

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Daniel Bushatsky

O princípio da segurança negocial no direito societário

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Daniel Bushatsky

O princípio da segurança negocial no 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 Comercial, sob a orientação do Prof. Doutor Marcus Elidius Michelli de Almeida.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

Ao meu pai, meu grande incentivador, muito obrigado por tudo.

AGRADECIMENTOS

Sempre me pareceu que longos e detalhados agradecimentos tinham menos significado do que curtas e sinceras palavras.

É sempre muito difícil transmitir o real sentimento e demonstrar o verdadeiro reconhecimento.

Aqui vai, então, a minha tentativa de agradecer a todas as pessoas que participaram, direta ou indiretamente, da elaboração desta tese e que marcaram, certamente, a minha vida para sempre.

Muitíssimo obrigado,

Mãe, por me mimar;

Dé, pela aula de cinema e pelas voltas no quarteirão;

Opapa, Erika e Anna, meus avós amados, pelo carinho sempre;

Cris, João e Tom, pela paciência e amor durante a escrita deste trabalho;

Maria Olivia, pela dedicação;

Erika, pelo apoio incondicional;

Rosana, pela amizade;

Mikael, pela refinada revisão;

Professor Ivo, pelas críticas pontuais e decisivas na qualificação;

Professor Francisco, pelos excelentes comentários ao trabalho e, mais do que isto, pelo total apoio na minha vida acadêmica; e

Professor Marcus Elidius, muito obrigado pelos incentivos, dicas, comentários, ou seja, sem a sua ajuda, certamente, não estaria aqui hoje.

RESUMO

Na presente tese de doutorado apresenta-se o princípio da segurança negocial relacionando-o com o direito societário. Para tanto, diferenciam-se os princípios das regras, expondo, depois, os princípios basilares do direito societário, destacando que é graças à autonomia privada que os sócios se sujeitam à vontade da maioria nas deliberações sociais, assim como as tomadas de decisões devem seguir o interesse da sociedade. Após, conceituou-se o princípio da segurança negocial sustentando-o em 4 (quatro) pilares: boa-fé objetiva (lealdade), teoria da confiança, princípio da correção (inspirado no direito italiano) e autonomia privada. Asseverou-se que lealdade, confiança, correção e a autonomia subjetiva e objetiva estudadas conjuntamente trazem o valor base para a interpretação da Lei e dos negócios jurídicos, trazendo segurança às relações sociais, dentro do regime jurídico comercial, criando o padrão de comportamento esperado de todos os envolvidos no comércio. Conjugando o princípio da segurança negocial com o princípio da preservação da empresa, demonstrou-se como os conflitos de interesses envolvendo sociedade, sócios e administradores devem ser resolvidos. Seguiu-se, primeiro com uma visão geral sobre o risco empresarial e as múltiplas facetas sobre justiça, depois realizando uma crítica sobre a proteção jurídica ao investimento privado, concluindo que este deve cumprir sua função social, para assim expor os principais aspectos da sociedade empresária. Para provar o entendimento, trouxeram-se passagens doutrinárias, analisaram-se recentes decisões dos tribunais brasileiros sobre direito societário assim como se utilizaram exemplos teóricos como ilustração. Por fim, ressaltamos que o princípio da segurança negocial deve ser aplicado no direito societário, protegendo sociedade, sócios, administradores, e, ajudando, conseqüentemente, no desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave: Princípios e regras. Princípios de direito societário. Boa-fé objetiva. Teoria da confiança. Princípio da segurança negocial. Proteção jurídica ao investimento privado. Sociedade de responsabilidade limitada. Sociedade anônima.

ABSTRACT

This doctoral thesis presents the principle of negotiating security, relating it to corporate law. For such, the principles of rules are differentiated, exposing the basic principles of corporate law, emphasizing that it is due to private autonomy that the partners subject themselves to the will of the majority in corporate resolutions, just as decisions made should follow the interests of the corporation. After this, the principle of negotiating security was conceptualized, which is sustained over 4 (four) pillars: objective good faith (loyalty), confidence theory, principle of correction (inspired by the Italian law) and private autonomy. It was asserted that loyalty, reliability, correction and subjective and objective autonomy jointly studied provide the base value for the interpretation of the Law and Legal Affairs, bringing security to corporate relations, within the legal framework of trade, creating the standard of behavior expected from all those involved in trade. By combining the principle of negotiating security with the principle of corporate preservation, it can be demonstrated how conflicts of interest involving the company, partners and administrators should be resolved. Following, first an overview of business risk and the multiple facets of justice, then a review on the legal protection of private investment, arriving at the conclusion that it must comply with its corporate function, in order to expose the main aspects of the business corporation. In order to prove the understanding, doctrinal passages were presented, recent decisions of the Brazilian courts on corporate law were analyzed, as well as how theoretical examples were used as illustration. Finally, the paper emphasizes that the principle of negotiating security must be applied in corporate law, protecting society, partners, administrators, and, thus, helping both the economic and the social development.

