas ‘no todo’ e os princípios só na ‘máxima medida’. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente’;
- (3) A realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro;
- (4) A realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro.”
(**SILVA**, 2003, p. 620).

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA discorda das conclusões de **HUMBERTO ÁVILA**, atestando que “Salta aos olhos, logo de início, que apenas a segunda delas configura uma colisão de princípios. Nas outras três hipóteses, simplesmente não há colisão.” Ver **SILVA**, 2003, p. 620.

aplicação segundo o modelo “*tudo ou nada*” – discordando neste ponto também de **RONALD DWORKIN**, que introduziu o termo “*allornothing*” nesse contexto.⁴⁷

Além disso, para **HUMBERTO ÁVILA**, as regras configuram normas puramente descritivas, que se dispõem a garantir a decidibilidade e uma determinada abrangência, ao passo que os princípios constituem normas absolutamente finalísticas, que se pretendem, antes, a garantir uma complementariedade do sistema, reconhecendo sua própria parcialidade ante os demais elementos do ordenamento jurídico.⁴⁸

A partir dessa noção finalística, o autor critica também a argumentação levantada por **ROBERT ALEXY** quanto à dimensão assumida pelos princípios – “*peso*”). A seu ver, a dimensão de peso não é inerente ao princípio – não se trata de um atributo empírico. É, antes, “*a decisão que lhe atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto*” – ou seja, um “*resultado de juízo valorativo do aplicador.*”⁴⁹ Assim, **HUMBERTO ÁVILA** destaca que os princípios, por si só, não são passíveis de engendrar uma valoração em função de seu peso. A sua relevância ao mundo dos fatos será atestada caso a caso, ficando caracterizado o caráter instrumental do princípio em relação ao juiz.⁵⁰

⁴⁷ **ÁVILA**, 2001, p. 14.

⁴⁸ **ÁVILA**, 2014, p. 70. “*Há inúmeros autores que apontam para o caráter teleológico ou predominantemente finalístico dos princípios em comparação com as regras. Nessa orientação, HUMBERTO ÁVILA afirma, por exemplo, que as regras são normas imediatamente descritivas, cujo conteúdo diz respeito diretamente a ações, e os princípios são normas imediatamente finalísticas.*” (NEVES, 2013, p. 28)

⁴⁹ **ÁVILA**, 2001, p. 15.

⁵⁰ “*Nesse sentido HUMBERTO ÁVILA introduz a categoria dos ‘postulados normativos aplicativos’, definidos como metanormas ou ‘normas de segundo grau’ que estruturam a aplicação de princípios e regras, estabelecendo a vinculação entre elementos e impondo uma determinada relação entre estes. Nesses termos, distingue entre postulados inespecíficos, que ‘são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento’ (ponderação, concordância prática, proibição de excesso) e postulados específicos, cuja aplicação ‘já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios’ (igualdade, razoabilidade, proporcionalidade).*” (NEVES, 2013, p. 109).

(...) *Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.*⁵¹

A principal crítica feita ao posicionamento de **HUMBERTO ÁVILA** é traduzida de forma bastante clara por **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**. Na sua concepção, **HUMBERTO ÁVILA** não se debruça sobre a diferença entre a norma e o texto normativo – este constituindo apenas as palavras que, uma vez interpretadas pelo agente competente, constituem uma norma específica.⁵² Nesse sentido, não há que se falar na diferença entre regras e princípios em termos de função (finalística *versus* descritiva) nos termos propostos por **HUMBERTO ÁVILA**:

*A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos. É por isso que tanto as regras quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica já é subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los. Assim, “ser passível ou carente de interpretação” é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas “ser passível ou carente de sopesamento” é característica exclusiva dos princípios.*⁵³

Trata-se da primeira referência, neste trabalho, à possibilidade de colisão entre princípios, que será analisada mais detidamente nos capítulos seguintes. Por ora, é importante atentar à relevância da distinção entre o posicionamento de **HUMBERTO ÁVILA** e de **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**.

⁵¹ **ÁVILA**, 2014, p. 71.

⁵² Segundo essa distinção, de larguíssima aceitação, independente de corrente doutrinária, texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado. (**SILVA**, 2003, p. 616).

⁵³ **SILVA**, 2003, p. 617. Grifou-se.

Para **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**, que se filia à teoria de **ROBERT ALEXY**, os princípios configuram mandamentos de otimização, ou seja, parâmetros normativos que condicionam o juiz a chegar à melhor decisão possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Para **HUMBERTO ÁVILA**, no entanto, princípios diferenciam-se de regras de forma *estrutural*: enquanto regras são mais específicas, princípios são genéricos.⁵⁴

Por fim, é importante visitar a posição de **EROS ROBERTO GRAU**, para quem, categoricamente, *princípios são regras*.⁵⁵ A seu ver, ao fazer uso de um princípio ao longo do processo decisório, o juiz está, na verdade, invocando uma regra que já pertencia ao sistema jurídico antes de sua decisão. A diferença entre princípios e regras seria, assim, que estas estão escritas em algum suporte legal, ao passo que aqueles, não. Regra é *gênero* do qual os princípios constituem *espécie*.

EROS ROBERTO GRAU afirma que as decisões do juiz estão inevitavelmente vinculadas “*ao direito positivo que aplica*”⁵⁶, e justamente por isso não é necessário que os princípios sejam “*positivados*”, visto que já se encontram integrados ao sistema jurídico de que se trate, cumprindo ao intérprete exclusivamente descobri-los, em cada caso.⁵⁷

⁵⁴ **ÁVILA**, 2001, p. 5.

⁵⁵ **GRAU**, 2014, p. 98. **EROS ROBERTO GRAU** traz concepção bastante peculiar acerca da *norma*. A partir de uma diferenciação já habitual à teoria do direito entre *texto normativo* e *norma jurídica*, ele conclui que “*as normas jurídicas são produzidas, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade*.” A partir daí, tem-se que “*os textos são regras das quais os princípios configuram espécie. O intérprete, tomando-as em conjunto com a realidade, transforma-as em normas*.” (**GRAU**, 2014, p. 113). Grifos no original.

⁵⁶ **GRAU**, 2014, p. 102.

⁵⁷ **GRAU**, 2014, p. 104.

A título de conclusão, é importante lembrar que um princípio pode ser um “*mandamento nuclear do sistema*”, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não devido à sua centralidade ao sistema.

Importante notar que, nesse ponto, a noção de **ROBERT ALEXY** acaba sendo mais objetiva do que a de **RONALD DWORKIN** – o que se deve também à diferença de contexto entre os dois autores. Enquanto **ROBERT ALEXY** raciocina a partir do pensamento jurídico romano-germânico, **RONALD DWORKIN** o faz da perspectiva da *common law*.

Essa diferença nas concepções de princípio acaba trazendo consequências importantes na teoria e na prática – o que não impede que, muitas vezes, elas passem despercebidas em trabalhos acadêmicos. A estrutura tradicional da abordagem acadêmica dos princípios leva, impreterivelmente, à uma distinção preliminar entre princípios e regras a partir das teorias de **RONALD DWORKIN** e de **ROBERT ALEXY** para, em seguida, estabelecer uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções mais tradicionais.⁵⁸

Uma vez adotados os critérios propostos por **ROBERT ALEXY**, tem-se que *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando a posição adotada retoma a concepção de **ROBERT ALEXY**, a doutrina não ousa excluir esses “*mandamentos fundamentais*” da categoria dos princípios e incluí-los na categoria das regras: no Brasil, fatalmente, o valor de um princípio passou a ser maior que de uma regra – mesmo que essa vantagem esteja presente apenas no imaginário jurídico.

⁵⁸ Para um exemplo ilustrativo, ver **BARCELLOS**, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. A obra segue exatamente esse roteiro.

Nesse sentido, vale retomar argumento emblemático de **MARCELO NEVES** acerca da utilização – ou melhor, do contexto de utilização – dos princípios na prática jurídica brasileira:

A prática inconsistente rejeita as regras. Estas podem chegar a um ponto de definitividade que torna manifesto o desvio. Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. Quando funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferente), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência). Entretanto, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principalista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica. (NEVES, 2013, p. 191). Grifou-se.

Fica bastante claro, pela leitura da passagem acima, que a compreensão enviesada acerca do papel que o princípio exerce no ordenamento jurídico muda também a forma como o juiz decide, o que traz problemas estruturais ao Direito como um todo, principalmente no tocante à segurança jurídica, tal qual afirma **EROS ROBERTO GRAU**⁵⁹.

⁵⁹ GRAU, 2014.

1.5. Critérios de distinção

Aliás, algumas vezes me detenho, perplexo, indagando a mim mesmo como terá sido possível aos nossos juízes definir normas de decisão nos anos anteriores à década dos 90, quando a distinção entre princípios e regras ainda não havia sido formulada.⁶⁰

Em nenhum momento se defendeu que a diferença entre regras e princípios está na dificuldade de interpretação ou na vagueza de seus termos. A diferença, como já se viu, é estrutural, e implica deveres de estrutura diferentes e formas diferentes de aplicação. Como já salientei em outro trabalho, não é possível confundir ‘tudo-ou-nada’ ou ‘subsunção’ com ‘automatismo’ ou ‘facilidade na interpretação’.⁶¹

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, define “princípio” como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele.”⁶² Atualmente, com a evolução da doutrina, as especificidades dos princípios assumiram um caráter bastante fluido – e a noção de aplicabilidade, pelos juízes, de princípios em sua justificação tornou a questão da definição infinitamente mais complexa.

Levando em consideração as duas principais correntes doutrinárias que se optou por apresentar nesta Tese – a de **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA** e a de **HUMBERTO ÁVILA**⁶³ –, pode-se depreender dois critérios diferentes para distinguir princípio de regra.

⁶⁰ **GRAU**, 2014, p. 18.

⁶¹ **SILVA**, 2010, pp. 59-60. Grifos no original.

⁶² **SILVA**, 2010, pp. 44-45.

⁶³ A escolha se deve à influência que ambos os autores tiveram na exposição da teoria dos princípios no Brasil. Além disso, por terem entendimentos divergentes acerca da teoria exposta por **ROBERT**

A posição de **VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA** considera a diferença como sendo estrutural: regras são passíveis de controle de validade pelo juiz, ao passo que os princípios servem como mandamentos de otimização, devendo ser devidamente sopesados pelo julgador e podendo ser aplicáveis parcialmente sem que, com isso, seu valor no sistema jurídico diminua.

HUMBERTO ÁVILA, por sua vez, vê no texto que rege o princípio seu principal diferencial: a linguagem utilizada por um princípio é mais generalizante e deixa mais espaço para a discricionariedade do juiz que a regra.⁶⁴

A generalidade da estrutura dos princípios também é apontada por **EROS ROBERTO GRAU**, bem como a sua relação com os valores constituintes de um ordenamento jurídico.

*O que caracteriza os princípios é (...) (i) o seu grau de generalidade – isto é, seu caráter mais amplo e largo de generalidade – e (ii) certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo.*⁶⁵

E ainda: “(...) os critérios de identificação dos princípios encontram-se em seu alto grau de generalidade e na sua proximidade aos valores.”⁶⁶

ALEXY, há um diálogo recorrente entre eles, sendo que os argumentos apresentados são de grande valia na compreensão da principiologia como um todo, e na de **ROBERT ALEXY** em particular.

⁶⁴ No mesmo sentido, “(...) o que caracteriza os princípios como espécie de regra é (i) o seu grau de generalidade – isto é, seu caráter mais amplo e largo de generalidade – e (ii) certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, os princípios são regras de direito. Essa maior proximidade aos valores não lhes retira o caráter de regra.” (GRAU, 2014, p. 113).

⁶⁵ GRAU, 2014, p. 113.

⁶⁶ GRAU, 2014, p. 105. Grifos no original. **EROS ROBERTO GRAU** utiliza por base a obra de **ANTOINE JEMMAUD** intitulada *De lapolysémieduterme ‘principe’*

Percebe-se que estes posicionamentos se afastam daquela noção trazida por **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** no início da influência estrangeira sobre a teoria principiológica. A discussão assume, hoje, a preocupação com o potencial de utilização dos princípios no procedimento decisório dos juízes – o que não apenas traz dilemas pragmáticos na prática judicial (como aplicar, como justificar, como sopesar) como torna o caráter diferencial entre regras e princípios ainda mais evidente: os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade burocrática e técnica.

Hoje, é consenso tratar os princípios como integrantes da ordem jurídica brasileira.⁶⁷ Mais importante do que construir uma hierarquia entre espécies normativas é saber em que medida essa diferenciação atinge o juiz, o Direito e, como consequência direta disso, a segurança jurídica do sistema.

dans les langues du droit et des juristes in: **CAUDAL**, Sylvie (org.). *Les principes du droit*. Paris, Economica, 2008.

⁶⁷ A teoria geral do direito consolidou o entendimento, hoje generalizadamente aceito, de que as normas jurídicas – e assim também as normas constitucionais – podem ser classificadas, quanto à sua estrutura, em duas categorias: princípios e regras (entre os adeptos dessa distinção, destaca-se **PAULO BONAVIDES**, **EROS ROBERTO GRAU**, **LUÍS ROBERTO BARROSO**, **ROBERT ALEXY**, **RONALD DWORKIN** e **J. J. CANOTILHO**).

CAPÍTULO 2– RELAÇÃO DE TENSÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1. A questão da antinomia

*(...) a tensão entre regras é própria ao sistema jurídico.*⁶⁸

Um princípio fundamental da lógica clássica é a não contradição: nada pode existir e inexistir ao mesmo tempo, assim como nenhuma afirmação pode ser verdadeira e falsa.

A contradição entre normas jurídicas ocorre em termos de validade – se duas normas estão em contradição, uma delas terá de ser declarada inválida. Duas são as principais situações em que isso ocorre: primeiro, quando o legislador cria uma norma contrária à lei anterior e, por desconhecê-la, não prevê explicitamente sua revogação. Se um sujeito cognoscente qualquer invocar a velha norma, as autoridades competentes devem resolver o conflito. Segundo, quando uma autoridade toma uma decisão que contraria normas jurídicas de força superior. Nesse caso, não há que se falar em erro, e sim na existência de uma vontade de desrespeitar normas superiores.

Essas contradições são, na ciência do Direito, chamadas de *antinomias*. A teoria clássica identifica a existência de uma antinomia entre duas ou mais normas jurídicas quando presentes três características: (i) as normas em cheque fazem parte do mesmo ordenamento jurídico; (ii) são válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso; e (iii) revelam-se incompatíveis entre si porque “uma obriga e

⁶⁸ GRAU, 2014, p. 113.

a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e outra permite o mesmo comportamento”⁶⁹

A existência de antinomias acaba trazendo, invariavelmente, insegurança jurídica ao sistema. Isso faz com que os teóricos da ciência jurídica apresentem alternativas para sanar essas contradições, os chamados *critérios para resolução de antinomias*. Neste momento, não importa analisar as *antinomias aparentes*, que, como a própria denominação explica, não configuram, de fato, uma contradição que coloca em risco a integridade do sistema jurídico.⁷⁰ Os critérios de solução das antinomias *reais* serão apresentados na seção seguinte.

Ao se considerar princípio espécie de *norma*, depreende-se que o conceito de antinomia também lhe é aplicável. Assim, enquanto integrantes do sistema jurídico brasileiro, os princípios são passíveis de situações de contradição durante o procedimento decisório.

A diferença em relação às regras é que, no caso dos princípios, o exercício da ponderação pode levar à sua aplicação parcial à situação concreta, ao passo que a opção pela utilização de uma regra exclui imediatamente a validade da sua concorrente no caso em questão.

Se o caso concreto envolver, para o juiz, um conflito entre um ou mais princípios e uma ou mais regras, proceder-se-á à adoção de um critério que possibilite uma solução. O posicionamento que se adotar neste caso depende da convicção que se tem quanto à diferenciação (ou não) entre regra e princípio e, em caso

⁶⁹ BOBBIO, 1991, p. 86.

⁷⁰ Para uma análise detida da diferenciação entre antinomias aparentes e antinomias reais, ver FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 212.

afirmativo, qual seria a hierarquia – se existir – entre ambos os institutos. É o que será visto adiante.

2.2. Critérios de solução de conflitos

A doutrina⁷¹ enumera três critérios para a solução de antinomias *reais*, ou seja, aquelas que efetivamente manifestam duas vontades contraditórias a respeito de um mesmo assunto.

O primeiro deles é o critério da superioridade (ou critério hierárquico)⁷² que, basicamente, explora as relações de superioridade e subordinação entre as normas jurídicas de um sistema. Esse critério pressupõe a existência de uma hierarquia entre normas e a certeza de que essa hierarquia é fundada em estruturas formais previstas pelo próprio Direito. Trata-se, assim, de um critério pelo qual prepondera a norma que possuir maior formalidade dentro do sistema: uma regra constitucional, por exemplo, tem um trâmite de aprovação muito mais formal e complexo que o de uma lei estadual. A superioridade da regra constitucional está diretamente ligada à sua condição formal no ordenamento jurídico.⁷³

Em seguida, tem-se o critério cronológico (também conhecido por critério da posteridade)⁷⁴, que passa a ser necessário quando ambas as normas em conflito se encontram no mesmo patamar hierárquico dentro do sistema.

⁷¹ Ver **FERRAZ JUNIOR**, 2003, p. 214.

⁷² Também conhecido pelo brocardo em latim *lex superior derogat legi inferiori*.

⁷³ “O critério da superioridade encontra sua justificação na finalidade do ordenamento jurídico. A vontade política que impõe e mantém a Constituição como norma suprema estabelece regras de competência e de conteúdo. O legislador comum e as demais autoridades do Estado são seus mandatários. Quando decidem de forma contrária ao mandato que lhes deu o texto supremo contradizem a suprema vontade no mundo jurídico e suas normas não devem ser aplicadas.” (DIMOULIS, 2014, p. 209).

⁷⁴ Também conhecido pelo brocardo *lex posterior derogat legi priori*.

Nesta hipótese, parte-se do pressuposto de que a lei posterior é mais atual – ou seja, contém um pensamento mais condizente com a realidade do que a antiga.⁷⁵

Por fim, há o critério da especialidade⁷⁶, que é outra alternativa à disposição do julgador se as normas contrapostas possuem o mesmo valor hierárquico. Em havendo uma norma específica regulando determinada matéria, ela prevalece em relação à norma geral. O objetivo deste critério é atentar à lógica de se desenvolver um instrumento normativo por parte do legislador: se a norma geral fosse suficiente, não teria sido necessária a criação de novo instrumento à disposição do julgador.

Os critérios, vistos separadamente, podem resolver a maioria das questões envolvendo o conflito de validade entre normas. No entanto, há situações em que ocorre conflito entre os próprios critérios, ou seja, a depender do critério empregado, tem-se um ou mais resultados diferentes. Essas hipóteses são denominadas “*conflitos de segundo grau*.”

A doutrina jurídica brasileira estabelece que o critério hierárquico possui prevalência absoluta em relação aos demais. Assim, ainda que haja norma mais recente e norma específica a incidir sobre determinada situação, prevalecerá a norma hierarquicamente superior.⁷⁷ Em se tratando de um conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico – ou seja, quando as normas ocupam o mesmo patamar hierárquico dentro do sistema e os demais critérios oferecem respostas diversas entre si –, a doutrina se divide: há juristas que defendem a preponderância do critério da

⁷⁵ “(...) seria contrário à lógica considerar que a lei anterior continua valendo mesmo após uma nova manifestação de vontade do legislador sobre a mesma matéria.” (DIMOULIS, 2014, p. 210).

⁷⁶ O brocardo correspondente no latim é *lexspecialisderogatlegigenerali*.

⁷⁷ No entanto, é importante ressaltar que parte significativa da doutrina considera possível que uma norma inferior seja aplicada em detrimento de uma superior. Trata-se do argumento da *adaptabilidade* do Direito, preconizado por FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 207; DINIZ, 2005, pp. 80-81). Para esses autores, a formalidade atrelada ao critério hierárquico não deve se sobrepôr ao objetivo do Direito que é, em última instância, o de fazer Justiça.

especialidade⁷⁸ e igualmente juristas defendendo a prevalência do critério cronológico⁷⁹ (e, como sempre, há uma corrente mista, que relega ao juiz a decisão de escolher qual é, para ele, o critério a ser adotado, caso a caso⁸⁰).

A jurisprudência tem se inclinado na direção da prevalência da norma especial, mesmo que ela seja anterior.⁸¹ **DIMITRI DIMOULIS** discorda dessa inclinação, defendendo que “*a lei mais recente que está no mesmo nível hierárquico da anterior possui maior legitimidade democrática e não deve ser afastada pela anterior, mesmo sendo esta específica.*”⁸²

2.3. Conflito entre regras

Conforme já tratado, fica claro que o conflito entre regras, também chamado antinomia, configura um cenário com o qual a tecnologia jurídica já aprendeu a lidar. Teorias, doutrinas e estudos desenvolvidos ao longo dos anos garantiram que os juízes tenham à disposição o instrumental suficiente para sanar as situações de contradição que, eventualmente, possam surgir.

No tocante a esse conflito específico, é importante ter em mente que a aplicação dos critérios descritos anteriormente inviabiliza que as regras

⁷⁸ **BERGEL**, 2001, p. 195; **MASCARO**, 2007, p. 177.

⁷⁹ **BOBBIO**, 1991, p. 108; **MODUGNO**, 2000, p. 109; **DINIZ**, 2005, p. 80.

⁸⁰ **SGARBI**, 2007, p. 675; **SGARBI**, 2013, p. 158.

⁸¹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 5.344, de 1991, Relator Min. Eduardo Ribeiro; Recurso Especial 266.741 de 2002, Relator Min Felix Fischer.

⁸² **DIMOULIS**, 2014, p. 214. E continua: “*é importante destacar três pontos: Primeiro, deve ser examinada a finalidade da lei mais nova. Se for claro que o legislador não quis revogar um regulamento específico anterior, este deve permanecer em vigor. Segundo, o aplicador do direito deve levar em consideração e resguardar eventuais direitos adquiridos sob a vigência do regulamento anterior. Terceiro, desde 1998, no Brasil, a norma mais nova só revoga a anterior se a revogação for expressamente prevista na lei nova. Isso significa que, em caso de silêncio, continua vigorando a lei anterior, independentemente de seu caráter mais genérico ou mais específico em relação à norma posterior.*” (**DIMOULIS**, 2014, p. 214).

incidentes possuam validade concomitante ao caso sob julgamento. Assim, é relevante notar que o conflito entre regras fatalmente leva ao “*tudo ou nada*”, ou seja, ou uma regra é integralmente válida ao caso concreto ou ela é considerada inválida e, como consequência disso, deve ser descartada pelo juiz.

2.4. Conflito entre regras e princípios

Muito polêmica na teoria desenvolvida por **ROBERT ALEXY** é a questão de um potencial “*conflito*” entre uma regra e um princípio. A seu ver, neste caso, deverá ocorrer o *sopesamento*. “*Mas esse sopesamento, como o próprio ROBERT ALEXY sustenta, ocorre não entre a regra e o princípio colidentes, mas entre o princípio em questão e o princípio que sustenta a regra que com ele colide (...). Ora, como já mencionado, sopesamento, aqui, não é uma forma de aplicação, mas uma forma de interpretação.*”⁸³ Assim, se o juiz interpretar que determinado fato se enquadra em uma norma específica, a regra deve ser aplicada – sua estrutura permanece, portanto, intacta.

No entanto, **ROBERT ALEXY** reconhece a superioridade hierárquica da regra em relação ao princípio:

*Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras (...). É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinações alternativas com base em princípios.*⁸⁴

No mesmo sentido, **FÁBIO ULHOA COELHO** defende que a argumentação por princípios não pode ser utilizada como instrumento de

⁸³ **SILVA**, 2010, p. 59. Grifos no original.

⁸⁴ **ALEXY**, 2011, p. 140. Grifou-se.

estratégia para buscar o desapego à lei: “*Ou seja, os desapegados da lei argumentam pela prevalência do princípio sobre a regra, mesmo quando hierarquicamente equivalentes.*”⁸⁵

2.5. Colisão entre princípios

*Se, de um lado, não há a alternativa de ignorar o paradigma dos princípios, tampouco, de outro, deve-se permitir a disseminação da farra principiológica nos argumentos de direito comercial.*⁸⁶

Para **ROBERT ALEXY**, não há que se falar em *antinomias*, em se tratando do conflito entre princípios, e sim em *colisão*. Como já foi visto anteriormente, **ROBERT ALEXY** defende que os princípios se diferenciam das regras no tocante à sua aplicação – as regras são aplicadas na base do “*tudo ou nada*”, ou seja, ou são válidas a determinada situação ou são inválidas, não há que se falar em aplicação *parcial* de uma regra –, sendo que os princípios são aplicados com base no mandamento da *otimização*, ou seja, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Portanto, é admissível a aplicação *parcial* de um ou mais princípios ao caso concreto.⁸⁷

⁸⁵ **COELHO**, 2013, p. 107. No mesmo sentido, defendendo a primazia da regra sobre o princípio, **ÁVILA**, 2014, pp. 112-113 e **SILVA**, 2010, p. 52. Para **EROS ROBERTO GRAU**, em posicionamento bastante particular, como visto na seção anterior, princípio é regra, ou seja, ao fim e ao cabo prepondera a atividade decisória do juiz.

⁸⁶ **COELHO**, 2013, p. 111. Grifo no original.

⁸⁷ Nesse sentido, “*As normas conflitantes são de nível constitucional, foram promulgadas no mesmo dia e não podem ser classificadas conforme o critério da especialidade, já que tratam de assuntos diferentes. Por tal razão, a antinomia não pode ser resolvida com os critérios geralmente aplicáveis.*

Isso ocorre quase sempre nos conflitos entre direitos fundamentais ou entre normas constitucionais de baixa densidade normativa (“princípios”). O aplicador do direito deve resolver a antinomia analisando os interesses que entram em contradição. Em vez de afastar a aplicação de uma das normas, como acontece nas demais antinomias, deve tentar, na medida do possível, a harmonização. O aplicador deve otimizar todos os direitos ou princípios, sabendo que todos merecem a mesma proteção e nenhum pode ser sacrificado em prol do outro.” (**ALEXY**, 1994, p. 162). A esse respeito, **DIMITRI DIMOULIS** ressalta que “*A principal ferramenta para realizar a harmonização em casos de antinomias é a proporcionalidade (...). Examina-se, notadamente, se a limitação feita em um direito ou princípio*

Para **ROBERT ALEXY**, cada caso concreto levará a uma ponderação única, adstrita àquela situação jurídica: um princípio que sempre obtenha prevalência em detrimento dos demais deixa de ser princípio e pode passar a ser considerado regra.

*(...) em Alexy, a ponderação, tanto no caso de princípios quanto de regras incompletas, seria o elemento decisivo na argumentação destinada a construir a regra (completa) como razão definitiva para a norma concreta de solução do caso.*⁸⁸

Nos próximos capítulos, o entrecruzamento dos princípios – a colisão – será analisado sob a ótica da teoria de **ROBERT ALEXY**.

para preservar um outro direito ou princípio é: adequada (permite alcançar a finalidade proposta) e necessária (não há um outro meio que permita alcançar a mesma finalidade, limitando menos o direito fundamental ou o princípio.” (DIMOULIS, 2014, p. 216).

⁸⁸ **NEVES**, 2013, p. 186.

PARTE II

PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO

O direito comercial manteve-se alheio a esta mudança de paradigma. Na literatura comercialista não se encontram a enunciação, estudo e aprofundamento dos princípios próprios deste ramo jurídico, ao contrário do que tem sido visto com frequência crescente, desde o último quarto do século passado, nas outras disciplinas. Aparentemente, não se funda a resistência em alguma sorte de aversão à argumentação por princípios; parece, na verdade, que os comercialistas apenas não prestaram a mesma atenção, de seus colegas de outras áreas, ao que acontecia no direito brasileiro.⁸⁹ Grifou-se.

Antes de adentrar à segunda parte desta Tese, convém retomar, ainda que em breves linhas, os ensinamentos de **FÁBIO ULHOA COELHO**, precursor do movimento de recomposição dos valores fundamentais do Direito Comercial e da identificação dos princípios atinentes à disciplina.

Segundo classificação proposta por **FÁBIO ULHOA COELHO**, os princípios do Direito Comercial – do qual o Direito Societário é sub-ramo – podem ser divididos segundo três critérios: hierarquia, abrangência ou positividade.

Pelo critério da hierarquia, os princípios podem ser *constitucionais* ou *legais*. No primeiro caso, trata-se daqueles princípios positivados na

⁸⁹ **COELHO**, 2013, p. 105.

própria Constituição Federal brasileira⁹⁰; no segundo, a enunciação se encontra em lei ordinária.⁹¹

No tocante à abrangência, os princípios podem ser *gerais* ou *especiais*. Na primeira categoria, encontram-se os princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas regidas pelo Direito Comercial, ao passo que a segunda reúne os destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos da disciplina, como é o caso do Direito Societário, Cambiário, Falimentar, entre outros.

Assim, em se tratando da categoria dos princípios especiais, faz-se referência àqueles aplicáveis apenas a determinados ramos do Direito Comercial, como é o caso do Princípio Majoritário das Deliberações Sociais, que incide apenas nas relações regidas pelo Direito Societário.

Levando-se em consideração a aplicação desta distinção na prática, **FÁBIO ULHOA COELHO**, em sua minuta de Código Comercial⁹², considera princípios gerais ao Direito Societário a liberdade de iniciativa (inserindo-se aqui a preponderância da empresa privada no sistema econômico, o lucro como o principal incentivo à atividade empresarial e a importância da proteção jurídica ao investimento privado), a liberdade de competição e a função social da empresa.⁹³

⁹⁰ A liberdade de iniciativa é exemplo de princípio constitucional, consoante o disposto no *caput* do art. 170.

⁹¹ O princípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, por exemplo, por ocasião da cobrança de obrigação cambiária, está previsto no art. 916 do Código Civil.

⁹² Projetada na obra “*O Futuro do Direito Comercial*” (COELHO, 2011).

⁹³ Ver, para mais informações, COELHO, 2011, pp. 15 e seguintes. O Projeto de Lei nº 1.572 de 2011, por sua vez, enumera no Título I como princípios gerais o princípio da *Liberdade de Iniciativa*, a *Liberdade de Competição* e a *Função Social da Empresa*.

Por fim, os princípios podem ser, em função da posituação, *explícitos* (diretos ou positivados) ou *implícitos* (indiretos ou não positivados).⁹⁴

A seguir, pretende-se enunciar e justificar os princípios aplicáveis ao Direito Societário – contribuindo para seu desenvolvimento, para uma aplicação mais eficiente dos seus preceitos e, principalmente, para a manutenção da segurança jurídica.

A escolha dos princípios aqui tratados adotou como critério o rol desenvolvido por **FÁBIO ULHOA COELHO**⁹⁵ e os dispositivos constantes nos artigos 4º a 8º, e 113 do Projeto de Lei nº 1.572 de 2011⁹⁶.

⁹⁴ **COELHO**, 2014a, p. 26.

⁹⁵ **COELHO**, 2014a, pp. 27-59.

⁹⁶ “Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código:

I – Liberdade de iniciativa;

II – Liberdade de competição; e

III – Função social da empresa

Art. 5º. Decorre do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento por este Código:

I - da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos;

II - do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;

III - da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica liberada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, à criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores e desenvolvimento econômico do país; e

IV - da empresa privada como importante pólo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentador de riqueza local, regional, nacional e global.

Art. 6º. No âmbito deste Código, a liberdade de iniciativa e de competição é protegida mediante a coibição da concorrência desleal e de condutas parasitárias.

Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Art. 8º. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei.

Art. 113. São princípios do direito comercial societário:

I – liberdade de associação

II – autonomia patrimonial da sociedade empresária

III – subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

3.1. A Liberdade de Associação é aplicável ao Direito Societário?

O Princípio da Liberdade de Associação costuma ser o primeiro princípio relativo à prática empresarial enumerado nos manuais de Direito Societário.⁹⁷ Sua previsão legal está consagrada no artigo 5º, incisos XVII e XX, da Constituição Federal de 1988.⁹⁸ O que se pretende demonstrar neste Capítulo é que o Princípio da Liberdade de Associação não tem por escopo o Direito Societário, tampouco se aplica a este ramo do direito brasileiro.

A doutrina tradicional do Direito Societário tem ensinado o contrário do que se pretende demonstrar. **FÁBIO ULHOA COELHO**⁹⁹ assevera que, muito embora o legislador não tivesse em mente as sociedades empresárias como principal objeto de preocupação, o princípio é aplicável ao Direito Societário, com alguns contornos específicos que se refletem, principalmente, no direito de retirada¹⁰⁰. A

IV – limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais como proteção do investimento

V – prevalência da vontade ou entendimento da maioria nas deliberações sociais

VI – proteção aos sócios minoritários.”

⁹⁷ **COELHO**, 2014a, pp. 76 e seguintes; **CALÇAS**, 2003, p. 127

⁹⁸ “Art. 5º (...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (...)

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; (...).”

⁹⁹ **COELHO**, 2014a, pp. 76-77.

¹⁰⁰ Nesta Tese, *direito de retirada* está sendo empregada como expressão sinônima de *direito de recesso*, para se referir às diversas hipóteses de desligamento da sociedade por meio de declaração unilateral de vontade do sócio ou acionista. Essa denominação, aliás, foi a mesma adotada por **FÁBIO ULHOA COELHO** (2014b, p. 310). O mesmo autor noticia que outros doutrinadores consideram útil distinguir os dois conceitos, tratando como *direito de recesso* apenas o desligamento motivado (dissidência em relação a alteração do objeto social da companhia, por exemplo) e como *direito de retirada* o desligamento imotivado (que não tem lugar nas sociedades anônimas, apenas nas limitadas não sujeita à regência supletiva da Lei das S/A). **LUIZ ANTÔNIO DE ALMEIDA ALVARENGA** distingue o direito de retirada da sociedade limitada com prazo de duração indeterminado, que independe

seu ver, em se tratando de sociedades empresárias, apesar de o Princípio da Liberdade de Associação ser aplicável, o direito de retirada só pode ser exercido sob determinadas condições estabelecidas na legislação societária.

Assim, nas sociedades limitadas com prazo determinado, o sócio é obrigado a permanecer investindo recursos na sociedade (na medida da quota subscrita e integralizada) durante o tempo acordado no contrato social. Isto porque, ao assinar o contrato social no qual constava cláusula determinando o prazo de duração, o sócio manifestou sua concordância em permanecer associado durante o tempo fixado no instrumento de constituição da sociedade. O sócio, neste caso, renunciou ao exercício, durante certo período, do direito constitucional de livremente dissociar-se.

Nas sociedades limitadas com prazo indeterminado de duração, o sócio pode retirar-se a qualquer tempo¹⁰¹, exigindo reembolso do capital por ele investido.¹⁰²

Já no que se refere às sociedades por ações, na visão de **FÁBIO ULHOA COELHO**¹⁰³, mesmo em se tratando de sociedade por prazo indeterminado, o acionista não pode exigir o reembolso do seu capital – o que representa uma imposição de desinvestimento à companhia – por simples vontade de não mais permanecer sócio. Neste caso, o legislador claramente estabelece a importância superior da empresa em relação ao sócio dissidente: nenhum direito é absoluto e, em se tratando de prejuízo à sociedade, o exercício da liberdade constitucional é limitado.

de justificativa, do de retirada por dissidência, cabível nas hipóteses de modificação de contrato social, fusão da sociedade, incorporação de outra ou dela por outra (ALVARENGA, 2004, pp. 94-102).

¹⁰¹ Código Civil, artigo 1029.

¹⁰² Na retirada de sócio ou acionista, o direito ao recebimento do crédito correspondente ao capital investido denomina-se *reembolso*.

¹⁰³ **COELHO**, 2014a, p. 78.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS¹⁰⁴

também trata o direito de retirada como desdobramento do Princípio da Liberdade de Associação. Na sua concepção, a Liberdade de Associação constitui garantia individual que pode ser aferida tanto do ponto de vista positivo quanto negativo, isto é, ao direito de associar-se livremente corresponde, em contrapartida, o direito dos associados de se desligarem livremente das associações ou sociedades das quais participem. Não há, portanto, que se falar em um sem se admitir a existência do outro. A liberdade de associação seria condição para o direito de retirada, e o direito de retirada seria consequência da liberdade de associação.

Outra, contudo, é a posição que ora se adota.

3.2. Distinção entre Associação e Sociedade Empresária

Existe uma clara distinção entre *associação* (termo utilizado nos incisos retratados da Constituição Federal) e *sociedade empresária*. Embora tanto na primeira quanto na segunda, pessoas com objetivos comuns unam esforços para alcançá-los, a espécie de pessoa jurídica varia de acordo com a natureza do objetivo perseguido. Assim, enquanto na associação a união de esforços recai sobre finalidades de natureza *não econômica* (culturais, filantrópicas, etc.), nas sociedades explora-se uma *atividade econômica*.

Na lição de **RUBENS REQUIÃO**¹⁰⁵, “(...) pensamos que dos textos da lei se pode estabelecer uma exata nomenclatura, destinado ao uso da palavra *associação* para as sociedades de fins não econômicos.” E prossegue: “Nessa

¹⁰⁴ CALÇAS, 2003, p. 127.

¹⁰⁵ REQUIÃO, 2012, pp. 436-437. Grifou-se.

ordem de pensamento destinaríamos a palavra sociedade para designar a entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos.”

Segundo o artigo 53 do Código Civil, “*constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos*”, ao passo em que, consoante o disposto no artigo 981 do mesmo diploma legal, “*celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*”

Daí a afirmação de que o conceito de associação é juridicamente distinto do de sociedade empresária, uma vez que esta última tem por objeto a exploração de atividade econômica e o lucro, ao passo que as associações são pessoas jurídicas sem fins econômicos.

Ora, a existência de dispositivo constitucional dispondo que “*ninguém é obrigado a associar-se ou permanecer associado*”, por si só, não torna aplicável ao Direito Societário o Princípio da Liberdade de Associação.

Associar-se não é tornar-se sócio, embora, como já foi dito, tanto na associação quanto na sociedade pessoas com objetivos comuns unem seus esforços para alcançá-los. Os direitos e obrigações decorrentes de uma e outra relação jurídica são distintos, assim como a consequência do seu desfazimento.

Na associação, a relação entre o associado e a pessoa jurídica tem natureza bilateral, ou seja, gera direitos e obrigações apenas entre estas duas partes. Consoante o disposto no artigo 53, parágrafo único, do Código Civil, não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocas. Nestas condições, e também

pelo fato de a associação não ter fins econômicos, a desvinculação do associado gera consequências jurídicas muito menos danosas à pessoa jurídica e aos demais associados do que a retirada do sócio da sociedade. Daí a lei ampliar ao máximo o direito de ingresso e retirada do associado, sem impor limitações ao seu exercício.

ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO afirma que, em decorrência do artigo 61 do Código Civil¹⁰⁶, o desligamento de um associado filiado a uma associação não lhe assegura qualquer direito patrimonial. Sendo assim, a extensão da aplicação do Princípio da Liberdade de Associação ao Direito Societário levaria ao entendimento de que ele asseguraria não o direito de recesso ou de retirada, mas de renúncia à qualidade de sócio.¹⁰⁷

Por outro lado, a relação jurídica entre os sócios de uma sociedade tem natureza plurilateral¹⁰⁸, na medida em que gera direitos e obrigações aos sócios entre si e perante a sociedade. O sócio que dela se desvincula deixa de contribuir para a sociedade não só com o capital investido, mas com os demais deveres que adquire ao subscrever o capital social, entre os quais o de colaboração. A retirada do sócio implica a descapitalização da empresa em razão do direito de reembolso que lhe assiste. Por esta razão, a lei dispõe expressamente as hipóteses em que é facultado ao sócio retirar-se unilateralmente. Afora estas situações, que serão tratadas no Capítulo 5, o sócio não dispõe do direito de recesso.

Consequentemente, pode-se afirmar que o Direito Societário está muito mais próximo do Princípio da Liberdade de Iniciativa e do Princípio da Legalidade, também previstos na Constituição Federal, e de cujos reflexos

¹⁰⁶ “Art. 61 Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.”

¹⁰⁷ **GONÇALVES NETO**, 2014, pp. 38-39.

¹⁰⁸ **ASCARELLI**, 1947, pp. 156-157.

na legislação comercial se tratará nas seções seguintes, do que do Princípio da Liberdade de Associação.

Alíás, considerando-se o Princípio da Liberdade de Associação aplicável ao Direito Societário, seria imperioso admitir-se que a legislação infraconstitucional que regulamenta e limita o direito de retirada a determinadas hipóteses (que serão tratadas oportunamente) é inconstitucional.

Ainda que se afirme que o Princípio da Liberdade de Associação é aplicável ao Direito Societário com contornos específicos quando diz respeito às sociedades empresárias,¹⁰⁹ contornos estes prevalescentes em decorrência da superioridade da regra em relação ao princípio, se a associação é livre, e essa liberdade é constitucionalmente prevista, não há como se escapar da consequência lógica de que as regras limitadoras da entrada e saída do sócio são *inconstitucionais*.

EROS ROBERTO GRAU é enfático ao afirmar que a Constituição não pode ser interpretada “*em tiras, em pedaços*”. Na sua concepção, “*Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.*”¹¹⁰ Assim, o artigo 5º traz, no grupo de incisos dentro do qual se encontram os que fazem referência ao direito de associar-se, os direitos referentes à proteção do cidadão em face do Estado.¹¹¹ A disciplina da atividade econômica encontra-se, por sua vez, em outra seção da Constituição Federal, a saber, nos preceitos da Ordem Econômica e Financeira, entre os artigos 170 e 181 da Constituição brasileira. Se o legislador constitucional pretendesse incluir a sociedade como objetivo da “*liberdade de associação*”, o dispositivo certamente estaria incluído na seção correspondente à atividade empresarial, e não naquela que garante as liberdades do cidadão.

¹⁰⁹ **COELHO**, 2014a, p. 77

¹¹⁰ **GRAU**, 1991, p 181.

¹¹¹ Para uma reconstrução histórica da influência francesa sobre os dispositivos mencionados, ver **GONÇALVES NETO**, 2014, p. 35.

Ademais, sob a ótica da Constituição Federal, sempre que o legislador quis se referir à sociedade, empregou os termos ‘sociedade’, ‘empresa’ ou ‘companhia’, e não ‘associação’ – o que reforça ainda mais o argumento de que o termo ‘associação’, previsto no inciso XX do art. 5º da Constituição, não se refere à sociedade.¹¹²

Pondera-se que em momento algum se está a afirmar que o sócio de sociedade empresária não é tutelado pelo direito de retirada – o que poderia ser consequência lógica da inaplicabilidade do Princípio da Liberdade de Associação à prática empresarial.

No entanto, o direito de retirada encontra respaldo mais adequado se encarado pelo viés do Princípio da Legalidade, segundo o qual “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.*” A permanência na qualidade de sócio, portanto, só seria obrigatória em função de uma norma que assim o estabelecesse. Tanto é assim que a lei define as hipóteses em que o sócio ou acionista poderá exercer o direito de retirada.¹¹³

As limitações legais ao exercício do direito de retirada da sociedade empresária têm uma razão de ser. Suas consequências são absolutamente distintas da desvinculação de um associado de sua respectiva associação. Em se tratando das sociedades anônimas abertas, por exemplo, a retirada de um sócio repercute não só

¹¹² MARQUES *apud* GONÇALVES NETO, 2014, p. 37.

¹¹³ É relevante ter em mente a diferença entre os direitos patrimoniais do sócio e o direito de participação do sócio na sociedade. Nas hipóteses em que a lei não prevê a possibilidade de retirada por parte do sócio, ele poderá abdicar de sua posição na empresa por meio da alienação de sua participação societária, ou seja, por meio da venda de ações ou quotas. A alienação, aliás, constitui exercício do direito de *propriedade*, do qual se abstrai o direito de uso, gozo e fruição, e não tem qualquer relação com o direito de dissociar-se.

no patrimônio da sociedade, como no seu potencial de captação de recursos junto ao mercado de capitais.¹¹⁴

Sendo assim, tanto do ponto de vista da natureza jurídica quanto do objeto social, associação e sociedade empresária são figuras completamente distintas. E, justamente em razão dessa distinção, não é possível a interpretação extensiva do artigo 5º, incisos XVII e XIX da Constituição Federal, para aplicá-los às sociedades empresárias.¹¹⁵

Nesse sentido,

[e]sse enunciado está inserido no texto constitucional que trata da liberdade de associação, delimitado pelos incisos XVII a XXI desse mesmo artigo, o qual, como sabido, não diz respeito minimamente ao exercício da atividade econômica, do qual se ocupa a Constituição nos arts. 170 e ss., que tratam da ordem econômica e financeira em nosso País.¹¹⁶

Portanto, se os dispositivos constantes do artigo 5º, incisos XVII e XX fossem retirados do ordenamento jurídico, ainda assim o direito de ingresso

¹¹⁴ Sobre a preponderância do interesse social sobre o interesse individual do sócio, ver GONÇALVES NETO, 2014, pp. 11-12 e 27-28.