Keywords: Principles and rules. Principles of corporate law. Objective good faith. Confidence theory. Principle of negotiating security. Legal protection to private investment. Limited liability company. Joint-stock company.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS, REGRAS E CLÁUSULAS GERAIS.....	12
1.1 A importância do princípio para a interpretação do Direito.....	12
1.2 Conceituação e diferença entre princípio e regra.....	16
1.3 Cláusulas gerais.....	24
CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO: LIVRE INICIATIVA, MAJORITÁRIO, AUTONOMIA PRIVADA, PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	29
2.1 Livre iniciativa.....	30
2.2 Majoritário.....	33
2.3 Autonomia privada.....	35
2.4 Preservação da empresa.....	40
2.5 Função social da empresa.....	42
2.6 Harmonização dos princípios.....	44
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL NO DIREITO SOCIETÁRIO.....	47
3.1 Primeiros apontamentos sobre a lealdade no direito societário.....	48
3.2 Evolução do princípio da boa-fé objetiva: estabelecimento de um padrão de conduta Negocial.....	50
3.3 Conceituação do princípio da segurança negocial.....	62
3.4 Interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário.....	68
CAPÍTULO IV – ASPECTOS IMPORTANTES PARA A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E DOS CONTRATOS ATINENTES ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS CONTEMPORÂNEAS.....	75
4.1 Aspectos importantes das sociedades empresárias.....	90
4.1.1 Os contratos associativos.....	90
4.1.2 Deveres e responsabilidades dos administradores.....	96
4.1.3 Poder de controle e seu abuso.....	104
4.1.4 Governança corporativa.....	110

CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL NO DIREITO SOCIETÁRIO.....	119
5.1 Pontos controvertidos do direito societário.....	120
5.1.1 Ações e quotas como investimento para sócio e captação de recurso para a Sociedade.....	120
5.1.2 <i>Affectio societatis</i>	122
5.1.3 Valor de negociação das ações e quotas e as operações societárias.....	124
5.1.4 Diluição da participação acionária.....	126
5.1.5 Direitos essenciais.....	127
5.1.6 Circulação das ações ou quotas.....	128
5.1.7 Emissão e subscrição de ações ou quotas e adesão às regras estatutárias ou Contratuais.....	130
5.1.8 Deveres dos administradores.....	131
5.1.9 Poder de controle e seu abuso.....	133
5.1.10 Governança corporativa.....	134
5.1.11 Arbitragem no direito societário.....	134
5.1.12 Responsabilidade civil do sócio ou administrador e anulação da deliberação.....	138
CAPÍTULO VI – A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA SOCIETÁRIA.....	149
6.1 Caso Schincariol – venda do controle societário.....	150
6.2 Caso Caninha 51.....	152
6.3 Caso Semp Toshiba.....	158
6.4 Caso da dissolução parcial da sociedade anônima.....	163
CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	172

INTRODUÇÃO

É na esperança de que a sociedade empresária tenha êxito, traga lucros e desenvolvimento econômico, consequência direta da atividade empresarial bem-sucedida, que os sócios convergem interesses e pactuam o contrato social. Se a expectativa do sucesso da sociedade empresária é abalada por fatores externos, como a política econômica ou a crise mundial, isso faz parte do risco empresarial. Se os fatores são internos, como é o caso da má gestão ou do produto defasado tecnologicamente, isso também faz parte do risco empresarial. Porém, no momento que o problema é a crise política interna, ocasionada pela quebra de confiança entre os sócios e administradores, deverá incidir o princípio da segurança negocial no direito societário, que será apresentado no decorrer deste trabalho, balizando as partes e o juiz na procura da decisão que garanta aos envolvidos a maior justiça possível, preservando a sociedade empresária.

Isso é possível em um sistema jurídico semiaberto, que traz às partes e ao julgador a possibilidade de, na análise do caso concreto, sopesarem princípios e regras, buscando com criatividade a melhor solução. É lógico que deverá haver um sistema de pesos entre essas fontes jurídicas para adequar tal “criatividade” ao caso concreto.

A importância do tema é indiscutível. O risco de uma desinteligência entre os sócios, com a quebra da confiança de um acionista ou de um administrador, é talvez mais brutal que uma insegurança quanto a determinado assunto ligado, diga-se, ao direito do consumidor ou direito civil que afete externamente a sociedade, considerando as conseqüências possíveis como a dissolução da pessoa jurídica ou a inviabilidade da empresa.

Por outro ângulo, a crise econômica, financeira ou patrimonial pode ser solucionada, por exemplo, com a recuperação judicial ou extrajudicial. Já a crise política, que pode ocasionar a bancarrota, somente pode ser dirimida caso a quebra da confiança seja rapidamente reestabelecida (solucionada) para o bom caminhar da empresa.

Assim, no decorrer deste estudo, tentar-se-á responder as seguintes indagações: qual deve ser o caminho hermenêutico que o julgador necessitará percorrer para a tomada de decisão no âmbito societário? Quais são os principais valores envolvidos dentro de uma sociedade? O que deverá ser protegido e qual conduta deverá ser rechaçada para que haja segurança no tráfego comercial? E, qual é o padrão de conduta esperado de um homem de negócios?

Lembre-se que é na esperança de que haja sucesso que empreendedores alocam seu tempo e *know how*; investidores injetam capital, oferecendo os especuladores menor tempo para o sucesso da sociedade e, os rendeiros, para o retorno esperado do capital mobilizado, maior tempo. É do tênue equilíbrio entre as forças dos empreendedores, especuladores e rendeiros que a sociedade terá conhecimento e recursos para o seu sucesso, beneficiando toda a coletividade.

Diante disso, cabe ao direito criar uma forma de interpretação que seja capaz de dar instrumentos que apaziguem instabilidades societárias, antes que elas virem lides, se possível, buscando, em nossa opinião, a preservação da empresa.

Espera-se que, a partir da leitura desta tese, seja possível um novo e frutífero relacionamento entre sociedade, sócios, administradores e todos os envolvidos na atividade empresarial, com o conseqüente aumento de empregos, recolhimento de impostos, incremento de *know how*, tudo para o crescente desenvolvimento da sociedade, com a busca da maior justiça possível para a solução dos conflitos políticos.

O importante é que, utilizando-se dos temas abordados neste estudo, o julgador e, por que não, o legislador possam claramente justificar a sua escolha de justiça para uma determinada situação cirurgicamente analisada.

Nesse passo, para se chegar à nossa visão da correta interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário, passar-se-á pelos seguintes tópicos, didaticamente divididos em capítulos.

No inicial, diferenciar-se-ão princípios de regras, explicitando a importância valorativa dos primeiros para a interpretação e possível, se necessário, derrogação das segundas; depois, estudar-se-ão os princípios formadores do direito societário: livre iniciativa, autonomia privada, majoritário e função social da empresa, harmonizando-os, através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sempre com o princípio da preservação da empresa, necessário para que a atividade econômica prospere.

Após, analisar-se-á a boa-fé objetiva, o princípio da confiança e da correção, este último inspirado no direito italiano. O objetivo não é dissecar esses institutos, já muito estudados pela doutrina pátria e internacional, e sim trazer o entendimento sobre eles para o direito societário, sugerindo, a partir da soma deles com o princípio da autonomia privada, a criação de um princípio base para o regime jurídico comercial que se optou por denominar de

princípio da segurança negocial. Unindo esse princípio com a preservação da empresa, chegou-se ao nosso conceito do princípio da segurança negocial no direito societário e consequentemente do padrão de conduta esperado pelos sócios, administradores e sociedade. Como o direito societário é um reflexo da esperança depositada pelas partes nos frutos da consecução do objeto social, não poderia ser outra a opção senão analisar a lealdade entre as partes por meio da ótica da preservação da empresa.

No quarto capítulo, realizadas as bases principiológicas e conceituado o princípio da segurança negocial no direito societário, é necessária uma breve crítica ao risco empresarial e às várias facetas da justiça, bem como à proteção jurídica do investimento privado, lembrando que isso não pode significar atender exclusivamente aos interesses individuais dos investidores, mas também dos consumidores, trabalhadores, do mercado em geral e da própria sociedade civil, prestigiando o desenvolvimento econômico e social da sociedade empresária. Posteriormente, far-se-á uma apresentação sobre o que é o direito societário e os seus institutos de estabilização social, que visam a trazer confiança às partes envolvidas nas sociedades. Serão, assim, abordados, temas como a formação das sociedades e a relação contratual ou estatutária entre os sócios, o poder de controle e seu abuso, bem como os deveres e responsabilidades dos administradores, concluindo com as modernas regras nacionais e internacionais sobre governança corporativa.

A partir das bases teóricas dos capítulos anteriores e de ilustrações de situações reais nas relações societárias, sugerir-se-á a melhor forma de interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário a partir da análise de passagens doutrinárias. No sexto capítulo, apresentar-se-á a relação do princípio da segurança negocial no direito societário com a análise de recentes decisões dos tribunais pátrios, demonstrando como se operaria a melhor forma de interpretação utilizando o conceito ora em estudo; e, ao final, concluir-se-á com um resumo dos capítulos precedentes, com as principais conclusões alcançadas.

Assim, espera-se, que após esta leitura, fique claro que da relação do princípio da segurança negocial com o direito societário, considerando-se o caso concreto, buscar-se-á sempre a preservação da empresa de forma justa, equilibrando os interesses de todos os envolvidos.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS, REGRAS E CLÁUSULAS GERAIS

1.1 A importância do princípio para a interpretação do Direito

O estudo do princípio da segurança negocial no direito societário passa necessariamente pela análise do que se entende ser uma norma. Ou seja, somente através da concepção do que é uma norma e de suas duas espécies¹, princípios e regras, e qual é seu objetivo dentro do ordenamento jurídico, é que se poderá, nos próximos capítulos, dedicar-se à análise dos princípios de direito societário e ao princípio da segurança negocial bem como à interessante e complexa intersecção desses temas.

Para que se entendam as normas jurídicas, adotou-se parcialmente a posição de Humberto Bergmann Ávila, que as divide em princípios, regras e postulados normativos. Este último ponto, levantado pelo doutrinador, em nossa visão, não deixa de ser enquadrado como princípio, conforme se explicitará a seguir. Da mesma forma, as cláusulas gerais, como também se verá a seguir, são princípios positivados, pois acabam permitindo ao intérprete do direito, através de uma função valorativa, alcançar a melhor solução para o caso concreto como também ocorre com outros princípios, inclusive e principalmente com os gerais do direito – ex. dignidade da pessoa humana.

A junção do direito positivo com o direito natural já era percebida por Bobbio², que lembrava a necessidade de os juízes, para uma decisão correta, prestar atenção aos dois:

Se definirmos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava em direito natural e direito positivo, enquanto agora se fala apenas de direito positivo. Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a explicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes

¹ Nesse caminho, confira-se Godoy sobre o tema: “Em razão de acréscimos teórico analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Tal como explicita Cláudio Luiz Bueno de Godoy, citando doutrina de Luis Roberto Barroso apoiada nos ensinamentos de Robert Alexy: ‘os princípios, ao contrário das regras, tidas como comandos de definição, são sempre comandos de otimização do sistema, que lhe dão unidade e coerência, tendendo a realizar-se sempre da forma mais ampla possível’”. (grifo nosso). GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 100.

² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28.

do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios eqüitativos e de razão (direito natural).

Na ótica do intérprete do direito contemporâneo, o mesmo ocorre, devendo haver primeiro o estudo da origem da lei para, assim, entender a sua finalidade. Reale³ corrobora essa opinião:

Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre “o todo da lei” e as “partes” representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados.

Nesse caminho, os princípios atuam de modo decisivo na dinâmica do Direito, moldando-o à vida social, ajustando a interpretação da regra jurídica e associando-se a ela quando incidem sobre a realidade humana, tentando trazer justiça ao caso concreto.