¹¹⁵ “(...) o norte da atividade econômica não está aí, mas nos preceitos que enformam a Ordem Econômica e Financeira (Constituição Federal, artigos 170-181), fundamentada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa para assegurar a todos existência digna, de conformidade os ditames da justiça social e observados, dentre outros, os princípios da **função social da propriedade**, da **livre concorrência**, da **redução das desigualdades** e da **busca do pleno emprego**, os quais, com a devida licença, não se compadecem com a ideia de conferir a um sócio, sem qualquer respaldo jurídico, o poder individual e egoístico de retirar-se quando bem entender da sociedade a que pertence, causando-lhe uma descapitalização capaz de comprometer, tanto a competitividade da empresa no mercado, como os valores sociais que daí decorrem.” (GONÇALVES NETO, 2014, pp. 37-38). Grifos no original.

¹¹⁶ GONÇALVES NETO, 2014, p. 35. Grifo no original.

e retirada do sócio na sociedade empresária estaria tutelado pela legislação pátria, como se demonstrará a seguir.¹¹⁷

Assim é que se defende que o Princípio da Liberdade de Associação não é aplicável ao Direito Comercial e, por isso, não se procederá, neste Capítulo, à análise das eventuais relações de tensão existentes entre este princípio e outros dispositivos legais.

Primeiro, porque sua disciplina nem sempre existiu no ordenamento jurídico brasileiro – o que não impediu o surgimento da iniciativa empresarial nem a restringiu de qualquer forma.

Em segundo lugar porque, mesmo se esse princípio fosse, de fato, retirado do ordenamento jurídico brasileiro, ainda assim seria possível constituir ou ingressar em sociedades empresárias – com base na liberdade de iniciativa econômica – e retirar-se delas – com base no Princípio da Legalidade.

Em terceiro porque, se levada à última consequência, a argumentação de que o Princípio da Liberdade de Associação encontra respaldo na Constituição Federal estaria em franco desacordo com as regras que regulam a entrada e saída de sócios na empresa. Se a associação é livre, e essa liberdade é constitucionalmente prevista, não há como se escapar da consequência lógica de que as regras referentes à entrada e saída são *inconstitucionais*.

¹¹⁷ O ingresso na sociedade empresária continuaria assegurada pelo Princípio da Liberdade de Iniciativa. A saída, por sua vez, tem tratamento diverso se no tocante a uma sociedade de responsabilidade limitada (e, aqui, há ainda tratamento específico para o caso de sociedade limitada por prazo determinado ou por prazo indeterminado; Código Civil, artigo 1029) ou se no tocante a sociedade anônima (Lei das S.A., artigo 197).

Conforme será demonstrado adiante, os princípios da Liberdade de Iniciativa e da Legalidade se aproximam muito mais do propósito finalístico atribuído ao Princípio da Liberdade de Associação.

CAPITULO 4 – PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA

*Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação. Se, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa tarefa.*¹¹⁸

A liberdade de iniciativa constitui elemento essencial do capitalismo, tanto do ponto de vista da ideologia quanto do modo de produção. Em outras palavras, o capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa seja assegurada.

A história revela que, nas épocas e lugares em que o Estado capitalista restringiu seriamente esta liberdade econômica em prol de medidas protecionistas de determinadas atividades, o resultado foi, a longo prazo, desastroso.¹¹⁹

Em verdade, o âmbito do intervencionismo estatal tem sido, desde o último quarto do século passado, altamente revisto pelos Estados, em seus ordenamentos jurídicos internos. Não há dúvidas de que o Estado mínimo gerou um progresso econômico acentuado, além da valorização do indivíduo. Mas, em contrapartida, trouxe consigo o surgimento do *ultra individualismoe* das injustiças sociais, geradas pelo impedimento do Estado em proteger os menos favorecidos¹²⁰.

¹¹⁸ COELHO, 2012b, p. 49.

¹¹⁹ COELHO, 2012a, p. 28.

¹²⁰ DALLARI, 1993, pp. 234-235.

Na esfera jurídica, os fatores que intervêm na produção de leis e normas advêm do estágio de evolução das forças produtivas e das nuances da luta de classes¹²¹, razões eminentemente econômicas.

Evidentemente, a ideologia neoliberal não remonta, e nem poderia, os ideais de **ADAM SMITH** e **DAVID RICARDO**, mas reafirma a crença no mercado como regulador das atividades econômicas. As empresas não mantêm departamentos de pesquisa e desenvolvimento senão pelo desejo de crescimento econômico, objetivo final da racionalização do trabalho e da inovação tecnológica. E é com esse mesmo objetivo que elas são levadas a reunir esforços para buscar a otimização da produção, melhorando as condições de seu produto, diminuindo seu custo e se modernizando.

Uma vez consagrado o modo de produção capitalista, surgem, de um lado, os mecanismos jurídicos correspondentes para incentivar e proteger a iniciativa privada e o direito de empreender; de outro, as normas de ordem pública que visam relativizar a liberdade de iniciativa, harmonizando-a com os demais princípios e interesses consagrados na chamada “Constituição Econômica”¹²².

¹²¹ **COELHO**, 1992, pp. 3-4.

FÁBIO ULHOA COELHO desdobra o Princípio da Liberdade de Iniciativa no reconhecimento de quatro condições para o funcionamento eficiente do modo de produção, a saber: (i) afirmação da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades e querências de cada um e de todos; (ii) o lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada; (iii) a importância da proteção jurídica ao investimento privado; (iv) o reconhecimento, na empresa privada, de um importante polo gerador de postos de trabalho e de tributos. (**COELHO**, 2012a, pp. 27-34).

¹²² Enumerados no artigo 170 da Constituição Federal: valorização do trabalho humano, soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido às empresas de pequeno porte que tenham sede e administração no país.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, **PAULO SALVADOR FRONTINI** já afirmava que a Carta Magna anterior (de 1967, com a Emenda n. 1), revelava os seguintes preceitos que condicionavam e limitavam o desempenho das atividades negociais: liberdade de iniciativa; garantia do direito de propriedade; livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; liberdade de associação;

Sob o viés do Direito Societário, é no Princípio da Liberdade de Iniciativa que se encontra o fundamento legal para o ingresso na sociedade empresária– desde que preenchidas as condições do negócio jurídico (artigo 104 do Código Civil). Assim, desde que cumpridos os requisitos de (i) capacidade¹²³; (ii) licitude do objeto; e (iii) forma, é garantido a qualquer indivíduo o direito de estabelecer uma nova sociedade ou ingressar em uma já existente.

É o Princípio da Liberdade de Iniciativa – e não o da Liberdade de Associação – que consagra o direito individual de participação na ordem econômica – quer como sócio, quer como empreendedor, quer como investidor.¹²⁴

O ingresso do sócio ou acionista na sociedade está, portanto, amparado por este princípio¹²⁵ e, sob essa ótica, encontra alguns pontos de

preferência às empresas privadas para organizar e explorar a atividade econômica; caráter suplementar da exploração direta pelo Estado da atividade econômica; livre competição do mercado, reprimindo-se o abuso de poder econômico; liberdade de fazer e não fazer, salvo óbice legal. A seu ver, esses princípios, inerentes ao capitalismo, caracterizam uma economia liberal. (FRONTINI, 1975, pp. 35-36).

¹²³ No que se refere à capacidade, há algumas observações importantes. Podem celebrar contrato de sociedade as pessoas plenamente capazes de acordo com o Código Civil, isto é, os maiores de 18 anos de idade e os emancipados. Entretanto, merecem reflexão outras três questões: (i) o menor; (ii) o interdito; (iii) os cônjuges. Em relação ao menor, a orientação jurisprudencial consagra o direito de ingresso na sociedade, desde que o capital social esteja totalmente integralizado e o mesmo não exerça função de administrador (Recurso extraordinário nº 82.433-SP, Relator, Ministro Xavier de Albuquerque). A decisão motivou a expedição do Ofício Circular nº 22, do Departamento Nacional de Registro de Comércio, em novembro de 1.976, e posteriormente a edição da Instrução Normativa nº 29, de 19/04/91, que determinou, para fins de arquivamento dos contratos sociais nos quais participam menores, o preenchimento das seguintes condições: a) integralização da totalidade do capital social; b) não atribuição ao menor de poderes de gerência ou administração; c) o sócio menor seja representado ou assistido. O Código Civil de 2002 manteve em seu artigo 1.052 a regra anterior que estabelece a responsabilidade solidária de todos os sócios pela integralização do capital das sociedades limitadas, recepcionando, portanto, a orientação até então consagrada. No que se refere ao interdito, pode-se observar as mesmas cautelas. Por fim, no tocante aos cônjuges, o Código Civil proíbe a constituição de sociedade limitada pelos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória (artigo 977). (CALÇAS, 2003, pp. 48-58).

¹²⁴ Nas sociedades limitadas, no momento da constituição, não há limitação legal ao ingresso de um sócio. Uma vez constituída, porém, terceiro estranho à sociedade só poderá ingressar se não houver oposição mais de ¼ do capital social (Código Civil, art. 1.057). Na sociedade anônima, o ingresso na companhia é irrestrito.

tensão com outras disposições do ordenamento jurídico brasileiro (colisão entre princípios, conflito entre princípios e regras).

4.1. Condições para ingresso na sociedade empresária

A interpretação irrestrita do Princípio da Liberdade de Iniciativa, sob o viés societário, conduz ao raciocínio de que qualquer indivíduo pode, a qualquer tempo, ingressar numa sociedade empresária sem nenhuma ressalva.

Não é exatamente assim.

Nas sociedades limitadas já constituídas, em razão de sua natureza contratual, se o contrato social contemplar que o ingresso do sócio mediante cessão de quotas depende da prévia anuência dos demais integrantes da sociedade, estar-se-á diante de uma limitação ao exercício pleno do direito consagrado no Princípio da Liberdade de Iniciativa.¹²⁶

Nesse caso, embora haja um aparente conflito entre o Princípio da Liberdade de Iniciativa e a regra insculpida no artigo 1.057 do Código Civil, não há que se falar em desrespeito à Constituição, uma vez que, em se tratando de direito disponível, fica a liberdade de iniciativa condicionada à anuência dos demais sócios, por vontade do próprio titular do direito constitucional.

¹²⁵ Conforme será tratado adiante, no Capítulo 5, o direito de retirada decorre do Princípio da Legalidade, segundo o qual *“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.”*

¹²⁶ Código Civil, artigo 1.057.

Ainda que se considere haver conflito entre o Princípio da Liberdade de Iniciativa e a regra que condiciona o ingresso do sócio à anuência dos demais titulares do capital social, segundo a teoria principiológica proposta por **ROBERT ALEXY**, há que se reconhecer a primazia do nível da regra sobre o princípio. Note-se, contudo, que o Princípio da Liberdade de Iniciativa não deixou de ser aplicável ao caso concreto, apenas sofreu modulação decorrente da incidência da regra infraconstitucional.

Não se pode perder de vista que a sociedade empresária é uma *iniciativa coletiva*, regida pelo contrato social ou pelo estatuto. Se, na limitada, os sócios convencionaram condicionar o ingresso do cessionário ao consentimento da maioria, o fizeram com fundamento legal na faculdade conferida pelo artigo 1.057 do Código Civil, e no caráter supletivo da norma de regência.¹²⁷

Assim, pode-se afirmar que não há conflito entre o Princípio da Liberdade de Iniciativa e a regra insculpida no já citado artigo 1.057. Não há dúvidas, contudo, que, em se tratando do ingresso na sociedade limitada em decorrência de cessão de quotas, o exercício da liberdade de iniciativa pode sofrer limitação, uma vez que fica condicionada à anuência dos demais sócios.

Já nas sociedades por ações, por força de sua natureza institucional, não há limitações ao ingresso do acionista por meio da aquisição de ações.¹²⁸

¹²⁷ Ver, para mais informações sobre cessão de quotas, **ALVARENGA**, 2014, pp.139-151.

¹²⁸ Na lição de **JOÃO EUNAPIO BORGES**,

4.2. Liberdade de iniciativa e dever de lealdade

Além da limitação ao ingresso na sociedade limitada por meio de cessão de quotas, o Princípio da Liberdade de Iniciativa também sofre restrição por força de alguns deveres atribuídos ao sócio, ao acionista e ao administrador da sociedade anônima.

A subscrição de quotas ou ações confere ao seu titular a condição de sócio ou acionista, da qual decorre um conjunto de direitos e obrigações previstos em lei, no contrato social ou no estatuto.¹²⁹

A obrigação fundamental do sócio ou do acionista é a realização do capital social. A doutrina majoritária considera essa a única obrigação imposta pela lei, embora o contrato social ou o estatuto possam lhe atribuir outras obrigações, geralmente de não fazer, como, por exemplo, a *proibição de ingresso em outras sociedades concorrentes*, fazendo parte de sua administração.¹³⁰

¹²⁹ **HERNANI ESTRELLA** ensina que o sócio, diante da sociedade a que está ligado, adquire um estado, o *estado de sócio*. Desta condição jurídica advém esse complexo de direitos e obrigações para com a sociedade, para com os demais sócios, e para com terceiros. (**ESTRELLA**, 1973, p. 316).

¹³⁰ **BORBA**, 2012, p. 285; **BORGES**, 1991, p. 465; **CARVALHOSA**, 2009a, p. 231; **MENDONÇA**, 1954, p. 456; **NEGRÃO**, 2003, p. 411; **VALVERDE**, 1959, p. 8.

Esse entendimento, contudo, não é pacífico. Em relação às sociedades por ações, **ROBERTO PAPINI** (1999, p. 129) atribui ao acionista duas obrigações básicas: a de realizar o capital e a de exercer, evitando abuso, o direito de voto no interesse da companhia. **HERNANI ESTRELLA** (1973, p. 446), antes da reforma de 1976, enumerava as seguintes obrigações imputadas ao acionista: a) integralização do valor das ações subscritas ou adquiridas; b) pagamento de eventuais prestações pecuniárias acessórias, consistentes em ágios, jórias, prêmios ou sobrepreço de subscrições de novas ações, como dispuserem os estatutos ou deliberem Assembléias Gerais; c) devolução de dividendos porventura recebidos de má-fé, isto é, sem decorrer de balanço regular. Além desses, acrescentava a observância de determinado comportamento para com a sociedade, devendo prestar-lhe colaboração pessoal ou executar medida de interesse dela. Na lição de **RUBENS REQUIÃO** (2003, p. 146), além do dever de realizar as entradas e prestações de suas ações, o acionista, como membro de uma coletividade constituída e organizada, tem o dever de lealdade para com a companhia, sendo-lhe vedado o exercício de direitos que se contraponham aos interesses da sociedade. Para **OSMAR BRINA CORREA LIMA** (2003, p. 277), a primeira

A nosso ver, contudo, a *proibição de ingresso em sociedades concorrentes* não tem natureza contratual; decorre da sistematização dos direitos e obrigações que nascem para o sócio no momento em que ele passa a integrar o quadro social, e que se aplicam a qualquer tipo societário. Obrigações como a lealdade e a colaboração incumbem a qualquer sócio, em maior ou menor grau, dependendo do tipo de sociedade da qual faça parte.¹³¹

Enquanto numa sociedade limitada o descumprimento dos deveres de lealdade e colaboração pode ocasionar a exclusão do sócio¹³², numa sociedade anônima estes deveres só são explícitos em relação ao administrador. Mas é inegável que o quotista eo acionista, em algumas hipóteses, têm expressamente consagrado o dever de lealdade, no qual se inclui o dever de não concorrer com a sociedade.

Para bem enfrentar a questão, convém distinguir, ainda, os limites desses deveres diante dos sócios empreendedores e investidores. Entre os acionistas, há os que se envolvem na vida da sociedade, participando de suas Assembléias, e os que se põem à distância, tendo nas ações meros instrumentos de renda ou especulação.¹³³

obrigação do acionista é agir de boa-fé, e a lei prevê ação civil contra os acionistas que praticarem atos dolosos ou culposos; violarem lei, estatuto ou convenção de grupo; ou receberem dividendos de má-fé. Mais especificamente, a lei atribui ao acionista os deveres de realização do capital social e exercício regular do direito de voto. **MODESTO CARVALHOSA** (2009a, p. 232), embora admita que diversos autores reconheçam outras obrigações além da integralização do capital social, assevera que: “Evidentemente, a lei especifica outras responsabilidades do acionista, notadamente quando se revestem da qualidade de controladores (art. 117) ou exercem direito de voto (art. 115). Tais responsabilidades, no entanto, não têm o caráter de obrigação, por isso que defluem de direitos – de controle e de voto – que devem ser exercidos sem abuso de poder e de direito, respectivamente.”

¹³¹ **CALIXTO SALOMÃO FILHO** considera a colaboração elemento central da sociedade. Para ele, o caráter associativo de todo contrato de sociedade decorre da comunhão de interesses entre os sócios, e é esse objetivo comum que os leva, e deve levar, à cooperação. (**SALOMÃO FILHO**, 2015, p. 54-55).

¹³² **COELHO**, 2008, p. 413.

¹³³ **BORBA**, 2012, p. 284; **COELHO**, 2008, p. 212.

FÁBIO ULHOA COELHO ensina que sócios investidores podem aportar recursos em mais de uma sociedade limitada, mesmo que concorrentes, sem configurar deslealdade, ainda que sem anuência dos demais sócios, já que estes não integram a gestão de nenhuma das empresas. Entretanto, se o sócio atuar em alguma das sociedades como empreendedor, participando de sua gestão, não só estará descumprindo o dever de lealdade como poderá incorrer em crime de concorrência desleal, caso se utilize de informações confidenciais de uma sociedade na gestão de outra (Lei da Propriedade Industrial, artigo 195, inciso XI).¹³⁴

Sendo assim, se o sócio ou acionista participar, na condição de administrador, de uma sociedade, não poderá ingressar em sociedade que explore atividade econômica concorrente sob pena de infringir dever de lealdade, podendo incidir até mesmo na prática de crime de *concorrência desleal*.¹³⁵

Essa limitação, embora aparentemente restrinja a aplicação do Princípio da Liberdade de Iniciativa, na verdade a reafirma, constituindo até mesmo um instrumento de aperfeiçoamento da sua aplicação. O prestígio que a liberdade de iniciativa recebe da Constituição significa, de um lado, o reconhecimento do direito titularizado por todos os cidadãos de explorar atividades empresariais; de outro, o reconhecimento da ilicitude dos atos que impeçam o seu pleno exercício.

Além disso, para que o exercício da livre iniciativa seja pleno, é necessário reconhecer que o artigo 170 da Constituição Federal consagra, também, o Princípio da Livre Concorrência¹³⁶, que, no Direito Comercial, implica a

¹³⁴ **COELHO**, 2008, pp. 412-414. **HERNANI ESTRELLA** também distingue esses dois grupos de acionistas, denominando-os *acionistas empresários* e *acionistas inversionistas* ou *rendeiros* (**ESTRELLA**, 1973, p. 451).

¹³⁵ Nas sociedades anônimas, o descumprimento do dever de lealdade pelo administrador gera conseqüências ainda maiores. Este, veiculando ou usando informações privilegiadas, estará sujeito a sanções de natureza civil, penal e administrativa.

¹³⁶ Em duas direções se projeta a defesa da livre iniciativa: quando ameaçada pela *concorrência ilícita*, e a perpetrada com *abuso de poder*. A primeira é reprimida em nível civil e penal, e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes; a segunda é reprimida também em nível

coibição de determinadas práticas empresariais incompatíveis com a sua afirmação, denominadas de *concorrência ilícita*.

Tais práticas classificam-se em duas categorias: (i) as que implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como *infração da ordem econômica*; (ii) as que não implicam tal risco, restringindo-se os efeitos da prática anticoncorrencial à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram *concorrência desleal*. Ambos, indubitavelmente, são reflexo do Princípio Constitucional da Livre Concorrência.

Sendo assim, na medida em que o exercício irrestrito da Liberdade de Iniciativa resvala no Princípio da Livre Concorrência, consagrado no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal, é necessário *ponderá-los*, a fim de modular a aplicação do primeiro à prevalência do segundo.

A Liberdade de Iniciativa, sob este prisma, não é ilimitada. Sob o argumento de que a Constituição Federal consagra o direito de livre empreender, não pode o sócio administrador de sociedade empresária infringir o dever de lealdade e ingressar em sociedade empresária concorrente, subscrevendo parcela de seu capital social e praticando atos de gestão.

Note-se o Princípio da Liberdade de Iniciativa não deixou de ser pertinente à hipótese aventada. É tão aplicável ao caso concreto quanto o Princípio da Livre Concorrência. Ambos continuam a nortear as relações do direito privado brasileiro. No entanto, não se pode atribuir peso ilimitado a nenhum deles, a ponto de um anular a incidência do outro.

administrativo, compromete as estruturas do mercado e são chamadas de *infração à ordem econômica*. (COELHO, 2014a, p. 259).

4.3. Operações societárias e o Direito Concorrencial¹³⁷

As limitações legais ao exercício irrestrito da Liberdade de Iniciativa também são notadas no âmbito do Direito Concorrencial e, sob o viés societário, se traduzem na restrição à realização de determinados atos de concentração.