Isso porque, patente que as regras (leis) não acompanham a evolução da sociedade (cultural, econômica, social etc.) e que os princípios e cláusulas gerais são verdadeiros balizadores para a sua melhor aplicação⁴.

Tal ponto é corroborado pela Teoria Tridimensional do Direito, que a partir de análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que ela corresponde a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).

Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 285.

⁴ Confira-se nesse caminho Dantas: “Mas como distinguir *rules* de *principles of Law*? Dworkin entende que a diferença entre eles é qualitativa, mas diretamente ligada à forma pela quais ambas as espécies normativas podem ser concretizadas. Por influência do pensamento de *Wittgenstein*, as regras são consideradas como ‘fatos’ e são ou não são aplicadas, de acordo com o chamado ‘tudo ou nada’ (*all or nothing*) já que o conflito entre elas encerra um problema relativo à sua validade. Regras são concretas e específicas no que diz respeito à sua aplicação, ou seja, são inflexíveis, porque partem de uma hipótese de incidência predeterminada que, uma vez preenchida, demanda a sua consequência normativa, independentemente de quaisquer outras considerações. [...] Os princípios possuem peso e importância a serem considerados no caso concreto, de maneira que não podem ser violados do mesmo modo que as regras. Na hipótese de conflito entre princípios, deve prevalecer, de forma imediata aquele que concretamente possuir o peso maior, ou maior importância. [...] O juiz deve resolver o conflito entre princípios por uma escolha racional do princípio eleito”. DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Princípios do direito civil contemporâneo: princípios e regras: entre Alexy e Dworkin**. São Paulo: Renovar, 2006. p. 553-558.

feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de agir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, fato ou valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.⁵

Observe-se que é impossível ao julgador decidir sem a análise da regra, do fato e do princípio.

Quanto ao princípio, adianta-se que muito se discute sobre seu conceito, natureza e alcance (a depender da linha filosófica adotada pelo jurista), mas o que é mais importante, como forma de expressão do Direito, é o grau de sua incidência no caso concreto.

Assim, princípios são conceitos jurídicos indeterminados, pois, além de serem relativos à origem de alguma coisa, denotam importância, de modo que os princípios gerais⁶ do Direito são relativos a valores supremos determinados pela sociedade, sempre em evolução, necessários para a interpretação e aplicação da Justiça.

Cabe ao intérprete compreender o fato social, a finalidade, o valor e a função da norma (princípio, cláusula geral e regra) e compatibilizá-los com o ordenamento jurídico de forma a viabilizar os objetivos desejados ou pretendidos pelo(s) sujeito(s) de direito envolvido(s), no atual estágio de desenvolvimento da sociedade.

No mesmo caminho, Diniz⁷:

[...] o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso sub judice, a interpreta, pesquisando seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta à mudança que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do

⁵ REALE, 1993, p. 64-65.

⁶ “Tribunal de Justiça de São Paulo. Recuperação Judicial. Proposta de recuperação judicial que viola os princípios gerais de direito, as normas da Constituição Federal, as regras de ordem pública e a isonomia de credores, ensejando a manipulação do resultado das deliberações assembleares. [...] se a assembleia-geral de credores aprova um plano que albergue violação às normas constitucionais ou de ordem pública, é dever do Poder Judiciário rechaçar tais inconstitucionalidades e ilegalidades. [...] contata-se que ele alberga graves violações aos clássicos princípios gerais do direito, a diversos princípios constitucionais e às regras de ordem pública, não apresentando condições constitucionais, principiológicas e legais para ser homologado pelo Poder Judiciário”. (grifo nosso). Agravo de Instrumento: 0170427-50.2011.8.26.0000. Relator: Manuel de Queiroz Pereira Calças.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142-155.

vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. [...] O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar ao interpretar o preceito normativo. (grifo nosso).

Na tentativa de demonstrar que é o aplicador que atribui dimensão de peso a alguns elementos em detrimento de outros, trazem-se dois exemplos retirados da doutrina de Ávila⁸:

O Supremo Tribunal Federal analisou hipótese em que o Poder Executivo, depois de prometer, por decreto, baixar a alíquota do imposto de importação, decidiu, simplesmente, majorá-la. Os contribuintes que haviam contratado com base na promessa de redução de alíquota, insurgiram-se contra o desembaraço das mercadorias com a aplicação da alíquota majorada, sob o fundamento de que teria sido violado o princípio da segurança jurídica. A questão posta perante do Tribunal poderia ser resolvida de dois modos: primeiro, com a atribuição de maior importância ao princípio da segurança jurídica, para garantir a confiança do cidadão nos atos do Poder Público e, por consequência, vedar a aplicação de alíquotas mais gravosas para aqueles contribuintes que haviam celebrado contratos na expectativa de que a promessa fosse cumprida; segundo, com a atribuição de importância não apenas ao fato gerador do imposto de importação, que ocorre no momento do desembaraço da mercadoria, em razão do quê, tendo sido a alíquota, dentro das atribuições do Poder Executivo, majorada antes da data da ocorrência do fato gerador, não teria havido qualquer violação ao ato jurídico perfeito. O Tribunal adotou a segunda hipótese de solução⁹.

O Supremo Tribunal Federal analisou o caso de lei tributária, que, segundo a norma constitucional, deveria ter sido publicada até o final do exercício, mas cujo *Diário Oficial* que a continha foi posto à disposição do público na noite do dia 31 de dezembro, tendo a remessa dos exemplares aos assinantes só se efetivado no dia 2 de janeiro. Os contribuintes insurgiram-se contra a medida, alegando violação ao chamado princípio da anterioridade, em virtude de a norma constitucional exigir a publicação da lei até o final do exercício como forma de garantir a previsibilidade dos atos estatais. À primeira vista, o caso deveria ser decidido com a atribuição de importância ao princípio da anterioridade, nos seus dois aspectos: garantia de previsibilidade e exigência de publicação da nova lei antes do final do exercício. O tribunal, no entanto, em vez de focalizar o valor *previsibilidade* ou, mesmo, a exigência de publicação da nova lei antes do final do exercício, laborou uma dissociação, inexistente no conteúdo preliminar de significado do dispositivo em análise, entre *publicação* e *distribuição*. Entendeu que o fato de não haver *circulado* antes do final do exercício não impedia – eis o paradoxo – o conhecimento do conteúdo da lei, em virtude de o *Diário Oficial* estar à disposição do contribuinte já antes do final do exercício¹⁰. (grifo do autor).

Isso significa que a dimensão de peso desse ou daquele princípio não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto, com a ponderação de princípios.

⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51-53.

⁹ RE 216.541-7. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 15.5.1998.

¹⁰ Agravo Regimental no AgPet. 282.522. Relator: Ministro Moreira Alves, DJU 31.8.2001.

Enfim, os exemplos aqui mencionados demonstram que sempre haverá, pela doutrina ou pela jurisprudência, a compreensão de determinado princípio como valor a ser objeto de ponderação com outros, inclusive para justificar decisões econômicas, sociais e políticas.

A atividade do intérprete não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados, devendo considerar os elementos de fato e de valor, para adequação e aplicação da norma jurídica ao mundo contemporâneo.

1.2 Conceituação e diferença entre princípio e regra

Os princípios¹¹ são definidos por Sundfeld¹² como as “ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”.

Na visão de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, os princípios são a base de todo ordenamento jurídico e a interpretação das regras não será bem-feita se os princípios forem desprezados. Complementando: “[...] os princípios são, dentre as formulações deônticas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados não só pelo aplicador do Direito mas também por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam”¹³.

Por sua vez, nos dizeres de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁴, regra¹⁵ é “um comando, um imperativo dirigido aos seus destinatários (pessoas físicas, pessoas jurídicas e demais

¹¹ Ainda, Lotufo ensina: “Princípios, a nosso ver, são ideias matrizes e motrizes do sistema, do ordenamento, porque são pontos de partida e de movimentação dos mesmos, dão origem e ensejam a interpretação das normas.” LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 18.

¹³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191-192.

¹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 172.

¹⁵ Traz-se a definição de norma jurídica (parece que a autora fala em *norma* no sentido que se está dando à *regra*) para Diniz: “A norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior. Por conseguinte, a norma jurídica se define, como ensina Goffredo Talles Jr., ‘imperativo-autorizante’. Conceito este que é, realmente, essencial, pois constitui a síntese dos elementos necessários que fixam a essência da norma jurídica. Esta, sem qualquer um destes elementos e idênticos, afigura-se incompreensível. Deveras uma norma jurídica que careça do autorizamento será uma norma moral, e sem a nota da imperatividade, apenas uma lei física”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 406.

entes), responsável por permitir, proibir, constranger e/ou disciplinar certos modos de ação ou comportamento presentes na vida humana em relação”.

De maneira estruturada, Ávila¹⁶ conceitua regra e princípios nos seguintes termos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁷.

Dessa sorte, os princípios são normas caracterizadas pela alta carga de valor, sejam eles positivados ou não, e as regras pela posituação de comportamentos incentivados ou proibidos pelo Direito¹⁸.

Daí a afirmação de Dworkin de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade¹⁹, existindo um critério classificatório.

¹⁶ ÁVILA, 2005, p. 129.

¹⁷ Confira-se a diferenciação entre princípio e regra nas palavras de Ávila: “As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”. ÁVILA, 2005, p. 130.

¹⁸ Vale conferir a diferenciação de Novalino: “enquanto a regra é aplicada de forma direta e imediata aos casos previstos em seu preceito, o princípio não é um mandamento em si mesmo, mas apenas a causa, critério, ou justificação deste.” NOVALINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 129.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 6. tir. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 26.

Por outro lado, as regras são homogêneas quanto à dimensão de peso e são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all or nothing*), ou seja, ou sua hipótese de incidência é preenchida e ela é válida ou sua hipótese de incidência não é preenchida e ela não é válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Alexy²⁰, por sua vez, partindo do estudo de Dworkin, define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas. Segundo o autor, as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes²¹. Ainda o mesmo autor considera os princípios deveres de *otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas (teorema da colisão): normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos²².

Alexy²³ ainda sustenta que:

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção. Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção. Como demonstram inúmeros casos da assim chamada redução teleológica, o sistema jurídico alemão é um sistema que não contém tal proibição, pelo menos não para todas as áreas do direito. [...] Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se pode relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima*

²⁰ ROBERT, Alexy. **Rechtsregeln und praktische Vernunft**. In Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 216-217; ROBERT, Alexy. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 77.

²¹ ROBERT, Alexy. **Rechtsregeln um Rechtsprinzipien**. In: Archives Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 25/20. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

²² ROBERT, Alexy. **Rechtsregeln um Rechtsprinzipien**. In: Archives Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 25/19, in Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre, Beiheft 1/70. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

²³ ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 104-105.

facie de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que as regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.