VICENTE CÂNDIDO assevera que, para se ter liberdade de começar uma nova atividade econômica (livre iniciativa), é preciso que o Direito assegure um ambiente competitivo saudável (livre concorrência). Da mesma forma, para assegurar liberdade de competição (livre concorrência), é necessário permitir, de modo amplo, o ingresso no segmento do mercado de novos empresários (livre iniciativa).¹³⁸

No magistério de **FERNANDO HERREN AGUILLAR**, o Princípio da Liberdade de Concorrência é justamente o contraponto da Liberdade Iniciativa, na medida em que é o abuso do direito de livremente empreender que justifica a interferência estatal na proteção do direito de concorrer.¹³⁹

¹³⁷ O fenômeno da concentração empresarial encontra suas origens logo após a Revolução Industrial, e durante a marcha histórica ocorreu de várias formas, adotadas em decorrência das transformações econômicas, sobretudo dos processos de racionalização do trabalho e da inovação tecnológica, que caminharam lado a lado com o desenvolvimento da legislação antitruste. Waldírio Bulgarelli, enumera, dentre essas formas, os cartéis defensivos, “pools”, “corners”, “rings”, “trusts”, “konzen”, consórcios, grupos, “holdings”, sociedades de investimentos, “joint ventures” e, finalmente, fusões e incorporações, estas últimas sempre permanecendo lado a lado com as demais. Como conseqüência, os Estados foram tomando posições defensivas, de um lado aparando os excessos e intervindo no domínio econômico e, de outro, incentivando algumas formas de concentração, para que as empresas atingissem uma certa economia de escala. No Brasil, a partir da década de 70, houve uma forte tendência político-econômica ao estímulo da concentração empresarial, culminando com o Decreto-Lei nº 1.182 de junho de 1971, que concedeu estímulos ao processo de fusão, incorporação e abertura de capital e transferência do controle de empresas.

¹³⁸ **CÂNDIDO**, 2013, p. 148.

¹³⁹ A seu ver, “*Na tentativa de distinguir os conceitos, frequentemente se observa, na doutrina nacional, uma mera repetição dos conceitos. A distinção chave que não é percebida no caso é a de que a liberdade de concorrência não é a liberdade de os particulares exercerem ‘suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições nem por prestações providas dos poderes públicos’.* Essa corresponde exatamente à definição de liberdade de

A disciplina jurídica da concorrência no Brasil, é, portanto, basilar da ordem econômica constitucional e intrinsecamente ligada ao Princípio da Liberdade de Iniciativa.¹⁴⁰

Nestes termos, todos os atos jurídicos societários capazes de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ou ainda gerar domínio de mercado, aumento arbitrário de lucros ou exercício abusivo de posição dominante, estão sujeitos à prévia aprovação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.¹⁴¹

Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, tanto acordos de acionistas quanto operações societárias podem levar à concentração empresarial. Na sua concepção, o efeito restritivo do livre mercado é tão significativo a que a lei se preocupa em determinados casos, em estabelecer uma presunção de lesividade potencial.¹⁴²

iniciativa. Ao contrário, a liberdade de concorrência exige do Estado uma efetiva ação de restrição à liberdade de iniciativa.” (AGUILLAR, 2014, p. 265).

¹⁴⁰ Nos Estados Unidos, a vulnerabilidade dos indivíduos diante das grandes agregações de capital, a preservação e perpetuação de uma organização da indústria em pequenas unidades capazes de competir entre si, a ameaça das pequenas empresas pelas grandes, o medo de que a concentração excessiva do poder econômico gerasse pressões políticas antidemocráticas, o fortalecimento da liberdade individual e de negócios e a preocupação distributiva com a riqueza transferida dos consumidores para os produtores através da elevação de preços, foram diferentes leituras acerca das razões e interesses que levaram à adoção de uma legislação anticoncorrencial, sendo, atualmente, o valor conferido à estrutura de mercado plural e à descentralização os fundamentos da adoção da legislação antitruste naquele país. Em termos históricos, o *Standard OilTrust*, a primeira consolidação que estimulou o surgimento de outras indústrias de açúcar, uísque, couro, algodão e óleos comestíveis, registra um momento de mudanças radicais no ambiente industrial e concorrencial norte americano. Meio século antes da aprovação da *Lei Sherman*, já se formavam ligas lideradas por agricultores contra os monopólios das ferrovias, com seus privilégios e subsídios. Sobre o desenvolvimento da legislação anticoncorrencial norte-americana, ver **SALGADO**, 1997. A respeito das origens do Direito Concorrencial, ver **AGUILLAR**, 2014.

¹⁴¹ Desde a vigência da Lei nº 12.529/11, a submissão dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica é prévia à efetiva operação, ao contrário da sistemática instituída pela Lei nº 8.884/94, em que as partes tinham o prazo de 15 (quinze) dias úteis para submeter a operação à análise da Autarquia.

¹⁴² **COELHO**, 2014b, p. 504.

Assim, nos termos do artigo 88 da Lei nº 12.529/11, estão sujeitos à aprovação do CADE os atos de concentração em que cumulativamente: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e; (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).¹⁴³

O artigo 88 da Lei nº 12.529/11 deve ser interpretado em conjunto com o artigo 90 do mesmo dispositivo legal, segundo o qual realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários, conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas¹⁴⁴; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; (iv) duas ou mais empresa celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.¹⁴⁵

¹⁴³ Lei nº 12.529/11, artigo 88. No uso das atribuições que lhe confere o artigo 88, §1º, da Lei nº 12.259/11, o Plenário do CADE deliberou alterar esses valores para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais). A deliberação foi convalidada pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

¹⁴⁴ **FERNANDO HERREN AGUILLAR** critica a redação dada pela nova lei ao inciso II do artigo 90. A seu ver, a linha divisória entre a simples aquisição de ações (a exemplo da operação em bolsa) e a aquisição que representa concentração nos termos da lei não está claramente demarcada. Também suscita dúvida a hipótese em que configura a concentração pela aquisição de ativos tangíveis ou intangíveis de outra empresa. (AGUILLAR, 2014, p. 297).

¹⁴⁵ Para **FERNANDO HERREN AGUILLAR**, o dispositivo já se aponta como sendo de inspiração direta do Regulamento 139/2004 do Conselho da União Européia que dispõe, em seu artigo 3º (versão oficial em português):

“1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controle duradoura resulta da:

- a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou*
- b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de peço menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.”* (AGUILLAR, 2014, p. 296).

Essas operações societárias presumivelmente lesivas podem ser aprovadas se, no exame realizado pelo CADE, restar constatado que elas não produzem efeitos anticoncorrenciais.

Note-se que toda e qualquer operação societária, mesmo que não enquadrada nos parâmetros dos artigos 88 e 90 da lei antitruste, se tiver potencial para causar prejuízo ou gerar domínio de mercado (artigo 36), deve ser submetida à análise prévia do CADE.

Isto porque, às práticas empresariais lesivas à concorrência e aos demais elementos estruturais do livre mercado, em consonância com os valores prestigiados pela constituição econômica, a legislação antitruste nacional¹⁴⁶ visa coibir, denominado-as *infração contra a ordem econômica*.

O poder econômico caracteriza-se pela capacidade do agente ou grupo de empresas para alterar unilateral ou coordenadamente as condições do mercado, ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante¹⁴⁷. Na legislação antitruste, denomina-se *posição dominante* e só é considerado ilícito quando conquistado por meio de *abuso de poder*. Sendo produto de processo natural, fundado na maior eficiência, não constitui infração (artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.529/11).

Nessa correlação, a lei antitruste difere o tratamento dado ao poder conquistado pelo processo natural de desenvolvimento – obtido através da qualidade de administração, produtos ou serviços, marketing, estado financeiro, etc. – da obtenção do poder através dos atos de concentração. E não poderia ser diferente, já

¹⁴⁶ Lei nº 12.529/11.

¹⁴⁷ Artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/11. Esse percentual pode ser aalterado pelo CADE para setores específicos da economia.

que, em virtude do caráter neoliberal da Constituição Federal, o progresso econômico é o objetivo do próprio sistema.

Assim, ao poder econômico conquistado pela qualidade competitiva da companhia, não há interferência do Estado, em consonância com os preceitos constitucionais vigentes (Liberdade de Iniciativa), caso o agente alcance a predominância no mercado.

Por outro lado, se o domínio mercadológico resulta de atos de concentração, esta forma de aquisição de poder econômico pode não refletir uma vocação competitiva e, ferindo a livre competição, será objeto de interferência da legislação antitruste.

Nem todas as manifestações de exercício de posição dominante constituem infração à ordem econômica, mas apenas aquelas que resultem, ainda que potencialmente, em domínio de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros, aspectos enumerados pela Constituição Federal (artigo 173 § 4º), e pela legislação antitruste (artigo 36).

Nos termos do artigo 36 da lei anticoncorrencial brasileira, constituem infração à ordem econômica os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito, ainda que potencialmente, *a limitação, falsificação ou o prejuízo da livre concorrência ou livre iniciativa* (inciso I); *o domínio do mercado relevante de bens ou serviços* (inciso II); *o aumento arbitrário de lucros* (inciso III), e *o exercício abusivo de posição dominante* (inciso IV), hipótese esta que não foi mencionada pelo constituinte, razão pela qual já foi considerada, inclusive, inconstitucional.

A esse respeito, **FÁBIO ULHOA COELHO**, antes da reforma de 2012, ao comentar dispositivo análogo constante na legislação anterior (Lei nº 8.884/94), asseverava que limitar, falsear ou prejudicar a concorrência, dominar o mercado relevante e aumentar arbitrariamente os lucros são modos de se exercer abusivamente o mercado dominante e, por isso, não haveria inconstitucionalidade na norma.¹⁴⁸ Como a redação do artigo 36 não mudou em relação à lei anterior, pode-se estender esta interpretação aos dias atuais.

Dessa forma, a operação e a ligação societária em si não esbarram no direito antitruste, salvo nas hipóteses em que obstem, limitando, falseando ou prejudicando a livre concorrência ou a livre iniciativa.¹⁴⁹

De um modo geral, o objetivo da concentração é a reunião de esforços visando a otimização da produção, melhora das condições do produto, diminuição do custo e modernização, o que poderá ocorrer através das operações ou das ligações societárias, dependendo dos fatores que levam a empresa a optar pela concentração e do grau de comprometimento a que elas se propõem a estabelecer.

Basicamente, os fatores determinantes da concentração são a racionalização da produção, adoção dos progressos tecnológicos, reorganização das estruturas e diminuição da concorrência, esta última proibida pela legislação anticoncorrencial.¹⁵⁰

¹⁴⁸ **COELHO**, 1995, pp. 85-94.

¹⁴⁹ *Limitar* significa barrar, no todo ou em parte, a possibilidade de acesso de outros empreendedores na atividade produtiva, o que pode decorrer tanto do aumento dos custos para novos estabelecimentos, quanto pelo desencorajamento de novos empreendedores ao ingresso no mercado. *Falsear* significa ocultar a prática restritiva, através de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do mercado. O *prejuízo da livre concorrência* ou à *livre iniciativa* é decorrente de qualquer prática empresarial que seja lesiva às estruturas de mercado, e pode ocorrer mesmo que não haja limitação ou ocultação. Assim, entende-se que o prejuízo seja decorrência da limitação ou da ocultação, mas pode existir ainda que não ocorra um desses dois eventos, sendo mais amplo, portanto.

¹⁵⁰ Lei 12.259/11, artigo 88, §5º. Nos termos do § 6º do mesmo dispositivo legal, os atos a que se refere o artigo 88, §5º, da Lei nº 12.259/11, poderão ser autorizados, desde que sejam observados os

Delimitado o interesse que direciona a concentração, a tecnologia jurídica cria procedimentos que podem variar da incorporação ou cessão parcial do ativo até soluções mais complexas como a fusão de uma filial ou cessão de ativos industriais.

Assim, tomando-se por base os procedimentos jurídicos que podem ser adotados, pode-se analisar a concentração empresarial dividindo-a em três níveis: concentração por cooperação, por descentralização e por união.

O primeiro nível de concentração empresarial diz respeito às ligações societárias, advindas de contratos estabelecidos entre empresários. Compreendem as seguintes formas: sociedade controladora e controlada, sociedades coligadas, subsidiária integral, grupos, consórcios e joint ventures.

Sociedade controlada é aquela definida como a de cujo capital outra sociedade participa com a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da Assembleia Geral, e tem o poder de eleger a maioria dos administradores (Código Civil, artigo 1.098). Controladora, em decorrência, é a titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores de uma outra sociedade, a controlada, e dirige efetivamente os negócios sociais. (Lei das S/A, artigo 116).¹⁵¹

Sociedades coligadas são aquelas em que uma (investidora) tem sobre a outra (investida) “influência significativa”, isto é, o poder de

limites estritamente necessários para: (i) o aumento da produtividade; (ii) a melhora da qualidade de bens ou serviços e/ou; (iii) eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômicos. Além disso, parte relevante dos benefícios deverão ser repassados aos consumidores.

¹⁵¹ BOTTALO, 1984, p. 22.

participar das decisões referentes à política financeira ou operacional, mas sem controlar (Lei das S/A, artigo 243, §1º).

Subsidiária integral a sociedade cujas ações são integralmente subscritas por outra sociedade brasileira (Lei das S/A, artigo 251).

Grupos de sociedade são aqueles estabelecidos mediante convenção, com o objetivo de combinar esforços para realizar seus objetos sociais, onde cada sociedade conserva a sua personalidade jurídica e patrimônio próprios, e estão amparados pelo artigo 265 e seguinte da Lei das Sociedades por Ações.

Joint ventures resultam da aproximação, normalmente de duas ou mais sociedades sediadas em países diferentes, para a exploração em conjunto de uma atividade empresarial, como ou sem a criação de nova pessoa jurídica.¹⁵²

Por meio de consórcio, empresas se unem para executar determinado empreendimento, o que os diferencia dos grupos de sociedades, que se unem para a realização de objetivos comuns.¹⁵³

O segundo nível de concentração econômica refere-se à descentralização, que ocorre por meio da cisão.

¹⁵² COELHO, 2014B, p. 503.

¹⁵³ A Lei nº 12.259/11 não considera atos de concentração, para os efeitos do artigo 88, os contratos associativos, consórcios ou joint ventures, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta ou indireta e aos contratos dela decorrentes.

Cisão é o desmembramento da sociedade, que transfere parcelas de seu patrimônio social para uma ou várias sociedades já existentes ou que, a partir dessa parcela ou justamente para recebê-la, sejam constituídas, podendo essa transferência ser total ou parcial.

Assim, a cisão resulta da constituição de duas ou mais sociedades novas pela divisão do ativo de uma sociedade preexistente, havendo sempre um número mínimo de três participantes. Sendo total, se extingue, sendo parcial, subsistirá.

Caso a cisão seja parcial, e a sociedade para a qual serão vertidos os bens já exista, a operação societária obedecerá às regras de incorporação (Lei das S/A, artigo 229, §3º).

WALDÍRIO BULGARELLI menciona, além da cisão e como variações dela, a cisão-absorção e a falsa cisão, constituindo a primeira no desmembramento total da empresa, que reparte seu patrimônio entre duas ou mais sociedades e desaparece, e a segunda na transferência de apenas parte do seu ativo, subsistindo como pessoa jurídica (cisão parcial, para **FÁBIO COELHO**).¹⁵⁴

Por meio da cisão, a sociedade opera uma forma de crescimento interno, resultante do gigantismo que sobrecarrega a administração, tornando-a lenta e ineficiente, levando-a, por fim, a uma “esclerose administrativa.”

Mas, justamente através desse crescimento interno, poder-se-ia estar criando uma concentração vertical, estabelecida entre empresas que operam no mesmo setor, em fases diversas do processo produtivo.

¹⁵⁴ **BULGARELLI**, 1998, p. 58

Portanto, ainda que a cisão não tenha sido lembrada pelo legislador pátrio como forma de concentração, resultando ou podendo resultar em domínio de mercado, submeter-se-á a disciplina antitruste.

A terceira forma de concentração, engloba a incorporação e a fusão, as duas formas mais conhecidas e que implicam claramente a potencialização da empresa, ou da nova sociedade constituída.

A incorporação é a absorção de uma ou mais sociedades, que deixam de existir, por outra que lhes sucede. A fusão, por sua vez, consiste na união de duas ou mais sociedades, que formam uma nova.

Embora não mencionada expressamente pela legislação anticoncorrencial vigente, evidentemente a incorporação não está excluída da apreciação do CADE. À fusão, por sua vez, a legislação antitruste dispensou maior atenção, enumerando-a no inciso I do artigo 90.

Em suma: o Princípio da Liberdade de Iniciativa não pode ser aplicado isoladamente. Deve, por assim dizer, ser “articulado” com outros princípios constantes na ordem econômica brasileira, entre os quais o Princípio da Livre Concorrência.

Nas palavras de **VICENTE CÂNDIDO**, “*não tem guarida na ordem constitucional brasileira o reconhecimento de qualquer atitude egoísta por parte de quem exerce a liberdade de iniciativa*”¹⁵⁵.

Sob esse ponto de vista, há, novamente, uma evidente relação de tensão entre o Princípio da Liberdade de Iniciativa e o Princípio da Livre Concorrência, desta vez pondo em risco o regular funcionamento da economia de livre mercado. No plano infraconstitucional, a sujeição dos atos de concentração à prévia aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi tratada pelo legislador brasileiro como condição essencial à existência de um ambiente mercadológico saudável, com vistas a preservar o Princípio da Livre Concorrência.

4.4. Alienação do estabelecimento comercial e cláusula de não restabelecimento

Outra hipótese de conflito entre princípio e regra diz respeito à limitação legal ao Princípio da Liberdade de Iniciativa imposta pela cláusula de não restabelecimento prevista no *caput* do art. 1.147 do Código Civil, em caso de alienação de estabelecimento comercial (trespasse).¹⁵⁶

Quando a sociedade empresária aliena o estabelecimento comercial do qual é titular e se restabelece, acaba concorrendo com o adquirente, na

¹⁵⁵ **CÂNDIDO**, 2013, p. 147.

¹⁵⁶ O estabelecimento comercial pode ser alienado pela sociedade empresária que o titulariza. O contrato de venda e compra, denominado trespasse, não se confunde com a cessão de quotas sociais da sociedade limitada, ou com a alienação de controle da sociedade anônima. No trespasse, o estabelecimento comercial deixa de integrar o patrimônio da sociedade empresária, passando a compor o de outra. O objeto da venda, neste caso, é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos envolvidos com a exploração da atividade empresária. Na cessão de quotas ou na alienação do controle acionário, por sua vez, o estabelecimento empresarial não muda de titular; pertence à mesma sociedade empresária.

medida em que (ainda que potencialmente) atrai para o novo estabelecimento a clientela que conquistou no antigo.¹⁵⁷

FÁBIO ULHOA COELHO assevera que, nos dias atuais, esse desvio de clientela deve-se menos ao contato pessoal entre o consumidor e o comerciante e mais às informações que o empresário (ou a sociedade empresária) alienante detém sobre a realidade do mercado em que opera. A seu ver, é o uso dessas informações o elemento decisivo para a atração da clientela formada em torno do estabelecimento alienado.¹⁵⁸

A cláusula de não restabelecimento, evidentemente, não tem alcance ilimitado, isto é, não vigora por prazo indeterminado ou sem delimitações geográficas.

Deveras. O objetivo da obrigação de não fazer é impedir o enriquecimento indevido do alienante, por meio de desvio de clientela. Sendo assim, é inválida cláusula omissa quanto à fixação de prazo ou território para o não restabelecimento.

Da mesma forma, a sociedade empresária que se restabelece em atividade econômica não concorrente, ou para atender região inalcançável pelo potencial econômico do estabelecimento alienado, ou ainda fora do prazo contratualmente estabelecido para o cumprimento da obrigação de não fazer, não está descumprindo a obrigação.

¹⁵⁷ **FÁBIO ULHOA COELHO** assevera que a cláusula proibitiva de restabelecimento pode ser inserida, inclusive, na cessão de participação societária. (COELHO, 2014a, p. 191).

¹⁵⁸ **COELHO**, 2014a, p. 191.

Na omissão do contrato de trespasse, o Código Civil determina ao alienante o impedimento de concorrer com o adquirente pelo prazo de 5 anos (artigo 1.147).

O dispositivo traz uma restrição ao alienante no tocante à sua liberdade de iniciativa, contornável apenas pela *vontade expressa dos contratantes*: uma vez alienado o estabelecimento comercial, a sociedade empresária não poderá iniciar atividade semelhante ou continuar exercendo a atividade pelo prazo de cinco anos, a fim de que não fique configurada a prática de concorrência em relação ao adquirente.

O conflito entre a norma insculpida no artigo 1.147 do Código Civil e o Princípio da Liberdade de Iniciativa é, na verdade, apenas aparente. Muito embora o art. 1.147 apresente uma clara limitação legal ao exercício pleno da liberdade de iniciativa, fato é que essa limitação decorre da *escolha* da sociedade empresária de alienar seu estabelecimento comercial. Além disso, o artigo 1.147 do Código Civil tem caráter *supletivo*, aplicando-se *na ausência de disposição expressa do contrato*.

Como a restrição ao restabelecimento em contrato de trespasse é decorrente do prestígio do Princípio da Autonomia da Vontade (eis que consiste na vontade contratualmente manifestada pelo alienante em não concorrer com o adquirente), este prepondera sobre o Princípio da Liberdade de Iniciativa.

CAPITULO 5 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dispõe o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei.”

A transposição deste princípio ao Direito Societário conduz ao raciocínio de que, salvo por *disposição legal expressa*, ninguém é obrigado a tornar-se sócio de uma sociedade¹⁵⁹, subscrevendo capital social e empreendendo esforços para a persecução de um objetivo econômico, contra a sua vontade.

Da mesma forma, ninguém pode ser obrigado a *permanecer* sócio contra a sua vontade, salvo quando houver disposição legal expressa que determine a sua permanência ou condicione a sua retirada.

Nesse diapasão, o Direito Societário prevê uma série de disposições que *limitam* o exercício do direito de retirada.

Deveras. A retirada de um sócio implica o desinvestimento da sociedade, decorrente tanto da diminuição do capital social quanto do pagamento do reembolso. Pode-se dizer que, por esta razão, em se tratando do direito de recesso, o legislador atribui prevalescência do interesse social sobre o individual.¹⁶⁰

¹⁵⁹ **FÁBIO ULHOA COELHO** assevera que, nas sociedades por ações, em virtude de seu caráter institucional, o sucessor é obrigado a ingressar na sociedade, não podendo exigir o reembolso do capital investido pelo falecido (COELHO, 2014, p. 78).

¹⁶⁰ **GONÇALVES NETO**, 2015, pp. 11-12.

A forma como o legislador tratou o direito de retirada nas sociedades contratuais e nas sociedades institucionais difere sensivelmente.¹⁶¹Nas sociedades contratuais, há ainda uma clara distinção no tratamento legal conferido às sociedades de vínculo *instável*, nas quais o sócio pode desligar-se a qualquer tempo, por declaração unilateral e imotivada, e de vínculo *estável*, nas quais ao sócio não é reconhecido o mesmo direito, conferindo-o apenas em casos especificamente mencionados na lei.

É o que será visto adiante.

5.1. Limitações ao exercício do direito de retirada

O direito de retirar-se de uma sociedade, desvinculando-se dos benefícios e obrigações que advêm da condição de sócio, recebe tratamento legal específico no Direito Societário, em conformidade com o Princípio da Legalidade.

A legislação especial enumera expressa e taxativamente as hipóteses permissivas da retirada de sócio. Afora estas, o sócio só poderá desvincular-se por meio de alienação de sua participação societária.

¹⁶¹ “Um exemplo pode aclarar a diferença. Considere-se a seguinte questão: o herdeiro de uma participação societária está obrigado a participar da sociedade? A resposta depende da classificação da sociedade. Sendo esta contratual, a constituição e a dissolução seguem regras próximas a do regime jurídico dos contratos. Assim, como ninguém pe obrigado a contratar, em termos de princípio geral, o herdeiro das quotas de uma sociedade limitada, se quiser, pode deixar de ingressar nela, exigindo apuração de haveres (...). Se a sociedade é institucional, a resposta à mesma questão é diferente. O herdeiro da ação necessariamente passa a integrar o quadro de acionistas. Se não o deseja, pode negociar suas ações, vendendo-as a interessados no investimento. Para isso ele precisa tornar-se, ainda que por pouco tempo, um membro da sociedade. Em outros termos, o vínculo societário não pode ser desfeito mediante o reembolso da participação societária, porque não tem a natureza de um contrato.” (COELHO, 2014b, p. 26).

Nas sociedades limitadas por prazo indeterminado, o direito de retirada pode ser exercido, ainda que imotivadamente, desde que o sócio que pretende se retirar comunique à sociedade sua intenção de desvincular-se, com antecedência mínima de 60 dias(Código Civil,artigo 1.029)¹⁶².

Nas sociedades limitadas por prazo determinado, por sua vez, o direito de retirada depende da incidência de casos especificamente mencionados na lei: modificação do contrato social, fusão ou incorporação(Código Civil, artigo 1.077).

Já nas sociedades por ações, o direito de retirada é mais restrito, limitando-se às hipóteses de dissidência da deliberação da Assembleia Geral (Lei das S/A, artigo 137). Em razão da ampla circulação das ações das sociedades anônimas, as hipóteses permissivas do exercício do direito de retirada do acionista são menores se comparadas as do quotista (especialmente nas sociedades limitadas de vínculo *instável*), e se restringem àquelas previstas em lei. Assim, não é qualquer situação que autoriza o acionista dissidente a desligar-se da companhia por meio do recesso.

Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, as hipóteses de recesso são as seguintes: (i) criação de ações preferenciais ou aumento de classes existentes,

¹⁶² Para **GONÇALVES NETO**, o direito de retirada de sócio na sociedade limitada não é regido pela norma do artigo 1.029 do Código Civil, mas pelo artigo 1.077, de cujo enunciado ressaltam as seguintes diferenças: (i) o pressuposto causal de haver uma discordância do sócio retirante com alguma modificação do contrato social; (ii) legitimação para ser exercício restrita ao sócio minoritário; (iii) extensão desse direito à sociedade ajustada por tempo determinado; (iv) o prazo decadencial de 30 dias para seu exercício; (v) a dispensa de notificação dos demais sócios com 60 dias de antecedência. A seu ver, o artigo 1.029 do Código Civil insere-se nas normas que regulam a sociedade simples, e é aplicável apenas às sociedades que não versam sobre o tema, o que não é o caso das sociedades limitadas, cujo direito de retirada é disciplinado pelo artigo 1.077 do mesmo diploma legal. “*O Capítulo VI, que a regula [a sociedade limitadas], contém a regra do art. 1.077, que é expressa a respeito, dando ao direito de retirada conformação própria (...). Consequentemente, em matéria de direito de retirada de sócio de sociedade limitada não é sequer preciso invocar lições de hermenêutica jurídica para justificar a não incidência do artigo 1.029 do Código Civil, vista que há regra própria tratando do tema, a impedir sua aplicação supletiva.*”(GONÇALVES NETO, 2015, pp. 13-16).

caso haja desproporção em relação às demais (Lei das S/A, art. 136 I e 137); (ii) alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de classe mais favorecida (Lei das S/A, 136, II e 137); (iii) redução do dividendo obrigatório (Lei das S/A, art.136, III e 137); (iv) fusão da companhia, sua incorporação em outra ou a participação em grupo de sociedades (Lei das S/A, art. 136, IV e V); (v) mudança do objeto da companhia (Lei das S/A, art. 136, VI); (vi) cisão (Lei das S/A, art. 136, IX e 137, III, c); (vii) transformação da sociedade anônima em limitada (Lei das S/A, art. 221); (viii) operações societárias de que resulte fechamento da companhia (Lei das S/A, art. 223); (ix) incorporação de ações (Lei das S/A, art. 252); (x) Transferência do controle acionário para o Poder Público, em razão de desapropriação (Lei das S/A, 236, parágrafo único)¹⁶³. Além dessas hipóteses, **MODESTO CARVALHOSA** acrescenta as previstas nos artigos 206, 230, 256, 264, 270, 296 e 298 da Lei das Sociedades por Ações¹⁶⁴.

Configurada uma dessas situações, definidas na lei como pressupostos para o exercício do direito de recesso, o acionista dissidente apenas impõe à sociedade as conseqüências jurídicas de sua declaração de vontade: o desfazimento da relação societária com a companhia, e o reembolso das ações.

Ou seja, no momento em que o sócio ingressa na sociedade, seja limitada ou anônima, está amparado pelo *Princípio da Liberdade de Iniciativa*; na retirada, pelo *Princípio da Legalidade*: não poderá ser obrigado a *permanecer* sócio contra a sua vontade, salvo quando houver disposição legal expressa que determine a sua permanência ou condicione a sua retirada.

¹⁶³ **COELHO**, 2014, pp 300-304

¹⁶⁴ **CARVALHOSA**, 2009a, p. 311.

5.2. Alienação da participação societária

As restrições previstas na lei para a retirada do sócio ou acionista têm uma razão de ser: o direito de retirada implica o reembolso do valor por ele investido na sociedade. Dito isto, depreende-se que o exercício do direito de retirada pode comprometer a estabilidade da empresa¹⁶⁵.

Isso não quer dizer que, mesmo nas hipóteses em que a lei restringe o direito de retirada, o sócio ou acionista não tenha a possibilidade de alienar sua participação no capital social. Ao sócio sempre assiste o direito de se desfazer dos vínculos societários por meio da venda de suas quotas ou ações. O direito de alienação da participação societária decorre do exercício do direito de propriedade sobre as quotas ou ações que titulariza.

Ou seja, nas hipóteses em que a lei não permita o exercício do direito de recesso, ao sócio é facultado o direito de alienar a sua participação na sociedade. Sempre haverá, portanto, a possibilidade de se desvincular das relações societárias. O que a lei restringe é o recesso, à vista do potencial desinvestimento que causa à sociedade.

A alienação da participação societária é feita sem a interferência da sociedade. Nas sociedades limitadas, se as quotas forem transferidas a quem já é sócio, a venda independe do consentimento dos demais quotistas, salvo se houver disposição contratual em sentido inverso. Se a alienação for dirigida a terceiros,

¹⁶⁵ O exercício do direito de retirada por titulares de um número expressivo de ações pode ser um entrave na condução dos negócios da companhia.

a eficácia do negócio jurídico depende da não-oposição de sócio ou sócios que representem mais de ¼ do capital social (Código Civil, artigo 1.057)¹⁶⁶.

Em se tratando de sociedade anônima, a alienação é livre¹⁶⁷; se a companhia for aberta, poderá ser feita inclusive no mercado de capitais.

Essa diferença no tratamento legal dispensado à alienação de quotas em relação à alienação de ações possui estreita ligação com o exercício do direito de retirada. Enquanto (e justamente porque) na sociedade limitada a alienação da participação societária é mais restrita, o direito de retirada é mais amplo.¹⁶⁸ Já nas sociedades por ações, nas quais não há qualquer restrição à alienação da participação acionária, as hipóteses de retirada unilateral do acionista são mais restritas.

Ou seja, embora o direito de retirada não se confunda com o de alienação da participação societária, ainda que haja restrição legal ao exercício do primeiro, o sócio sempre terá a possibilidade de desvincular-se por meio do segundo.

Afinal, uma vez examinadas as prerrogativas conferidas ao exercício do direito de propriedade, assegurado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, tem-se que o proprietário pode, a qualquer momento, dispor do bem em seu poder (Código Civil, art. 1.228).

¹⁶⁶ Ver Capítulo 4, seção 4.1.

¹⁶⁷ No tocante à alienação do poder de controle, embora livre, o artigo 254-A da Lei das S/A obriga o adquirente do bloco de controle a realizar oferta pública de aquisição de ações endereçada aos demais acionistas titulares do direito de voto. O preço, na oferta, deve ser, no mínimo, 80% do pago pelas ações do acionista controlador.

¹⁶⁸ Nas sociedades limitadas por tempo indeterminado, o sócio pode se desligar por declaração unilateral imotivada, a qualquer tempo (Código Civil, artigo 1.029). Ver Capítulo 4, seção 4.1.

Eventual relação de tensão que exista entre a Autonomia da Vontade e o Princípio da Legalidade no tocante ao direito de retirada fica assim, para todos os efeitos, resolvido no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 6 – PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

“A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência à leis a que se encontra sujeita.”¹⁶⁹

É nos Estados Unidos, no contexto da guerra do Vietnã, que surge o conceito de responsabilidade social da empresa.¹⁷⁰ Naquele momento, as empresas voltadas para a fabricação de armamentos de guerra foram duramente criticadas pela sociedade civil, que lhes atribuiu a responsabilidade pelos massacres de guerra desencadeados no país asiático.

A reação popular pressionou as empresas a publicar em relatórios socio-econômicos, cujo principal objetivo era descrever as relações sociais. Esses relatórios, também chamados Balanços Sociais, apresentavam-se como um elemento de conexão entre a empresa, seus funcionários e a comunidade, a partir dos quais a sociedade expunha sua atuação, sujeitando-se à responsabilização pelos atos então praticados.¹⁷¹

Para **FÁBIO KONDER COMPARATO**,

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio

¹⁶⁹ **COELHO**, 2014a, p. 76.

¹⁷⁰ Para uma retrospectiva histórica sobre o desenvolvimento do Estado Social e da função social da propriedade e da empresa, ver **FRAZÃO**, 2011, pp. 93-116.

¹⁷¹ **ARNOLDO** e **MICHELAN**, 2000, p. 89; **LIMA**, 2013, p. 9.

*titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.*¹⁷²

A discussão acerca função social da empresa não pode perder de vista que o primeiro objetivo da exploração da atividade econômica por meio da empresa é o *lucro*. Nestes termos, o *lucro* não pode ser relegado a segundo plano, sob o pretexto de cumprimento de uma atividade assistencial ou filantrópica: reconhece-se que a empresa tem uma função social, e não uma função de *assistência social*.

A *função social* jamais poderá substituir a *função econômica* da empresa.¹⁷³ Isto porque a impossibilidade de auferir lucro é causa de dissolução de sociedade¹⁷⁴. Dissolvida, a sociedade deixa igualmente de contribuir para com a ordem econômica – que é a forma pela qual o Princípio da Função Social da Empresa é melhor atendido, como se verá a seguir.¹⁷⁵

¹⁷² **COMPARATO**, 1986, p. 75.

¹⁷³ Para uma análise acerca da conjugação da função social da empresa e os demais princípios constitucionais, ver **FRAZÃO**, 2011, pp. 192 a 220.

¹⁷⁴ **LUIZ ANTÔNIO DE ALMEIDA ALVARENGA** assevera que, se não é possível aos sócios auferir lucro do exercício da empresa, a sociedade deve ser dissolvida. Mas adverte: “A ausência de lucratividade e o interesse social existentes na preservação da empresa devem ser analisados com cautela, caso a caso, pelo Poder Judiciário, pois não se pode admitir como causa de dissolução a esporádica ausência de lucro. Esta pode decorrer, muitas vezes, de um período de investimento das receitas na própria atividade empresarial” (**ALVARENGA**, 2004, p. 76).

¹⁷⁵ No tocante à dificuldade de implementação da dimensão positiva da função social da empresa por meio de cláusulas gerais, remete-se o leitor à obra de **FRAZÃO**, 2011, p. 242.

As seções seguintes partem da premissa de que, em havendo colisão, o Princípio da Função Social da Empresa *não prepondera* sobre o Princípio da Liberdade de Iniciativa.

6.1. Previsão Constitucional

Genericamente, entende-se por *função social* a que deve ser desempenhada em benefício da coletividade. No Brasil, a Constituição Federal prescreve, em seu artigo 5º, inciso XXIII, que “*a propriedade atenderá a sua função social.*” Mais adiante, no seu artigo 170, inciso III, reconhece função social da propriedade como princípio informativo da ordem econômica.¹⁷⁶

O conceito constitucional de propriedade é mais amplo do que o conceito tradicional ao direito civil. Incluem-se na proteção constitucional da propriedade bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real, como é o caso das pensões devidas pelo Estado, bem como as contas bancárias de depósito. Abrange, também, o *poder de controle empresarial*.

6.2. Previsão em legislação esparsa

O Código Civil brasileiro, por sua vez, não trata da *função social da empresa*, remetendo o intérprete à legislação esparsa. Dispõe o Código Civil, em seu artigo 421, que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites*

¹⁷⁶ Ao dispor sobre a propriedade urbana em particular, a Constituição brasileira prescreve que o pleno desempenho de sua função social ocorre quando a propriedade atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor (art. 182). No que se refere à propriedade rural, a Constituição enumera, em seu artigo 186, os requisitos necessários para que a propriedade preencha sua função social.

da função social do contrato”, o que, para **FERNANDO NETTO BOITEUX**, permite a interpretação extensiva ao contrato social da sociedade limitada.¹⁷⁷

A Lei das Sociedades Anônimas, a seu turno, estabelece, em seu artigo 116, parágrafo único, que o acionista controlador tem de obrigatoriamente exercer sua atividade com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social – além dos deveres e responsabilidades em relação aos demais acionistas, aos que nela trabalham e para com a comunidade em que atua.¹⁷⁸

O artigo 154 da Lei das S/A, referindo-se especificamente ao administrador, determina que ele deve orientar a sua atividade no sentido de satisfazer também as exigências do bem público e da função social da empresa.

No mesmo sentido, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências dispõe, em seu artigo 47, que um dos objetivos da Recuperação Judicial é *“promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”*

Assim, pode-se depreender que o preenchimento da função social da empresa respeita os interesses de três grupos, todos credores da obrigação jurídica¹⁷⁹ do acionista controlador em manter e desenvolver a função social:

¹⁷⁷ **BOITEUX**, 2002, p. 55.

¹⁷⁸ Consta da Exposição de Motivos nº 196, de 24/06/1976, que *“o princípio básico adotado pelo Projeto, e que constitui padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa – os que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua.”* (**EIZIRIK**, 2011, p. 678).

¹⁷⁹ Por ensejar a responsabilização civil do acionista controlador, **PAULO SALVADOR FRONTINI** refere-se à função social da empresa não como dever do controlador, mas como *obrigação jurídica*. (**FRONTINI**, 2011, p. 537)

(i) a sociedade e seus acionistas; (ii) os empregados; (iii) a comunidade, nela incluídos os consumidores, o meio ambiente e a sociedade civil em geral.

Dito isto, é importante ressaltar que a sociedade empresária e seus acionistas são os principais credores da obrigação do administrador de exercer o poder de controle com vistas a atingir e fazer cumprir o interesse social. Nesse sentido, a lição de **NELSON EIZERIK**, para quem,

*(...)o exercício do poder de controle não pode implicar benefício unilateral e exclusivo ao acionista controlador, mas deve levar em consideração os interesses da companhia e da coletividade de seus acionistas.*¹⁸⁰

Infelizmente, o enunciado legal deixa dúvidas acerca da preponderância do interesse social da empresa sobre a sua função social. Melhor seria se a lei tivesse estabelecido que o acionista controlador não deve exercer seu poder de controle em detrimento dos interesses da companhia.

Afinal, em última instância, na medida em que a sociedade empresária gera empregos, cumpre com as obrigações legais decorrentes dos vínculos trabalhistas e participa ativa e positivamente da ordem econômica brasileira, ela já está atendendo à sua função social.¹⁸¹

¹⁸⁰ **EIZERIK**, 2011, p. 679.

¹⁸¹ No tocante à dinâmica trabalhista relacionada à atividade empresarial, **FERNANDO NETTO BOITEUX** traz evidências de que, na Alemanha, a reivindicação pela co-gestão dos empregados é mais antiga do que o dissídio coletivo e a luta organizada do trabalho, e vem da primeira metade do século passado, quando os pensadores liberais propuseram a organização empresarial de forma que os trabalhadores participassem dos lucros e das decisões empresariais. Na França, por sua vez, existe um sistema facultativo de participação dos empregados no Conselho de Vigilância. No Brasil, o mais comum é a participação dos trabalhadores na atividade sindical. (**BOITEUX**, 2002).

No tocante ao impacto exercido pela empresa na comunidade, esclarece **EDUARDO SALOMÃO NETTO** o seguinte:

*(...) deve o controlador abster-se de qualquer atividade prejudicial à comunidade a que lhe aconselhasse o interesse da empresa. Entre tais atividades, estariam por exemplo o 'lobby' junto com os congressistas para aprovação de leis trabalhistas ou relativas ao meio ambiente que, embora benéficas para a sociedade, prejudicassem a comunidade em geral.*¹⁸²

A *comunidade* é um credor de interesses internos de difícil conceituação. O que se pode afirmar é que convergem, na comunidade, os interesses dos consumidores, os interesses ligados à preservação do meio-ambiente e aqueles da sociedade em geral.

Os consumidores são tutelados por legislação especial – o Código de Defesa do Consumidor –, que transfere à sociedade empresária uma série de obrigações¹⁸³, assim como uma responsabilização maior pelo fornecimento de produtos e serviços.¹⁸⁴

¹⁸² **NETTO**, 1996, p. 158.

¹⁸³ Para **FABIO ULHOA COELHO**, as obrigações impostas pelo Código de Defesa do Consumidor são suportadas, indiretamente, pela coletividade dos consumidores. Isso porque os custos da proteção ao consumidor são repassados, pelas empresas, ao consumidor final. Em última análise, o Código de Defesa do Consumidor terminou por constituir mecanismos de socialização dos prejuízos experimentados pelas sociedades empresárias. (**COELHO**, 1994, p. 35).

¹⁸⁴ O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” O art. 18, por sua vez, coloca que “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

A defesa do consumidor pode ser tutelada individualmente, cabendo aos diretamente afetados impetrar ação individual contra a sociedade empresária, ou de forma coletiva (artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor). Nesse caso, ressalta-se também o papel assumido pelo Ministério Público por meio das Ações Cíveis Públicas, disciplinadas na Lei nº 7.347 de 1985. O mesmo instrumento é utilizado no que se refere às obrigações ambientais. Em caso de dano ao meio-ambiente, em que pese o rigor com que imputa responsabilidades ao empresário, a lei não confere à comunidade o direito de impetrar ação contra a empresa, ficando sua proteção na esfera dos direitos difusos e coletivos.

6.3. Deveres negativos e deveres positivos

FÁBIO ULHOA COELHO¹⁸⁵ conclui que, a partir da conjugação desses dispositivos, é possível depreender que a *função social da empresa* impõe ao acionista controlador – responsável pelos rumos assumidos pela sociedade empresária – deveres *negativos* e deveres *positivos*.

O *dever negativo* pode ser enunciado pela regra geral de que o acionista controlador tem o dever de *não causar prejuízo a outrem*. O *dever positivo*, por sua vez, é atendido quando a sociedade gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento social e cultural da comunidade em que atua, quer seja na sua região ou no país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio-ambiente e é norteado pelo respeito aos direitos do consumidor.

¹⁸⁵ COELHO, 2014, p. 76.

Essa atuação, contudo, deve ser desenvolvida com base na estrita obediência às leis que regulam o funcionamento da sociedade e às quais ela se encontra sujeita.

Levando-se em consideração essas duas espécies de deveres, tem-se que, por função social da empresa, entende-se *o conjunto de geração de riquezas, manutenção de empregos, desenvolvimento tecnológico, pagamento de tributos, desenvolvimento social e econômico da comunidade.*

6.4. Função Social da empresa e Princípio da Legalidade

No contexto de um regime capitalista, existe uma aparente contradição entre o Princípio da Função Social da Empresa e a finalidade da atividade empresária – o lucro. Na medida em que o lucro constitui o fim último e necessário a toda atividade empresária, é preciso sopesar o Princípio da Função Social da Empresa com o Princípio da Legalidade, segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*”

Daí a afirmação de **FÁBIO ULHOA COELHO**, no sentido de que a empresa cumpre sua função social ao explorar a atividade econômica nos estritos termos das leis às quais se sujeita.¹⁸⁶

Nesse sentido, o Princípio da Função Social da Empresa deve ser modulado com o Princípio da Legalidade, ficando astrito aos seus termos. Essa é a lógica da classificação dos princípios como *mandamentos de otimização*, na linha de **ROBERT ALEXY**.

¹⁸⁶ **COELHO**, 2014a, p. 76.

O Princípio da Função Social da Propriedade não é uma regra aplicável de acordo com a lógica do “*tudo ou nada*”, mas uma norma cuja dimensão de peso deve ser levada em conta sempre que o titular do direito de propriedade, ao exercitá-lo, mostrar-se desatento aos interesses sociais.

Como já foi dito anteriormente, o Princípio da Função Social da Empresa não significa atribuição de caráter assistencialista à empresa.