Nesse caminho, parece que a regra é o ponto de partida na análise do caso, sendo o princípio o ponto de chegada (razões finalísticas). Se o princípio que embasava a regra teve seu entendimento alterado ou é superado por outro princípio (cláusula de exceção) que possui maior peso valorativo na análise do caso, supera-se a regra para aplicação do princípio, trazendo menor rigidez ao sistema, o que, em nossa opinião, abre maior possibilidade à justiça²⁴.

Ilustra-se tal ideia pela exclusão judicial do sócio, sem a comprovação de falta grave (vide capítulo VI com análise desse caso pelo princípio da segurança negocial no direito societário). Caso se leve em consideração as regras positivadas no Código Civil, a exclusão sem falta grave não seria possível: a regra, a priori, é negativa para esse argumento. Porém, invocando o princípio da preservação da empresa, há decisões sustentando que, sim tal exclusão é possível. O fim (maior) é resguardar a propriedade, sua atividade e sua função social. Exclui-se o sócio, pagam-se os haveres de forma justa e busca-se a preservação da sociedade empresária.

Assim, o operador do direito pode saber, de antemão, que tanto os princípios quanto as regras fazem referência a fins e condutas: as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias²⁵.

Ainda, é possível afirmar que as regras são normas com caráter *primariamente retrospectivo*; e os princípios, normas com *caráter primariamente prospectivo*.²⁶ Isso parece lógico. A regra é criada pelo legislador, com base nos fatos pretéritos, com objetivo de pacificar a sociedade; os princípios, positivados ou não, criados pelo legislador ou pela doutrina e jurisprudência, são intenções futuras, visando à adequação da realidade ao caso concreto e pacificação da *contemporânea* sociedade.

²⁴ Aprofundando o tema, Marcelo Neves explica: “Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição das fronteiras operativas. Por outro lado, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito”. NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 20.

²⁵ ÁVILA, 2005, p. 65.

²⁶ *Ibid.*, p. 68.

Por exemplo, o princípio da moralidade exige a *realização* ou *preservação* de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas, são necessários determinados comportamentos. Para efetivação de um estado de lealdade e boa-fé, é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade, é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo, é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade, é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação, é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio²⁷.

Por fim, ainda vale mencionar os postulados normativos, definidos, por Ávila, como instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo²⁸.

Para o autor, os postulados normativos se dividem em inespecíficos (são formais, pois exigem a ponderação entre elementos, mas sem especificar quais são os elementos e critérios²⁹): ponderação, concordância prática e proibição de excesso; e em específicos (dependem da existência de determinados elementos e são pautados por critérios³⁰): igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

Em nossa opinião, os postulados normativos de Ávila, principalmente os específicos, certamente ajudam na aplicação hermenêutica da norma, mas não deixam de ser princípios de harmonização para aplicação de outros princípios e regras, visando a uma melhor adequação (princípio da razoabilidade) do direito ao caso concreto.

Mais três pontos ainda devem ser discutidos: (i) os princípios devem ser positivados?; (ii) decorrente desse questionamento, ainda se faz mais um: a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção de comportamentos necessários à sua realização?; e (iii) na hermenêutica, aplica-se primeiro o princípio ou a regra?

²⁷ ÁVILA, 2005, p. 71.

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, p. 151-152, jan./mar. 1999.

²⁹ ÁVILA, op. cit., p. 93.

³⁰ Ibid., p. 94.

Princípios positivados certamente ajudam na imposição dos comportamentos por eles prescritos e na facilidade de visualização pelo intérprete de que é necessária a conjugação deles (se forçoso), inclusive com as regras, para se atingir o fim proposto pelo legislador.³¹

Nesse caminho, vejam-se os ensinamentos de Bastos, na ótica constitucional³²:

Disto resulta uma interferência recíproca entre regras e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade. A letra de lei é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada.

São os princípios que atribuem feição de unidade ao texto constitucional, irradiando para as regras os objetivos do legislador, influenciando em sua interpretação ou, ainda, declarando tais regras inconstitucionais por seu conteúdo conflitar com tais princípios.

Para elucidar a questão, novamente os dizeres de Bastos³³:

Os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. [...] Os princípios são, pois, as vigas mestras do Texto Constitucional e vão ganhando concretização, não só a partir de outras regras da Constituição, mas também de uma legislação ordinária, que deverá guardar consonância com o princípio.

Assim, o caráter valorativo do princípio reflete sobre diferentes normas o espírito que guia a sociedade, servindo de critério para sua exata compreensão e aplicação.

³¹ A propósito da distinção qualitativa entre regra e princípio, é necessário destacar o ensinamento de Barroso, inspirada em Dworkin: “A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são preposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (‘all or nothing’). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra [...] Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem plurista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância”. (grifo nosso). BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 70.

³² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 92.

³³ *Ibid.*, p. 93.

A positivação do princípio também serve para a possibilidade de ajuizamento de ação judicial pelo não cumprimento dele (princípio do direito à saúde; princípio da dignidade humana), podendo-se levar a discussão até os tribunais superiores.

Um exemplo disso é o encontrado na Lei de Recuperação Judicial e Falência³⁴, que, em seu artigo 47, positiva o princípio da preservação da empresa e função social da empresa:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (grifo nosso).

Dessa forma, claro é que a positivação do princípio (seja na Constituição Federal, seja em legislação infraconstitucional) permite, sem maiores esforços hermenêuticos, o prestígio ao valor dado pela sociedade a determinado assunto, bem como a possibilidade de recursos para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a depender do caso. A regra acolhe o princípio.

Nosso ordenamento também confere importância aos princípios no momento em que determina na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 126, no mesmo sentido: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Contudo, Luiz Antonio Rizzatto Nunes entende que, mesmo a legislação infraconstitucional dando essa conotação de inferioridade dos princípios, seria um equívoco pensar que os princípios vêm por último no ato interpretativo, quando o inverso é que é verdadeiro.