6.5. Função social da empresa e execução de políticas econômicas estatatais¹⁸⁷

Outro aspecto que merece destaque diz respeito à execução de políticas econômicas estatatais por meio da sociedade empresária. Trata-se de um mecanismo de utilização pública da empresa privada para fins igualmente públicos, ou seja, a estrutura empresarial termina por funcionar como um intermediário entre o Estado e seus objetivossócio-econômicos.

A partir do momento em que a conjugação do binômio *exercício do poder de controle da sociedade por ações e princípio da função social da empresa* extrapola os limites do Direito Societário para justificar a execução de políticas econômicas estatatais, a análise legislativa e principiológica do tema ganha contornos relevantes.

¹⁸⁷ Na visão de **FERNANDO HERREN AGUILLAR**, há uma estreita relação entre o Direito Econômico e o Direito Comercial. Na sua concepção, o Direito Econômico dá a tônica da forma e da intensidade dos fluxos econômicos. Portanto, neste sentido, o Direito Econômico é anterior ao Direito Comercial. “*O Direito Econômico é o ritmo e a direção que a economia deve tomar, sob as políticas econômicas estatatais.*” Assim, a política econômica estatal é veiculada pelo Direito Econômico, o que afeta de forma direta ou indireta as práticas comerciais. Desta forma, “*políticas recessivas ou desenvolvimentistas podem propiciar maior ou menor recurso aos instrumentos de direito comercial (criação de empresas, circulação de títulos de crédito, etc.)*.” (**AGUILLAR**, 2014, p. 18).

A sociedade de economia mista foi prevista na Lei das S/A (artigos 235 a 240) como forma de permitir a participação do Estado na ordem econômica brasileira por meio da estrutura empresarial.¹⁸⁸Sob esse viés, questão de alta indagação gira em torno da possibilidade do Poder Público, na condição de acionista controlador de sociedade de economia mista, usar o *poder de controle* para dirigir os negócios sociais e, por meio deste instrumento, executar políticas econômicas estatais, sob o fundamento de atender ao *Princípio da Função Social da Empresa*.

FÁBIO ULHOA COELHO assevera que quando conflitarem, de um lado, os interesses individuais dos empresários voltados à obtenção do lucro e, de outro, os meta-individuais que se espalham pela sociedade, não há a menor dúvida de que estes últimos devem sempre prevalecer. Na sua concepção, “*é assim que determina a Constituição Federal, ao mitigar a liberdade de iniciativa, associando-a com outros valores na estruturação da ordem econômica.*”¹⁸⁹

Dispõe a Lei de Sociedades por Ações que a pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.¹⁹⁰Indiscutível haver, portanto, uma relação intrínseca entre o objeto da companhia e o interesse público que a originou.

Todavia, o interesse público que justifica a criação da sociedade não pode ser interpretado de modo tão abrangente a ponto de, em prejuízo dos interesses dos demais acionistas e da própria companhia (Princípio da Livre Iniciativa), justificar a condução de políticas econômicas estatais.

¹⁸⁸ Para um estudo aprofundado sobre a sociedade de economia mista, suas raízes históricas e principais desdobramentos, ver **PARGENDLER**, 2013, pp. 174 e seguintes.

¹⁸⁹ **COELHO**, 2014a, p. 71.

¹⁹⁰ Artigo 238.

Tome-se como exemplo a *Petroleo Brasileiro S/A*, sociedade anônima de economia mista cujo objeto social é a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins.¹⁹¹

Poderia a União, na condição de controladora, amparada pelo *Princípio da Função Social da Empresa*, fixar o preço de comercialização do petróleo e seus derivados abaixo do mercado como mecanismo de condução da política econômica, ainda que em prejuízo da companhia e dos demais acionistas?

A análise da questão passa pela relevante distinção entre as noções de *interesse público* e de *políticas públicas*.

Em linhas gerais, o interesse público é tratado pela doutrina especializada como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública:

“O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do estado. Esse interesse público

¹⁹¹ Artigo 3º do Estatuto Social. Disponível em <http://www.guiainvest.com.br/dados/documentoUsuario/115515/estatuto-social.pdf>. Último acesso em 19 de janeiro de 2016.

prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para sua definição.”¹⁹²

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que “*o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade.*”¹⁹³.

Políticas públicas, por sua vez, compreendem o

“conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais.”¹⁹⁴

Na visão de **PAULO HAMILTON SIQUEIRA JUNIOR**, *políticas públicas* são as ações que o governo realiza com a finalidade de atingir as metas estabelecidas e que serão realizadas pela administração pública. A seu ver, políticas públicas revelam a orientação política do governo, no que tange as tarefas de interesse público.¹⁹⁵

¹⁹² MEIRELLES, 2009, p.108.

¹⁹³ MELLO, 2009, pp. 60-61.

¹⁹⁴ Cartilha **O que são políticas públicas?**, da Secretaria do Meio Ambiente do Governo Federal do Brasil. A íntegra do documento está disponível para consulta em http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PolíticasPublicas.pdf. Último acesso em 7 de janeiro de 2016.

¹⁹⁵ SIQUEIRA JR., 2012, p. 7

MARÍLIA LOURIDO DOS SANTOS afirma que a noção de políticas públicas está centrada em três elementos: (i) busca por metas, objetivos ou fins; (ii) utilização de meios ou instrumentos legais; e (iii) prolongamento no tempo. Esses elementos formam uma noção dinâmica da atividade, concluindo objetivamente que política pública é “*o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.*”¹⁹⁶

A nosso sentir, ainda que prevaleçam os interesses metaindividuais da sociedade em detrimento aos dos individuais dos sócios, as sociedades de economia mista têm natureza *privada*.¹⁹⁷ Nessa condição, devem realizar, em seu nome e por sua conta e risco, serviços de natureza industrial, atividades econômicas de produção ou comercialização de bens, *suscetíveis de produzir renda e lucro*, que o Estado reputa de relevante interesse coletivo ou indispensável à segurança nacional.

Como o objetivo de produzir lucro constitui essência da exploração de qualquer atividade econômica (livre iniciativa no regime capitalista), as atividades vinculadas ao seu objeto social são desenvolvidas em caráter de livre competição e segundo as condições de mercado. Nestes termos, a condução dos negócios sociais deve observar as estratégias de produção e as expectativas de receita. Essa nos parece ser a melhor interpretação resultante da ponderação da relação de tensão que surge inevitavelmente da aproximação entre o *Princípio da Função Social da Empresa* e o *Princípio da Liberdade de Iniciativa*.

¹⁹⁶ **SANTOS**, 2003, p. 268.

¹⁹⁷ **HELLY LOPES MEIRELLES** a conceitua como uma “*pessoa jurídica de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado.*” (**MEIRELLES**, 2009, p. 373).

Para **MARÇAL JUSTEN FILHO**, “quando adota forma empresarial, o Estado tem o dever de nortear sua atividade segundo os parâmetros próprios de eficiência preconizada no âmbito da iniciativa privada.”¹⁹⁸

A posição que aqui se defende, portanto, é a de que, conquanto possa, de fato, existir um interesse público consubstanciado na criação e desenvolvimento das atividades regulares de uma sociedade empresária – como, por exemplo, a criação de empregos e o pagamento de impostos – esse interesse não serve de fundamento à execução de políticas econômicas, ainda que em prestígio ao Princípio da Função Social da Empresa, sob pena de resvalar no Princípio da Liberdade de Iniciativa.

6.6. Função Social da empresa e abuso de poder de controle

Segundo o parágrafo único do artigo 116 da Lei das S/A, o acionista controlador deve usar o poder de controle com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua *função social*.

A conjugação deste dispositivo com o artigo 117 do mesmo diploma legal conduz ao raciocínio de que o não atingimento da *função social da empresa* implicaria abuso de poder de controle. A responsabilidade pelos prejuízos daí decorrentes recairiam sobre o controlador, por descumprimento de obrigação de fazer.

Ora, trata-se de responsabilização significativa em um contexto por demais amplo. Na ausência de definição da *função social da empresa*, a responsabilização por abuso de poder de controle, prevista no art. 117, encontra uma

¹⁹⁸ *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

dificuldade empírica na apuração do que, de fato, configura descumprimento deste dever.

Como já foi desenvolvido anteriormente, na medida em que a empresa paga seus impostos, gera empregos, observa os direitos trabalhistas correspondentes, os direitos do consumidor e a preservação do meio-ambiente, está o acionista controlador cumprindo com os deveres impostos pelo artigo 116, parágrafo único, da Lei das S/A.

CAPÍTULO 7 – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

*A autonomia patrimonial da sociedade empresária é uma técnica de segregação de riscos(...). Em razão da autonomia patrimonial, os bens, direitos e obrigações da sociedade, como pessoa jurídica, não se confundem com os dos seus sócios.*¹⁹⁹

Dispunha o Código Civil de 1916, assentando a independência da esfera patrimonial do sócio em relação ao patrimônio da sociedade: “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.*”²⁰⁰ A partir deste conceito, acentuava-se neste antigo diploma a separação patrimonial, distinguindo-se o patrimônio da sociedade do patrimônio dos sócios.

O dispositivo não foi recepcionado com a mesma redação pelo Código Civil de 2002, mas o Princípio da Autonomia Patrimonial permanece informando o ordenamento jurídico nacional, muito embora esgarçado pela relegação a plano secundário dos princípios jurídicos do Direito Comercial como um todo.

Em razão da autonomia patrimonial, os bens, direitos e as obrigações da sociedade não se confundem com os dos seus sócios.

Da conjugação dos dispositivos constantes no artigo 985 do Código Civil, que atribui às sociedades personalidade jurídica a partir do registro de seus atos constitutivos, no artigo 1052, que limita a responsabilidade dos sócios da sociedade limitada ao valor das quotas, e no artigo 50, que disciplina a desconsideração

¹⁹⁹ COELHO, 2014a, p. 80.

²⁰⁰ Artigo 20, *caput*

da personalidade jurídica, é possível depreender que este Princípio permanece em vigor.²⁰¹

Mais do que isso, a autonomia patrimonial constitui verdadeiro alicerce do Direito Societário.²⁰²

Da personalização das sociedades decorrem alguns efeitos:

(i) titularidade obrigacional; (ii) titularidade processual; (iii) responsabilidade patrimonial.²⁰³

A tecnologia jurídica, com o intuito de aprimorar a autonomia patrimonial, dificultando o seu uso inapropriado para finalidades escusas, ampliou as hipóteses de responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais. Essa ampliação, com o passar do tempo, transformou-se num problema cada vez mais grave, em face da insuficiência da teoria para promover a defesa do Princípio da Autonomia Patrimonial.

Entretanto, em hipótese alguma o Direito deixou de consagrar a autonomia patrimonial. Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, embora a autonomia da sociedade empresária tenha sido relativizada no direito brasileiro, no sentido de a lei e a jurisprudência passarem a considerar os sócios responsáveis por determinados passivos na pessoa jurídica, esta tendência não alcança (nem deve alcançar) as relações regidas pelo Direito Comercial.²⁰⁴

²⁰¹ **FÁBIO ULHOA COELHO** acentua que o Princípio da Autonomia Patrimonial é legal, especial e implícito. (COELHO, 2014a, p. 83).

²⁰² Não por outra razão o artigo 115 do Projeto de Lei nº 1.572 de 2011 resgata essa noção, ao afirmar que a sociedade empresária não se confunde com os sócios que a integram.

²⁰³ **COELHO**, 2014b, p. 14. **OKSANDRO GONÇALVES** enumera, entre os efeitos da personificação das sociedades, a autonomia processual, autonomia contratual e a responsabilidade penal. (GONÇALVES, 2013, p. 372).

²⁰⁴ **COELHO**, 2014a, p. 80.

A seu ver, quando as obrigações envolvem exclusivamente empresários, o Princípio da Autonomia Patrimonial das pessoas jurídicas deve ser estritamente respeitado.

É o que se pretende demonstrar nas próximas seções deste Capítulo.

7.1. A proteção jurídica do investimento privado

Em primeiro lugar, é necessário compreender a razão de ser da personificação das sociedades e, conseqüentemente, da distinção entre o patrimônio da sociedade e de seus membros.

A lógica da economia é uma lógica de *risco*. Quando um empresário decide investir recursos financeiros na exploração de determinada atividade econômica, assume para si o risco de perda destes recursos em caso de insucesso.

Na medida em que esse risco extrapola o limite dos recursos investidos na atividade que se pretende explorar, vulnerabilizando a totalidade do patrimônio do investidor, a consequência lógica é o esvaziamento desses investimentos na economia. Uma das formas de atrair de volta o investimento é aumentar a segurança jurídica do investidor na proteção de seu patrimônio. Para tanto, é necessário estabelecer instrumentos jurídicos que visem a *reduzir o risco* do investimento privado.

Este é um dos principais objetivos do Direito em relação à economia: estabelecer mecanismos legais que atenuem o risco inerente ao investimento como forma de incentivar o desenvolvimento econômico.

A Constituição Federal de 1988, ao afirmar em seu artigo 170 que a ordem econômica está fundada, entre outros, nos os ditames da propriedade privada, da livre concorrência e da livre iniciativa, assentou a atividade empresária como elemento central no desenvolvimento econômico.

Há alguns tipos de sociedade dos quais o empresário dispõe para constituir uma empresa e que limitam, em maior ou menor grau, a sua responsabilidade em relação às obrigações assumidas. Contudo, qualquer que tenha sido o tipo societário escolhido, é fundamental que o Princípio da Autonomia Patrimonial seja prestigiado nos limites do modelo eleito.

Sem que se propicie proteção jurídica adequada ao investimento privado, a tendência é que haja um escoamento da atividade empresária e dos meios de produção de bens e serviços. E o Princípio da Autonomia Patrimonial constitui elemento fundamental para possibilitar essa condição.

7.2. Limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações patrimoniais

*L'autonomie patrimoniale est un aspect central du recours à la technique juridique de la société. Sur un plan pratique, c'est la limitation de responsabilité qui en résulte qu'est le motif déterminant de la constitution de nombreuses sociétés civiles ou commerciales (...).*²⁰⁵

O prestígio do Princípio da Autonomia Patrimonial é condição essencial à manutenção do investimento privado. Dele decorre a *limitação da responsabilidade* dos sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade empresária. Ao limitar o risco do empresário perder a totalidade dos seus bens pessoais em caso de insucesso do empreendimento, esse instrumento jurídico acaba por estimular o surgimento de novas sociedades empresárias.

²⁰⁵ VIDAL, 2008, p. 74.

Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais tem por escopo manter o risco empresarial em determinado nível que, de um lado, atraia os interesses dos investidores, de outro, contribua para que os preços dos produtos e serviços sejam acessíveis à maior parcela da população.²⁰⁶

A partir do momento em que se destina à pessoa jurídica patrimônio próprio por meio da integralização do capital social subscrito pelo sócio ou acionista, ocorre uma separação entre a esfera patrimonial de cada um dos que contribuíram para com o capital social da sociedade e o capital da própria sociedade. Este montante deverá ser utilizado em conformidade com o interesse social, tendo por finalidade última o cumprimento do objeto social, devidamente previsto no contrato ou no estatuto.

IVO WAISBERG considera a limitação da responsabilidade imprescindível a um ambiente de mercado que se pretende plural e que tem por objetivo a atração de investimentos.²⁰⁷ Isso porque a diminuição do risco inerente ao negócio tem por consequência direta uma atratividade maior de indivíduos dispostos a investir ou empreender.

Assim, enquanto o *corporate veil*²⁰⁸ – o “véu” que separa a pessoa jurídica de seus membros – existir, tem-se como premissa a limitação da

²⁰⁶ **COELHO**, 2014a, pp. 84-85. A seu ver, na medida em que restringe o risco inerente a qualquer empresa econômica, limitando ao montante investido a responsabilidade dos sócios, este princípio jurídico torna mais competitivos os empresários que operam no mercado brasileiro.

²⁰⁷ Nesse sentido, “A busca deste objetivo, de eficiência dinâmica e não estática, requer, entre outras coisas, altos volumes de investimento. Em uma economia privatizada, isto envolve o incentivo a propensão dos empreendedores em investir.” (**WAISBERG**, 2006, p. 37).

²⁰⁸ Na tradução livre, “véu corporativo.” Trata-se da expressão utilizada na literatura estrangeira para designar a ficção jurídica que separa a sociedade empresária das pessoas que a compõem. A descon sideração da personalidade jurídica é chamada, nos países de língua inglesa, de *piercing the corporate veil*, ou seja, perfurar, rasgar o véu corporativo. Como exemplos, cita-se **RAMSAY** e **NOAKES**, 2001; **MACEY**, 2014.

responsabilidade dos sócios ao montante por eles integralizado no capital social da companhia.

Há tipos societários que não prevêm a limitação da responsabilidade – e justamente por isso, ou melhor, justamente pela aversão ao risco que é comum a todo e qualquer indivíduo, essas espécies caíram em desuso. Há, ainda, tendência dos tribunais em desconsiderar a limitação da responsabilidade imposta por aquelas espécies contempladas pelo *corporateveil* como forma de “fazer justiça” ou simplesmente apelar ao descumprimento da norma por algum outro motivo. Esses são os *usos indevidos* da desconsideração da personalidade jurídica, dos quais se tratará mais adiante.

7.3. Subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

O Princípio da Subsidiariedade da Responsabilidade dos Sócios pelas obrigações sociais constitui derivação do Princípio da Autonomia Patrimonial. Por este princípio, a execução dos bens do sócio só é autorizada para o adimplemento das obrigações da sociedade depois de exauridos os bens do patrimônio da pessoa jurídica.

Este princípio é aplicável a todos os tipos societários, independentemente do regime de limitação de responsabilidade. Deveras. Enquanto a sociedade tiver patrimônio e recursos suficientes ao cumprimento de suas obrigações, não há sentido em recorrer ao patrimônio dos sócios.

Dispõe o artigo 1.024 do Código Civil expressamente que os bens dos sócios só podem ser executados depois de exauridos os bens da sociedade.

Como desdobramento lógico do princípio da autonomia patrimonial, portanto, tem-se que as obrigações assumidas pela sociedade são primeira e prioritariamente adimplidas ou cumpridas com o patrimônio pertencente à própria sociedade. O patrimônio dos sócios só deve ser levado em consideração após o esgotamento dos recursos da empresa – e justamente daí depende-se o seu caráter subsidiário em relação às obrigações sociais, mesmo na sociedade ilimitada.

O Projeto de Lei nº 1.572 de 2011, reafirma, em seu artigo 113, inciso III, o Princípio da Subsidiariedade da Responsabilidade dos Sócios, para, em seguida, estabelecer:

“A responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é sempre subsidiária. Os bens dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade senão depois de executados os bens do patrimônio social.”

A regra da subsidiariedade não é apenas material, mas também processual. O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) consubstanciou um avanço significativo na sua manutenção, assentando definitivamente esta orientação:

“Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembarcados, bastem para pagar o débito.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

§ 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

Do ponto de vista da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, bem como de seu caráter subsidiário em relação à sociedade, o novel Código de Processo Civil consitui um significativo avanço.

7.4. Responsabilidade ilimitada

Em alguns casos, a lei prevê que a responsabilidade do sócio é ilimitada.

Exemplo de responsabilidade ilimitada é a assumida pelo sócio ostensivo na Sociedade em Conta de Participação, prevista entre os artigos 991 e 996 do Código Civil. Nesse sentido, dispõe o Código Civil que na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida *unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade*, participando os demais dos resultados correspondentes. É o sócio ostensivo o único obrigado em relação a terceiros e, justamente por isso, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.

A razão de ser da inexistência de responsabilidade limitada fica evidente da leitura dos artigos. Dado que a condução da sociedade é feita no nome do sócio ostensivo, a previsão de responsabilidade ilimitada lhe serve de constrangimento quanto a eventuais abusos ou mesmo no tocante à condução ineficiente dos negócios. Por acarretar carga de risco significativa ao indivíduo, a sociedade em conta de participação caiu em desuso no ordenamento pátrio.

Além disso, o Código Civil prevê também a responsabilidade ilimitada ao sócio comanditado no contexto das sociedades em comandita simples, regidas pelos arts. 1.045 a 1.051 do Código Civil. É o artigo 1.045, *caput*, que contém a cláusula de responsabilidade ilimitada, ao dispor que os comanditados são pessoas físicas responsáveis “solidária e ilimitadamente” pelas obrigações sociais.

Trata-se de outro tipo societário em desuso – o que novamente comprova a aversão do empreendedor ao risco inerente à não-limitação da sua responsabilidade perante os credores da sociedade empresária.²⁰⁹

7.5. Desconsideração da personalidade jurídica

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é uma construção doutrinária relativamente recente. Sua sistematização é atribuída a **ROLF SERIK**, em 1953. Antes dele, outros autores já haviam se dedicado ao tema, entre os quais **MAURICE WORMSER**, nos anos 1910 e 1920. No Brasil, **RUBENS REQUIÃO** foi o precursor da sua difusão, no final dos anos 1960, apresentando-a como “*superação do conflito entre as soluções éticas, que questionam a autonomia*

²⁰⁹ Ao fazer referência ao desprestígio das comanditas por ações, **RUBENS REQUIÃO** ressalta que, “*Por ocasião dos debates ao projeto de Lei nº 6.404, de 1976, cogitou-se (...) extinguir as comanditas por ações. A ‘Exposição de Motivos’ do projeto definitivo registra essa intenção, que, de resto, foi afastada. Disse aquele documento: ‘o projeto considerou a hipótese de eliminar esse tipo de sociedade, dada a sua pouca utilização; prevaleceu, no entanto, a decisão de conservá-la, não apenas por ser mais um modelo de organização jurídica à disposição do empresário, mas ainda por ter sido nela introduzida inovação de maior significado: a possibilidade de o gerente ser pessoa jurídica, vale dizer, sociedade de responsabilidade limitada (arts. 281 a 285).’ Apressamo-nos em informar que essa alusão ao gerente pessoa jurídica não mais corresponde à realidade, de vez que, pela Emenda nº 29, da Câmara dos Deputados, foi rejeitada a direção ou gerência da sociedade anônima ou comandita por ações, formada por pessoa jurídica.*” (**REQUIÃO**, 2003, p. 301). Grifos no original.

*patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades.”*²¹⁰

Antes da sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento para a sua aplicação era o de que as fraudes e os abusos de direito, praticados por meio do princípio da autonomia patrimonial, não poderiam ser corrigidos senão por meio desta tecnologia.

Hoje, a desconsideração da personalidade jurídica está fundamentalmente prevista no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, e corresponde ao afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar o sócio por obrigação da sociedade. Sua aplicação não implica a anulação ou o desfazimento do ato constitutivo da sociedade, mas apenas a sua ineficácia episódica. Seu pressuposto se encontra, fundamentalmente, na confusão patrimonial entre a sociedade e os sócios.

Não constituindo mecanismo de desprestígio do Princípio da Autonomia Patrimonial, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, visa justamente preservar o instituto, reafirmando-o e impedindo o seu desvirtuamento.

²¹⁰ COELHO, 2014b, p. 38.

CAPÍTULO 8 – PRINCÍPIO MAJORITÁRIO NAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS E A PROTEÇÃO AO SÓCIO MINORITÁRIO

A manifestação de vontade da sociedade empresária se dá por meio das pessoas naturais investidas nesta função, pela lei ou pelo ato constitutivo, reunidas em Assembléia.

O princípio majoritário no direito societário não se traduz na ascendência do maior número de sócios em relação ao menor, mas da maior parcela de recursos nela investido. Em outras palavras, para fins de deliberação societária, o poder deliberativo do sócio é atribuído na *proporção da participação societária* por ele titularizada.

Nas sociedades limitadas, o sócio titular de quotas representativas de mais da metade do capital social é o majoritário. Nas sociedades anônimas, será o acionista titular de mais da metade das ações votantes, presentes na Assembléia Geral.

Noção bastante cara à prática empresarial tem sido, em reiterados trabalhos acadêmicos²¹¹ e decisões judiciais, a Proteção ao Sócio Minoritário na sociedade empresária, em contraponto ao Princípio Majoritário nas deliberações sociais. Para melhor compreensão do tema, é necessário entender qual é o tratamento destinado pela legislação ao conceito de minoria, bem como quais motivos levaram o legislador a decidir por bem preservar os interesses dos sócios minoritários.

²¹¹ Por todos: **LOBO**, 2006; **HENTZ** e **DIAS**, 2013; **ÁLVARES**, 2013; **SALAMA** e **PRADO**, 2011; **VOLPONI**, 2005.

As decisões nas sociedades empresárias não são necessariamente tomadas na proporção do número de sócios que a integram porque a lei optou por preservar os interesses dos sócios que correm mais riscos no empreendimento. Advém dessa lógica o fato de o sócio controlador ter um maior poder de decisão, proporcional ao total de bens e valores por ele investidos na constituição da sociedade.

Nas sociedades limitadas, é o sócio majoritário – aquele que detém mais da metade do capital social – quem determina os rumos da sociedade, por ser quem possui, de fato, o poder de decisão na direção da sociedade. No tocante às limitadas, os dispositivos legais (arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil) não preveem garantias específicas aos minoritários – aqueles sócios que detêm menos da metade do capital social – tampouco mecanismos para coibir abusos por parte dos sócios majoritários em relação a eles.²¹²

²¹² **JORGE LUIS BICA NETO** esclarece que “*para que haja uma proteção aos interesses dos sócios minoritários nas sociedades limitadas, existem duas alternativas: a primeira é a de negociar os termos de seu ingresso na sociedade e a segunda é não integrar a sociedade. Obviamente a segunda opção não deve ser considerada, pois se assim for, não teremos mais empreendedores dispostos a gerar riquezas e empregos para o nosso país. Em relação à negociação de regras a serem incluídas no contrato social ou em acordo de cotistas, os sócios minoritários devem exigir, como condição para integrar a sociedade, a adoção de termos que lhes assegurem garantias não inseridas na legislação sobre sociedades limitadas. ousamos denominar tais cláusulas de garantidoras. Por serem as relações nas sociedades limitadas do tipo contratual, os sócios minoritários devem preservar os seus direitos por meio de inclusão das “cláusulas garantidoras”, indispensáveis para que não sejam lesados por atos do sócio majoritário, além de impor limites ao poder deste na sociedade.*”

E continua, com exemplos de cláusulas de proteção ao minoritário no âmbito da sociedade limitada:

“a) *cláusula de unanimidade – impede a alteração do contrato social sem a aprovação de todos os sócios. A nosso ver, a cláusula mais importante de um contrato social, em relação à preservação de interesses dos sócios minoritários;*

b) *cláusula de distribuição anual de lucros – esta cláusula disporá sobre a obrigatoriedade de distribuição de um percentual mínimo do lucro líquido da empresa aos sócios, anualmente;*

c) *cláusula referente à cessão de quotas – referida regra pode dispor sobre as condições exigidas para a cessão das quotas a terceiros estranhos à sociedade, ou ainda, determinando condutas a serem observadas em caso de retirada ou morte de quotista;*

d) *omissão de cláusula dispondo sobre a exclusão de sócio por justa causa – cláusula de muita importância aos sócios minoritários, pois qualquer desavença entre estes e o sócio majoritário, serão resolvidas judicialmente;*

e) *cláusula que preveja acesso irrestrito às informações gerenciais da empresa – trata-se de cláusula mais abrangente do que os dispositivos dos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil, pois o exame dos livros e dos documentos constantes dos artigos supra, dão uma visão geral da gerência da sociedade,*

É na Lei das Sociedades Anônimas que se encontram os dispositivos de proteção aos minoritários, tais como: (i) o direito de recesso (arts. 136, 136-A e 137); (ii) a proteção ao minoritário no caso de fechamento de companhia aberta (arts. 4º e 4º-A); (iii) o direito ao “tagalong” no caso de alienação do controle (art. 254-A); (iv) a participação dos acionistas minoritários e preferencialistas na composição do conselho de administração e do conselho fiscal (arts. 141, 161, 163, 164 e 165); (v) o direito de solicitar aumento de prazo para convocação de assembleia ou sua interrupção na companhia aberta (art. 124); (vi) a previsão de arbitragem na solução de conflitos (art. 109, § 3º)²¹³; (vii) o acordo de acionistas; e (viii) a proporção, preferências e vantagens específicas nas ações preferenciais (artigos 15 a 17).

É importante ter em mente, para melhor compreender o sistema de proteção ao minoritário, que a Lei das S/A está inserida em um contexto muito específico no cenário político brasileiro. Como escrevem **BRUNO SALAMA** e **VIVIANE MULLER PRADO**:

O regime militar lutava para manter o poder político concentrado enquanto incentivava o crescimento econômico. De modo similar, a Lei de 1976 teve por objetivo diluir o capital acionário sem democratizar o poder político dentro das empresas. O objetivo central era justamente preservar os interesses dos controladores de grandes grupos empresariais nacionais. Por outro lado e por vezes contrariando os interesses dos controladores, a Lei das S/A criou mecanismos de proteção dos acionistas minoritários, com o objetivo de incentivar os investidores a aplicar recursos no mercado de valores mobiliários.²¹⁴

impedindo a aferição da regularidade e, principalmente, da economicidade dos atos praticados pelos administradores da sociedade empresária.”

²¹³ A Lei n.º 13.129/15, que introduziu uma série de reformas na Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96, também introduziu o artigo 136-A na Lei n.º 6.404/76 que vincula todos os acionistas a observar a cláusula arbitral aprovada com o quórum previsto no artigo 136, reservando ao dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

²¹⁴ **SALAMA** e **PRADO**, 2011, p. 3.

Assim, quando se coloca a questão da proteção ao acionista minoritário, é preciso saber que, em primeiro lugar, a nossa lógica normativa no tocante à atividade empresarial preza pela figura do controlador, atribuindo-lhe a direção da sociedade e os principais direitos daí decorrentes. Em segundo lugar, as garantias previstas aos acionistas minoritários servem de incentivo para que mais investidores contribuam para o desenvolvimento do mercado de capitais.

Nesse sentido, primou a Lei por cindir o poder político do poder econômico na dinâmica societária, separando a atribuição de tomar decisões na direção da companhia das vantagens econômicas que advêm da atividade desempenhada pela sociedade empresária.

O direito ao voto não necessariamente está relacionado à distribuição dos dividendos. E vice-versa.

8.1. Conceito de maioria e minoria

O conceito de democracia estendeu-se da sociedade civil para a sociedade empresária. Assim é que a tomada de decisões na empresa segue o princípio majoritário, ou seja, a maioria dos votos vence as deliberações sociais.

A “maioria” configura, nesse contexto, a parcela de ações suficiente para garantir, a um ou mais acionistas, a unidade superior a 50% (cinquenta por cento) das ações com direito a voto da sociedade.²¹⁵ É a maioria do capital que tem

²¹⁵ “Constata-se, assim, que o acionista controlador pode ser não apenas um indivíduo isolado, com a maioria das ações com direito a voto, como *um grupo de pessoas sob controle comum*, que seja titular de direitos sociais que assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia, e que use, efetivamente, o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento da companhia.” (MARTINS, 1984, p. 32).

direito a decidir os rumos da sociedade, constituindo o presente princípio uma forma de prestígio às deliberações da maioria.

Com isso, abre-se caminho não necessariamente para abusos por parte do(s) acionista(s) controlador(es), mas certamente para a possibilidade de desincentivo ao investidor individual na entrada na empresa. Afinal, pouco adianta aportar capital a um empreendimento econômico se, em maior ou menor medida, a ele não será garantido o direito de determinar como seu dinheiro será utilizado.

Essa contradição levou a uma baixa adesão de investidores ao então incipiente mercado de capitais em formação no Brasil, razão pela qual entendeu o legislador ser necessário estender as garantias e direitos aos acionistas minoritários – futuros investidores – como forma de promover o desenvolvimento do setor.²¹⁶

Dentre os diversos tipos de direitos, enumerados na seção anterior, percebe-se que a maioria deles está relacionada à estabilização das relações de poder entre o acionista controlador e os acionistas minoritários.

Fato é que a Lei prevê a possibilidade de retirada, em seus artigos 136-A, *caput*, e art. 137, *caput*:

“Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se

²¹⁶ A própria Exposição de Motivos da Lei das S.A. enuncia essa preocupação com a relação entre proteção ao investidor e aumento do investimento: “O projeto visa, basicamente, a criar a estrutura legal ao fortalecimento do mercado de capitais do país, que no atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira, é essencial para a sobrevivência das empresas privadas. A mobilização voluntária de economias para o setor produtivo requer um sistema que garanta ao acionista minoritário a observância de regras claras e equitativas, que sejam atraentes em termos de segurança e lucratividade sem paralisar a comunidade de negócios.” Grifou-se.

da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), (...).²¹⁷ Grifou-se.

Diante destes dispositivos legais, abre-se a possibilidade – e, em contrapartida, a obrigação para o acionista controlador – de que o interesse do acionista minoritário seja contemplado em determinadas questões relevantes na atividade societária. Ainda mais se se levar em consideração que o reembolso a que tem direito o dissidente termina, eventualmente, por desvalorizar a empresa – a subtração de parcelas do capital social por diversos minoritários descontentes levaria, ao fim e ao cabo, ao desinvestimento da companhia.

O legislador impõe, com essa medida, desvantagem econômica ao acionista controlador que desconsidera o interesse dos acionistas minoritários, além de garantir a estes últimos uma linha de ação defensiva em caso de abuso por parte do controlador ou simplesmente em caso de discordância em relação aos rumos assumidos pela sociedade – sociedade esta em que suporta risco por meio de capital investido.

²¹⁷ “Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quorum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:

I - criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;

II - alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;

III - redução do dividendo obrigatório;

IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra;

V - participação em grupo de sociedades (art. 265);

VI - mudança do objeto da companhia; (...)

IX - cisão da companhia;”

A minoria pode ser conceituada, portanto, por exclusão: uma vez identificado o detentor da maioria de votos dentro da sociedade empresária, ou seja, daquele que, de fato, exerce a direção da sociedade, a minoria pode ser identificada como *o restante dos votos*, que não são suficientes, por si só, para assumir a administração do interesse social e das atividades desenvolvidas pela empresa.

*As considerações acima feitas mostram que o acionista controlador, mesmo em uma sociedade anônima fechada, não pode agir discricionariamente em prejuízo, direto ou indireto, dos acionistas minoritários, em face do disposto no artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas. De fato, esse dispositivo legal, exemplificando casos de abuso de poder, limita a atuação do acionista controlador, dando-lhe responsabilidade pessoal pela prática de certos atos com a finalidade de prejudicar os acionistas minoritários.*²¹⁸

8.2. Dissidência

A dissidência configura a principal garantia do acionista minoritário contra eventual discricionariedade lesiva aos seus interesses por parte do acionista controlador. O direito de retirada já foi estudado anteriormente²¹⁹, quando se tratou do Princípio da Legalidade.

O direito de recesso de acionistas por discordância de deliberação das assembleias de sociedades anônimas foi introduzido, no Brasil, pelo Decreto nº 21.536 de 1932.²²⁰ Isso significa que o legislador, já naquele momento, mostrava-se atento às demandas do mercado em termos de segurança e salvaguardas

²¹⁸ MARTINS, 1984, p. 38. E continua: “A lei relaciona alguns atos [de abuso de poder] apenas *exemplificativamente*; daí outros, que não os expressamente enumerados, constituírem também atos pelos quais o acionista controlador poderá ser responsabilizado.” Grifo no original.

²¹⁹ Ver seção *supra* 5.1.

²²⁰ Já o Código Comercial de 1850 não trazia nenhum dispositivo autorizando a retirada de acionista dissidente de deliberação das assembleias gerais das sociedades anônimas. (MARTINS, 1988, p. 121).

contra a figura do sócio majoritário – lembrando que a história societária brasileira sempre pendeu para a importância do acionista controlador na condução da empresa e, em última análise, na condução da própria ordem econômica.

A dissidência surge, assim, não apenas como um direito reservado ao acionista descontente com os rumos assumidos pela sociedade empresária, mas também como a possibilidade de retirada de um entrave à livre condução da sociedade pelo sócio majoritário.

A partir do momento em que a lei dá ao minoritário o direito de se retirar da empresa, essa garantia deve ser entendida como uma forma de agradar tanto os mais vulneráveis no sistema – como é o caso dos acionistas minoritários –, quanto aqueles que são apenas indiretamente beneficiados pela medida – caso dos acionistas majoritários.

O direito de dissidência reproduz, enfim, a noção que permeia o sistema societário brasileiro quanto ao poder de controle ser mais relevante e mais caro ao acionista do que os direitos patrimoniais decorrentes da condição de sócio.

8.3. Direito de fiscalização

Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, é inegável que o direito de fiscalizar somente se torna um efetivo instrumento de tutela do acionista se os canais de trânsito de informações relativas à situação da companhia e dos administradores estiverem desobstruídos. Por isso, os administradores da sociedade

anônima são sujeitos de direito a quem a lei imputa o dever de franquear informações aos acionistas²²¹.

WALDÍRIO BULGARELLI ensina que o direito do acionista à informação é conferido à minoria para obrigar a maioria e os administradores a prestarem certas informações e, nesse sentido, parece-lhe sintomático que a lei o trate como dever de informar, principalmente em vista do mercado acionário. Já o direito de fiscalizar é um direito tradicional conferido ao acionista individualmente para se interar dos negócios sociais²²².

Liga-se, portanto, o direito de fiscalização ao direito de informação, para que o acionista possa exercer controle eficaz sobre a gestão social.

Para **MODESTO CARVALHOSA**, ao direito de fiscalizar corresponde o dever da companhia de informar os acionistas. Daí o seu entendimento de que o enunciado do inciso III do artigo 109 deveria ser ampliado para “direito de fiscalizar e de ser informado dos negócios sociais”²²³.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO considera a informação condição indispensável tanto para o exercício do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais quanto para o direito de voto, na medida em que elas interferem diretamente na vontade do acionista, prejudicando sua participação regular na vida da sociedade²²⁴.

²²¹ *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, p. 295.

²²² **BULGARELLI**, 1984, p. p. 61.

²²³ **CARVALHOSA**, 2009a, p. 304.

²²⁴ **GUERREIRO**, 1982, p. 30

Desta forma, embora não esteja enumerado no rol do artigo 109, conclui-se que o direito à informação deve ser considerado um direito essencial, dada a sua importância e imprescindibilidade para o exercício do direito de fiscalizar.

Mas a fiscalização dos negócios sociais na sociedade anônima não se processa de modo informal. Cerca-se de uma série de cautelas, a fim de evitar que venha a perturbar o bom andamento da marcha normal da sociedade, conforme será visto adiante.

O acionista é titular do direito de fiscalizar, na forma prevista em lei, a gestão dos negócios sociais. Porém, a evolução desse tipo de direito demonstra que, contraposto à impossibilidade de o acionista estar a toda hora pedindo informações, previu-se o exercício através do fornecimento de balanços, demonstrações de contas e do exame de livros, em épocas próprias. Por essa razão, a Lei das Sociedades Anônimas prevê a publicação dos balanços e contas, em datas determinadas, e de aviso dos acionistas, para exame dos documentos relativos. O acionista não é livre, portanto, para determinar o meio pelo qual irá exercer o direito de fiscalização.

Segundo **FÁBIO ULHOA COELHO:**

“O acionista não pode, a pretexto de exercer seu direito essencial de fiscalização, pretender assistir às reuniões de Diretoria, ser informado das balizas das negociações em que está envolvida a sociedade, inspecionar o estabelecimento empresarial, fazer o controle físico do estoque, ou outras ações que, mesmo reputadas relevantes por ele, não estão especificamente mencionadas na lei como instrumento ao seu alcance. A falta de liberdade para definição do meio dá os contornos para o direito de fiscalização, estabilizado as

*relações de poder. A fiscalização da gestão da empresa, pelo acionista, não pode interferir no regular desenvolvimento desta*²²⁵.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, antes da reforma de 1976, enumerava três mecanismos de exercício do direito de fiscalização:

“a) facultando diretamente a qualquer acionista o exame do balanço social, da conta de lucros e perdas, e obrigando os administradores a apresentar um relatório anual sobre os negócios e a situação da companhia;

b) tornando obrigatória a eleição do Conselho Fiscal, ao qual compete examinar os livros, verificar o saldo de caixa, exigir informações da administração e dar parecer sobre os negócios e operações sociais, tomando por base o inventário, o balanço, e as contas da administração;

*c) concedendo a todos os acionistas o ingresso nas Assembléias Gerais, a fim de discutir o objeto sujeito à deliberação delas*²²⁶.

Além disso, asseverava que em caso de cerceamento, entrave ou impedimento da atividade fiscalizadora do acionista pelos órgãos da sociedade, teria o acionista recurso ao Judiciário, garantindo-lhe o exercício do direito, anulando a resolução ilegal e condenando a sociedade, ou os órgãos de direção, a reparar os prejuízos causados ao acionista²²⁷.

Ainda na vigência do Decreto-lei 2.627/40, **GUDESTEU PIRES** enumerava as faculdades nas quais se desdobrava o direito de fiscalização, que, segundo **WALDÍRIO BULGARELLI**, foram mantidas, com pequenas alterações, pela lei atual:

“a) exibição integral dos livros de escrituração da sociedade, por ordem judicial, a requerimento de acionistas representando um vigésimo do

²²⁵ **COELHO**, 2014b, pp. 292-293.

²²⁶ **VALVERDE**, 1959, p. 40.

²²⁷ **VALVERDE**, 1959, p. 40.

capital social, desde que sejam apontados atos violadores da lei ou dos estatutos ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da sociedade;

b) o exame do relatório da Diretoria, da cópia do balanço e da conta de lucros e perdas, dentro de trinta dias anteriores à Assembléia convocada para deliberação sobre esses documentos;

c) ingresso na Assembléia Geral, direito de discussão e de voto e pedido de adiamento das deliberações, para serem solicitadas novas informações por meio de diligências ordenadas pela Assembléia;

d) direito de convocar a Assembléia Geral Ordinária quando a Diretoria retardar por mais de dois meses a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto;

e) direito de convocar uma Assembléia extraordinária, quando o pedido, devidamente fundamentado, feito à Diretoria por acionistas representando um quinto do capital social, não foi atendido por aquele órgão, no prazo de 8 dias;

f) a eleição anual de um Conselho Fiscal, o qual poderá examinar em qualquer tempo os livros e papéis da sociedade, o estado da caixa e da carteira, devendo os diretores e liquidantes fornecer-lhes as informações solicitadas;

g) cabe a qualquer acionista ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos causados ao patrimônio social, desde que a sociedade não promova essa responsabilidade no prazo legal;

h) pedido de liquidação judicial da sociedade em ação proposta por acionistas que representem mais de um quinto do capital social e provem não poder ela preencher o seu fim”²²⁸.

Conclui-se, portanto, que essas faculdades concentravam-se basicamente na participação do acionista nas Assembléias Gerais, no recebimento de informações através de balanços e relatórios, e, indiretamente, através do Conselho Fiscal.

228

BULGARELLI, 1980, p. 190.

Na lição de **RUBENS REQUIÃO**, a limitação do direito de fiscalizar visa a impedir que esse direito se torne um empecilho à boa marcha da administração, que poderia ser perturbada por contínua e impertinente fiscalização²²⁹.

JOSÉ EDVALDO TAVARES BORBA assevera que a fiscalização dos acionistas não se processa de forma direta, mas através do Conselho Fiscal e das auditorias independentes. Funda-se, a fiscalização, na massa de informações que a sociedade é obrigada a divulgar e no direito à exibição dos livros sociais, a qual poderá ser requerida por acionistas representando no mínimo 5% do capital social²³⁰.

MODESTO CARVALHOSA considera que o caráter capitalista das sociedades por ações pressupõe, na maioria dos casos, que o exercício do direito de fiscalizar e inspecionar a gestão dos negócios sociais seja exercido pelos acionistas possuidores de um número mínimo de ações e, por isso, são prerrogativas atribuídas aos acionistas minoritários e não aos acionistas em geral. Inclui, entre os direitos individuais de fiscalizar e inspecionar a companhia, o de participar das Assembléias e, nelas, discutir o assunto em pauta (LSA, art. 125, parágrafo único), e ainda o de exigir os procedimentos daí decorrentes, capitulados nos artigos 130 e 157 da Lei das Sociedades por Ações²³¹.

Para **FÁBIO ULHOA COELHO**²³², os instrumentos de que dispõe o acionista para fiscalizar a gestão da sociedade são os seguintes: a) acesso aos livros da sociedade; b) funcionamento do Conselho Fiscal; c) prestação de contas anual dos administradores; d) votação das demonstrações financeiras pela Assembléia Geral; e) auditoria independente.

²²⁹ **REQUIÃO**, 2003, p. 150.

²³⁰ **BORBA**, 2012, p. 291.

²³¹ **CARVALHOSA**, 2009a, p. 305.

²³² **COELHO**, 2014b, pp. 292-295.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de passar à conclusão, é importante tecer algumas considerações acerca do futuro da agenda de pesquisa no tocante ao estabelecimento e ao desenvolvimento da principiologia no âmbito do Direito Societário.

Uma vez estabelecida a sua condição normativa, os princípios podem e devem fazer parte da argumentação dos operadores do Direito. Se encarados sob esse ponto de vista, ainda há muito a ser trabalhado para a consolidação de uma linha de pensamento principiológica no Direito Comercial.

Um ponto especialmente relevante, que tem assumido cada vez mais espaço nas discussões acadêmicas e em decisões judiciais, é a noção de *transparência*.²³³ Trata-se de tendência no Direito como um todo, atingindo principalmente o Direito Administrativo, mas com impactos comuns ao Direito Civil, Direito Penal e, claro, ao Direito Societário. É, provavelmente, o assunto que concentrará esforços nos próximos anos, tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência.²³⁴

²³³ Também chamada por alguns autores, como **CALIXTO SALOMÃO FILHO**, de “informação completa.” Para a visão do autor sobre o tema, ver **SALOMÃO FILHO**, 2015, pp. 177 e seguintes.

²³⁴ Diversos órgãos e entidades governamentais atentam à relevância de divulgação de dados acerca da fonte e administração de recursos públicos, no que vem configurando uma tendência a atingir também o setor privado. Vários são os estados da Federação que já possuem os chamados “Portais da Transparência”, como São Paulo (<http://www.transparencia.sp.gov.br/>), Espírito Santo (<http://www.transparencia.es.gov.br/>), Rio Grande do Sul (<http://www.transparencia.rs.gov.br/>), e Minas Gerais (<http://www.transparencia.mg.gov.br/estado/pessoal>). Dentre os órgãos públicos, destacam-se o Senado Federal (<http://www12.senado.gov.br/transparencia/>), a Controladoria-Geral da União, vinculada ao Governo Federal (<http://www.portaltransparencia.gov.br/>), a Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/transparencia>), e a Universidade de São Paulo (<http://www.transparencia.usp.br/>). Diversos tribunais aderiram ao novo paradigma de transparência, como é o caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (<http://www.tjdft.jus.br/transparencia>), o Tribunal Superior do Trabalho (<http://www.tst.jus.br/web/aceso-a-informacao/transparencia>), dentre outros.

Importante salientar que muito embora a noção de transparência tenha sua origem no Direito Público, ela já tem influenciado e direcionado diversos campos do Direito – como é o caso do Direito do Consumidor²³⁵ e do Mercado de Capitais.

O Mercado de Capitais já conhece há algum tempo o Princípio da Transparência (ou *disclosure*) como instrumento jurídico que visa a assegurar a todos os investidores oportunidades iguais de negociação, o que somente se consegue através da ampla divulgação das informações que influenciem, de modo ponderável, a cotação das ações.

Segundo **FRAN MARTINS**, a necessidade da *disclosure* foi recomendada, pela primeira vez, pelo presidente **FRANKLIN ROOSEVELT** ao Congresso Americano, em mensagem que declarava:

*“temos, na verdade, uma obrigação de insistir que cada emissão de novas ações a ser negociadas no comércio interestadual deve ser acompanhado de grande publicidade e informação”*²³⁶.

A recomendação presidencial foi aceita pelo *Securities Act*, de 1933, e, em seguida, pelo *Securities Exchange Act*, de 1934, pelo *Public Utility Holding Company Act*, de 1935, pelo *Trust Indenture Act*, de 1939, pelo *Investment Company Act*, de 1940, e pelo *Investment Advisers Act*, datado do mesmo ano. Em 1963, A *Securities Exchange Commission* (SEC) declarava:

“a disclosure é a pedra angular da legislação federal sobre valores mobiliários; é o sine qua non da análise e decisão do investimento; é a grande salvaguarda que governa a conduta da administração em muitas de suas atividades; é o melhor baluarte contra a publicidade

²³⁵ Sobre o Princípio da Transparência no Direito do Consumidor, ver **COELHO**, 1994.

²³⁶ **MARTINS**, 1978, p. 31.

*negligente não só de recomendações irresponsáveis como da venda de valores mobiliários*²³⁷.

ROBERT MUNDHEIM afirma que o *disclosure* tem sido um elemento essencial na legislação norte-americana sobre mercado de capitais, tendo em vista que o fornecimento de informações sobre as empresas cujas ações são distribuídas ou negociadas no mercado proporciona aos investidores uma base que lhes permite fazer um julgamento racional dos méritos comparativos dessas empresas, sob a ótica dos investimentos²³⁸.

Nos Estados Unidos, existe uma intensa discussão acadêmica sobre a validade do processo de *disclosure*, havendo economistas que procuram demonstrar a sua absoluta inutilidade.

MORRIS MENDELSON noticia que certos economistas têm contestado a validade de se impor a prática do *disclosure*, argumentando que a utilidade das informações concedidas aos acionistas das empresas não justifica as despesas acarretadas pelo processo. Argumentam, também, segundo o autor, que a administração da empresa fornece, voluntariamente, toda informação cujo valor para os acionistas excede o custo marginal. Por outro lado, os defensores da regulação acreditam que o *disclosure* proporciona elevação das taxas de retorno de novas ações porque elimina grande parte das fraudes que podem ocorrer por ocasião de sua venda e permite aos investidores melhor avaliar os emissores, impedindo assim que se submetam a preços excessivos²³⁹.

O fato é que esse processo de socialização de informações desempenha um papel importante na proteção dos investidores, que, tendo

²³⁷ MARTINS, 1978, p. 31.

²³⁸ MUNDHEIM, 1975, p. 182.

²³⁹ MENDELSON, 1975 pp. 353-354.

conhecimento de determinada transação, poderão tomar medidas para se proteger de possíveis fraudes e operações arrojadas.

No Brasil, o *disclosure* constitui uma obrigação de fazer do administrador de companhia aberta, traduzida pela conjugação dos deveres de lealdade e informação, cuja finalidade é dar ciência ao acionista e ao mercado dos fatos relevantes nas atividades da companhia.

Sua origem em nosso Direito é explicada por **ALFREDO LAMY FILHO** e **JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA**:

“No Brasil a evolução seguiu, de perto, o que se passava no direito continental europeu. Depois de longo período de mera disciplina do direito de informação do acionista, em 1968, com a Lei de Mercado de Capitais (n. 4.728, de 1965) o Banco Central do Brasil, através da Instrução n. 88, de 30-01-68, instituiu um registro das companhias que desejassem ter seus títulos negociados em Bolsa de Valores, no qual se obrigavam a firmar termo com o compromisso de revelarem prontamente, ao público, as decisões tomadas pela Diretoria e pela Assembléia Geral com relação a dividendos, direitos de subscrição ou outros elementos relevantes que possam afetar os preços dos títulos ou valores mobiliários de sua emissão ou influenciar as decisões dos investidores.”²⁴⁰.

Para os juristas, esse dever de “*divulgar fatos de interesse do mercado*”, hoje consagrado pelo artigo 157, § 4º, da Lei das Sociedades por Ações, é mais amplo do que o direito de informação do acionista.

²⁴⁰ LAMY FILHO, 1996, p. 383.

O fundamento econômico deste Princípio é o de que deve haver igualdade de informações para a realização de negócios. Sob esse aspecto, o *disclosure* constitui um desdobramento do Princípio da Isonomia.

No Mercado de Capitais, percebe-se o papel ativo da Comissão de Valores Mobiliários, que desde a publicação da Instrução nº 358, em 2002, tem se posicionado no sentido de garantir transparência ao mercado. Por trás da garantia de transparência há a crença de que, quanto mais translúcidos forem os atos de gestão da companhia, maior a segurança e a confiança no mercado.²⁴¹

Acredita-se que a evolução natural do direito à informação – ou, antes, do direito essencial de fiscalização – seja a afirmação do Princípio da Transparência no Direito Societário, e não apenas no Mercado de Capitais, e com contornos muito mais voltados para a clareza na condução dos negócios sociais do que propriamente para adivulgação de fatos relevantes. A grande questão a ser enfrentada pe que disponibilizar informação com esse grau de sofisticação envolve custos, além de revelar segredos de negócio.

Novamente, o que se pretende aqui é simplesmente problematizar a questão. Fato é que a discussão acerca da necessidade ou não de transparência na prática empresarial tende a recrudescer.

É, sem dúvida, agenda de pesquisa de fundamental importância, que carece de estudos incisivos e dados concludentes.

²⁴¹ Outros exemplos de Instruções editadas e publicadas pela CVM que contêm dispositivos acerca da transparência são: Instrução nº 400, Instrução nº 480, Instrução nº 547, Instrução nº 555.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procurou-se mostrar a importância da apropriação de uma argumentação principiológica pelo Direito Societário. Primeiramente, buscou-se fazer uma retrospectiva analítica acerca da recepção da teoria dos princípios no Brasil, aliando-se a isso como a doutrina brasileira adaptou as diferentes correntes estrangeiras às necessidades pátrias.

Como foi demonstrado, a argumentação por princípios dá ensejo a uma maior aproximação do julgador ao caso concreto – sem que, com isso, haja um distanciamento das regras positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. Reforça-se que a utilização de princípios na argumentação jurídica não deve possibilitar ou ter por objetivo o descumprimento de norma posta.

Dito isto, o recoser dos princípios tem muito a contribuir com a prática empresarial, permitindo não apenas uma concretização maior da segurança jurídica como também, e conseqüentemente, um melhor desenvolvimento do mercado como um todo. Nesse sentido, **WALDIRIO BULGARELLI**:

*Também se aponta como característica do direito comercial a sua função instrumental, decorrente dos imperativos da vida econômica, formando o direito comercial institutos específicos para atender-lhe às necessidades (...). Em contrapartida, esses mecanismos levam em conta a necessidade de segurança e certeza nos negócios, daí um tipo diferente de formalismo (...).*²⁴²

²⁴² **BULGARELLI**, 1999, p. 17.

A função instrumental do Direito Societário certamente tem muito a ser enriquecida através da principiologia que, como já foi dito, não infringe ou mesmo contradiz o formalismo inerente ao Direito. Princípio é espécie de norma, igualmente legítimo para justificar decisões judiciais e influenciar o pensamento jurídico doutrinário.

No capítulo seguinte, este trabalho procurou retomar a forma clássica de resolução de contradições entre regras, também conhecida por solução de antinomias. As antinomias, como se viu, estão estabelecidas no imaginário jurídico como uma lógica *tudo ou nada*, ou seja, em se tratando de conflito entre regras, uma delas necessariamente terá de ser considerada inválida no caso analisado que incitou a contradição.

Os princípios, por sua vez, não são aplicados com a mesma lógica. E justamente por isso optou-se por denominar a incidência paralela e contrastante entre princípios por *pontos de tensão*, visto que não há que se falar em *contradição* entre princípios – a incidência de um princípio não *anula*, ou melhor, não inviabiliza a aplicação de outro ou outros princípios. Antes, o que se tem é o sopesamento, pelo juiz, de um ou mais princípios que incidem sobre determinada questão.

Assim, é perfeitamente possível – ao contrário das regras – que um princípio seja apenas parcialmente aplicado em uma decisão judicial. Essa nova forma de pensar e utilizar um instrumento normativo já é adotada em outros campos do Direito (como no Direito Constitucional e no Direito Administrativo), principalmente porque, no atual contexto em que se vive, há tamanha pluralidade de interesses envolvida, mesmo nas questões mais simples, que um viés de decisão e aplicação “*tudo ou nada*” deixa de abarcar expectativas jurídicas relevantes e incorre, em última instância, em uma simplificação demasiada do mundo moderno.

Uma vez estabelecida a importância dos princípios à prática jurídica e, principalmente, à prática empresarial, a segunda parte desta Tese inovou no sentido de estabelecer quais princípios seriam úteis e necessários ao Direito Societário, além de apontar quais seriam, de pronto, os pontos de tensão identificáveis que poderiam surgir entre eles ou entre eles e outros dispositivos legais.

É claro que um trabalho que se pretende inovador abre caminho para uma agenda de pesquisa que consolide e reavalie seu conteúdo. A lista apresentada não se pretende exaustiva – o que seria demais pretensioso. Um ponto que certamente figurará em futuros trabalhos sobre o tema “Princípios no Direito Societário” e que, por ainda ser incipiente, não figurou na análise desta Tese, é a noção de *transparência*. Fica, assim, enunciada uma questão que ainda carece de estudos e dados mais aprofundados a fim de ser devidamente avaliada no âmbito da atividade empresarial.

Os princípios aqui analisados têm por base uma série de enunciados constitucionais e infra-constitucionais que, em conjunto, constituem um arcabouço principiológico específico à realidade brasileira.

No entanto, o que se pretendeu demonstrar com maior cuidado foi que o *Princípio da Liberdade de Associação* nada tem a acrescentar ao Direito Societário – muito embora a doutrina tenha, historicamente, alegado o contrário. Fato é que dois outros princípios – o Princípio da Liberdade de Iniciativa e o Princípio da Legalidade – abarcam todas as hipóteses que comumente são atribuídas à liberdade de associação. Além disso, eles ainda constituem princípios de previsão específica ao Direito Societário, não sendo, como é o Princípio da Liberdade de Associação, uma extensão interpretativa bastante problemática.

Os demais princípios estudados e desenvolvidos comprovam que o Direito Societário tem muito a ganhar com o reconhecimento de institutos principiológicos próprios ao campo – e não apenas em termos doutrinários e práticos, mas também em termos de segurança jurídica e de incremento da ordem econômica brasileira. Isso porque, como já foi dito anteriormente, a utilização de uma argumentação por princípios permite que um número maior de expectativas seja contemplado sem que, com isso, proceda-se ao descumprimento de regras. Os princípios funcionam como elementos de decisão adicionais dos quais o juiz pode dispor em seu convencimento e fundamentação.

Finalmente, a conclusão a que se chega retoma o enunciado de **WALDIRIO BULGARELLI** com o qual se iniciou esta seção. Os princípios devem servir de meio ao papel instrumental cumprido pelo Direito Societário. Ao longo dos anos, diversos têm sido os instrumentos e institutos utilizados para manter – ou antes, incentivar – a característica dinâmica deste campo do Direito, campo este que deve o seu caráter de permanente dinamicidade ao mercado e às práticas aí encontradas. A vida empresarial traz constantes atualizações e inovações, que surgem e recrudescem em velocidade maior que em outros setores da vida em sociedade.

Para melhor atender ao mercado, para melhor administrar suas expectativas e permitir sua expansão, é imperativo que o campo do Direito mais próximo a ele possa manter-se igualmente dinâmico e, antes, possa manter-se igualmente atualizado e inovador.

É isso que se pretendeu com esta Tese: dar um passo em direção à inovação.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR – Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao supranacional*. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2011.

ALVARENGA, Helga Araruna Ferraz de. *Cessão de Quotas de Sociedade Limitada*. In: PERES, Tatiana Bonatti [coord.]. **Temas Relevantes de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Direito do acionista à informação*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo: 2004.

ALVARENGA, Luiz Antônio de Almeida. *Dissolução, Liquidação e Extinção das Sociedades Limitadas Personificadas*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo: 2004.

ARNOLDO, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristinade Camargo. *Função Social da Empresa*. *Direito-USF*, V.17, pp. 87-90, jul./dez.2000.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Salvador: **Revista Diálogo Jurídico**, Ano I, v. I, nº 4, julho de 2001.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 15^a edição, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATALHA, Wilson de Campos. *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. Paris: PUF, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. *A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis*. Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UnB, 10ª edição, 1991.

BOITEUX, Fenando Netto. *Função Social da Empresa e o Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, vol. 125, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 13ª edição, 2012.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1991.

BOTTALO, Eduardo Domingos. *Relações de cooperação entre empresas*. Revista do Advogado. São Paulo. n. 16, 1984.

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 1980.

_____. *Direito de Fiscalização da Companhia por Acionista e Dever de Informar da Administração*. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 580, pp. 58-62, 1984.

_____. *Fusões, incorporações e cisões na sociedade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998

_____. *Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 14ª edição, 1999.

_____. *Sociedades Comerciais*. São Paulo: Atlas, 10ª edição, 2001.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CÂNDIDO, Vicente. *Os Princípios Constitucionais e a Exploração da Atividade Econômica*. In: COELHO, Fábio Ulhoaet alii [coord.]. **Reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. _____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2009a.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2009b.

_____.; e EIZIRIK, Nelson. *Estudos de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e Poder*. São Paulo, Saraiva, 1992.

_____. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo, Saraiva: 1994.

_____. *Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de Direito Civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Comercial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2008

_____. *O Futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 24ª edição, 2012b.

_____. et alii. *Os Princípios do Direito Comercial*. In: **Reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 101-116.

_____. *Curso de Direito Comercial*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 18ª edição, 2014a.

_____. *Curso de Direito Comercial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 18ª edição, 2014b.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 63, pp. 71-79, 1986.

_____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1990.

_____. *Estado, Empresa e Função Social*. São Paulo, **Revista dos Tribunais** nº 732, pp. 38-46, 1996.

_____.; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DANTAS, Bruno. *Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais*. Artigo Publicado na Revista da Associação dos Advogados de São Paulo n.º 117, outubro de 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 17ª edição, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 17ª edição, 2005.

_____. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *As Lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 3ª edição, 2010.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, v. I. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade – Função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

_____. *Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRONTINI, Paulo Salvador. *A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos*. **Revista de Direito Mercantil**, v. 14, n. 18, pp. 31-38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Função Social da Companhia: Limitações do Poder de Controle*. In: ADAMEK, Marcelo Veiravon[coord.]. **Temas de Direito Societário e Empresarial**, São Paulo: Malheiros, 2011.

GONÇALVES, Oksandro. *O Recoser da Autonomia Patrimonial e da Responsabilidade Limitada no Projeto do Novo Código Comercial*. In: COELHO, Fábio Ulhoaet alii. **Reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 363-386.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Parecer*. Curitiba, março de 2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-sociedades.pdf>. Último acesso em 3 de dezembro de 2015.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *O Conselho Fiscal e o Direito à Informação*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 1, n. 45, p. 29, 1982.

HENTZ, Luiz Antonio Soares e DIAS, Fabio Marques. *Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada*. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50, Nº 197, jan.-mar. 2013.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*, vol. 2, parte III, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LEITE, Fábio Carvalho. *Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro*. In: PEIXINHO, Manoel Messias et alii [org.]. **Os princípios da Constituição de 1988**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIMA, Osmar Brina Correa. *Sociedade Anônima*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Sobre a eficácia da Lei de S/A como instrumento de desenvolvimento econômico*. Nova Lima, **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, nº 27, pp. 329-345, 2013.

LOBO, Jorge. *Governança corporativa - Princípio da proteção ao acionista minoritário*. **Migalhas**, junho de 2006.

_____. *Direitos dos acionistas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas – comentários à lei (arts. 1º ao 120)*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MACEY, Jonathan R. e MITTS, Joshua. *Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil*. **Cornell Law Review**, Yale Law & Economics Research Paper No. 488, 2014.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 1973.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Direito Societário: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Novos estudos de direito societário – sociedades anônimas e sociedades por quotas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26ª edição, 2009.

MENDELSON, Morris. *Uma avaliação da regulação de disclosure sob a ótica dos economistas*. In: Revista Brasileira do Mercado de Capitais, n. 3, pp. 353-354. Rio de Janeiro: IBMEC, 1975.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.

MODUGNO, Franco. *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*. Torino: Giappichelli, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 1, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 31ª edição, 1990-1993.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 5ª edição, 2005.

MUNDHEIM, Robert. *Tendências do processo de disclosure nos Estados Unidos*. In: Revista Brasileira de Mercado de Capitais, vol. 2, pp. 181-186. Rio de Janeiro: IBMEC, 1975.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

NETO, Jorge Luis Bica. *Garantias dos sócios minoritários na sociedade limitada*. **Caderno Debate Cidade**, nº 1466, 2009.

NETTO, Eduardo Salomão. *O “trust” e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PAPINI, Roberto. *Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PARGENDLER, Mariana. *Evolução do Direito Societário no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, Série Produção Científica, 2013.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1958.

PRADO, Viviane Muller e CARMO, Lie Uema do (orgs.). *Estudos empíricos sobre temas de Direito Societário*. São Paulo: Editora Saraiva, Série Produção Científica, 2012.

RAMSAY, Ian M. e NOAKES, David B. *Piercing the Corporate Veil in Australia*. 19 **Company and Securities Law Journal** 250-271, 2001.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 9ª edição, 1981.

_____. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1992.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 2003.

_____. *Direito Comercial*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 31ª edição, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____ e PRADO, Viviane Muller. *Proteção ao Acionista Minoritário no Brasil: Breve Histórico, Estrutura Legal e Evidências Empíricas. Estudos em Memória de José Luís Saldanha Sanches*. Lisboa, 2011.

SALGADO, Lúcia Helena. *A economia política da ação antitruste*. Rio de Janeiro: Singular, 1997

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa 158, pp. 265-278. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 2003, p. 268.

SGARBI, Adrian. *Teoria do direito. Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Introdução à teoria do direito*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, vol. 1, pp. 607-630, 2003.

_____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2010.

_____. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Princípios fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2014.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Jurisdição Constitucional Política*. Trabalho de Pós-Doutorado. Tutoria Fernando Herren Fernandes Aguillar. São Paulo: Universidade de São Paulo: Escola de Artes, Ciências e Humanidades, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para cééticos*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2014.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, Egberto de Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2012.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. v. 3, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004.

VIDAL, Dominique. *Droit des Sociétés*. Paris: Lextenso Éditions, 2008.

VOLPONI, Plínio Ribeiro. *Direitos dos acionistas minoritários*. **Migalhas**, março de 2005.

WAISBERG, Ivo. *Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

_____. *O projeto de Lei n. 1.572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial*. In: COELHO, Fábio Ulhoaet alii [coord.]. **Reflexões sobre o projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 67-84.