Ainda, Weber³⁵ ensina:

A moderna teoria da interpretação jurídica ensina que os princípios embasam as

³⁴ LEI nº 11.101 /05. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

³⁵ WEBER, Max. General economic history. Tradução Frank H. Knight. **Gleonce, The Free Press**, London, p. 277, 1950.

regras e lhes são hierarquicamente superiores, configurando, pois, o sistema. Também por isso desempenham papel fundamental na interpretação do direito e dos atos jurídicos; a exegese há de ser empreendida a partir da consideração dos princípios que conformam o ordenamento. Afinal, as regras são concreções de princípios.

Tal linha de pensamento não é, entretanto, a única compartilhada entre os doutrinadores. Para Dimoulis, os princípios gerais de direito³⁶ devem ser aplicados subsidiariamente às normas escritas, pois causam grande insegurança jurídica, devendo ser aplicados de forma extremamente cuidadosa para que o subjetivismo não tome conta de uma decisão judicial, por exemplo.

Quanto a esse ponto, parece que os princípios, por refletirem o estágio valorativo³⁷ atual de desenvolvimento da sociedade³⁸, é que devem vir primeiro no ato interpretativo, deixando a regra por último³⁹. Não poderia ser o contrário⁴⁰: como respeitar o sistema, sem

³⁶ Bastos traz o seguinte entendimento: “[...] os princípios gerais de Direito são cânones de incidência obrigatória seja qual for a parte do ordenamento constitucional (ou até infraconstitucional) com que se esteja lidando. Isso significa dizer que os princípios gerais de direito sempre deverão impor-se na atividade interpretativa, enquanto os princípios constitucionais só serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando. Em outras palavras, surgirá a necessidade de se saber, em dado momento, qual ou quais são os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto, o que não acorrerá, de certo, com os princípios gerais de Direito. Concluindo, podemos dizer que, basicamente, os princípios gerais de Direito se identificam e se diferenciam dos demais princípios constitucionais pelo fato de apresentarem nota característica a generalidade absoluta de sua incidência”. BASTOS, 2010, p. 95-96.

³⁷ “Entende-se por valores os conteúdos materiais da Constituição, que conferem legitimidade a todo o ordenamento jurídico. Eles transcendem o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito, pois indicam aspirações que devem informar todo o sistema jurídico. Tornam, portanto, ilegítima qualquer disposição normativa que contenha fins distintos ou contrários aos deles, ou, até mesmo, que dificultem a realização de seus fins. Estes devem ser lançados pelo ordenamento jurídico e representam o consenso de todos ou expressam um sentimento comum a toda sociedade. Os valores são mutáveis, pois eles têm a necessidade de se acomodarem às novas realidades. São, em síntese, manifestações de vontade de todos os cidadãos, ou seja, aquelas metas que devem ser sempre alcançadas e preservadas por todo ordenamento jurídico: a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana etc.”. *Ibid.*, p. 91.

³⁸ “Somente para ampliar a reflexão, caso se compare a sociedade a uma empresa, poder-se-ia pensar em cultura organizacional. Segundo os estudiosos de administração, cada empresa tem sua cultura e as camadas mais difíceis de serem alteradas são justamente os valores e crenças construídos, conhecido como método cebola. Confira-se: “na superfície estão os aspectos abertos como: objetivos, tecnologia, estrutura, políticas e procedimentos e até os recursos financeiros. Submersos temos os aspectos encobertos ou informais da vida organizacional. Nestes temos, as percepções, as atitudes e os sentimentos, bem como um conjunto de valores compartilhados sobre a natureza humana e sobre o que a organização pode contribuir para a sociedade”. FLEURY, Maria T. Leme; SAMPAIO, Jader dos Reis. Uma discussão sobre cultura organizacional. In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). **As pessoas na organização**. 2. ed. São Paulo: Gente, 2002. p. 69-70.

³⁹ Em sentido contrário, Diniz: “Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que devem apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso. Com isto se evita que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão julgante”. DINIZ, 2013, p. 491.

⁴⁰ Bastos já asseverava isto na interpretação da Constituição Federal: “quem tem a precedência na organização dos comandos da Constituição são os princípios e não as regras”. BASTOS, *op. cit.*, p. 95.

respeitar a sua base axiológica, que acompanha a evolução da sociedade, na análise do fato e da regra⁴¹?

Dessa forma, os princípios são normas, positivadas ou não, que conferem valor ao ordenamento jurídico, adequando ou calibrando⁴² as regras ao caso real, sendo uma janela aberta ao julgador para trazer a maior justiça possível.

1.3 Cláusulas gerais

O Código Civil de 2002, ao positivizar os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, demonstrou a relevância destes ao ordenamento jurídico, tornando mais eficaz sua aplicação, por meio das denominadas cláusulas gerais.

Reale⁴³ define da seguinte forma as cláusulas gerais: “Possibilitam a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a atualização de preceitos legais.”

Assim, o legislador contemporâneo visualizou nas cláusulas gerais regras que não prescrevem certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Elas assumem papel preponderante como ponto de referência interpretativo para o aplicador do direito, por oferecer critérios axiológicos e limites para a aplicação das disposições legais.

Nesse sentido Martins-Costa⁴⁴ assevera:

A razão de visualizar o novo texto legislativo à luz das cláusulas gerais responde à questão de saber se o sistema privado tem aptidão em recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis. Em outras palavras, é preciso saber se no campo da regulação jurídica privada é necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer sempre à punctual intervenção legislativa ou se o próprio sistema legislado poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas

⁴¹ “Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. [...] Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF [...] não há como se enxergar vedação implícita no casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar”. (grifo nosso). (Recurso Especial nº 1.183.378/RS, 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 25.10.11).

⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191-192.

⁴³ REALE, Miguel. **Visão geral do Código Civil**. Pronunciamento na sessão de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras – APL, publicado pela mesma academia e reproduzido como prefácio à obra: Novo Código Civil Brasileiro: Estudo Comparativo com o Código de 1916. São Paulo: RT, 2002. p. 13.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um sistema em construção**: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: RT, 1998. n. 753. p. 6.

soluções a priori assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.

A sociedade está em constante transformação tecnológica, cultural e econômica, sendo o papel do direito acompanhar esses avanços. O conteúdo semântico mais vago da regra a possibilita estar mais atualizada a cada evolução da sociedade⁴⁵.

As cláusulas gerais trazem enunciados constituídos de termos mais abertos e vagos, que dão chance a uma interpretação mais ampla da norma escrita. O juiz poderá decidir o conflito a ele apresentado levando em consideração um ordenamento jurídico que também é composto por princípios, valores normativos que acompanham o modo de vida da sociedade e o próprio caso concreto.

Compartilhando esse entendimento, na expressão de Tepedino⁴⁶:

O legislador vale-se das cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrões: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.

E, ainda, segundo Nery Júnior⁴⁷:

normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade de decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado por assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.

As cláusulas gerais por sua incompletude implicam em significação variável, devendo o aplicador do direito buscar os valores que a norma palpita fora do sistema,

⁴⁵ O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, traz em seus dispositivos cláusulas gerais, que dão ao juiz o ônus de motivar suas decisões baseado em princípios gerais de direito, conforme o seguinte “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” E, ainda, o juiz poderá empregar na decisão conceitos jurídicos indeterminados, desde que os fundamente: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;”

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 9.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; FERREIRA, Gilmar Mendes; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil**: homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2 ed. 2005, São Paulo: Ltr, 2005. p. 428.

utilizando-se de elementos originados na esfera econômica, social ou moral para complementar o que não foi legislado.

Martins-Costa⁴⁸ finaliza:

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial a medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controladas apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, starting points ou pontos de apoio para a formação judicial da norma ao caso concreto.

As cláusulas gerais devem ser interpretadas conforme o caso concreto, ressaltando os valores da Constituição, do Código Civil e outras leis extravagantes, sendo formalmente expressas e dotadas de alto grau de valoração e generalidade, sendo verdadeiras janelas, para alcançar os valores contidos nos princípios e resultar na pacificação social. Cabe à doutrina e à jurisprudência reduzir as imprecisões e excessos na aplicação de tais normas.

Repita-se: o próprio Código Civil de 2002 demonstra que o direito deve ser adaptável ao caso concreto, influenciado substancialmente pelas cláusulas gerais da boa-fé⁴⁹ e da função social do contrato⁵⁰.

Quanto a este último⁵¹ (o princípio e cláusula geral da boa-fé serão analisados com profundidade no capítulo III), veja-se a observação de Ascensão⁵², doutrinador português:

Toda a atribuição jurídica é realizada também para utilidade social. O exercício do direito não se pode fazer de maneira que esta destinação básica seja violada. [...] Isto é reforçado ainda por a função social não se manifestar do mesmo modo em relação

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. São Paulo: RT, 1992. n. 680. p. 21.

⁴⁹ Art. 422, do Código Civil. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵⁰ Art. 421, do Código Civil. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E, ainda, Art. 2.035, do mesmo diploma legal. “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁵¹ “A função social do contrato é uma cláusula geral, inserida no Código Civil, que atribui ao juiz maior liberdade para assegurar a socialidade que permeia o novo diploma, sem, entretanto, constituir uma carta branca para que o magistrado decida ao arpejo da lei e de princípios sedimentados”. WALD, Arnaldo. **O interesse social no direito privado**. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Função social do direito**. São Paulo: Quatier Latin, 2009. p. 55-56.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002. v. 3, p. 220-221.

às várias categorias de direitos. Não é pois o afloramento da mera preocupação geral de atribuir carácter teleológico à interpretação mais a índole particular da situação jurídica, mais ou menos permeada por exigências de função social. [...] O princípio da função social tem uma incidência máxima em matéria de bens de produção. Imaginemos que duas empresas fazem um acordo de não concorrência, pelo qual a capacidade produtiva de uma delas deve ficar ociosa a 50%. Tal cláusula, independentemente de regra específica, será inválida, pois contraria interesses relevantes de ordem econômica.

E, como representante da doutrina brasileira, conforme Pereira⁵³:

A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação de determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade.

Assim, a função social do contrato⁵⁴ (e a boa-fé objetiva) não pode, e nem deve, afastar o seu conteúdo econômico, mas é necessário conciliar os interesses das partes e os da sociedade⁵⁵. Para exemplificar, citar-se-á o caso da cervejaria Primo Schincariol e o cantor Zeca Pagodinho, que, após assinar o contrato de exclusividade com a marca, rompe a avença para realizar filmes publicitários para a concorrente. Veja-se:

⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Atualizada por Regis Fichtner. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. III, p. 13-14.

⁵⁴ Vejam-se alguns enunciados das Jornadas de Direito Civil: “Jornada I (22) A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas. Jornada I (23) A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Jornada IV (360) – Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes. Jornada V (431) A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais. Jornada III (149) – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, §2º, do Código Civil de 2002. Jornada III (150) – Art. 157: A lesão que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento. Jornada IV (290) A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desapropriação manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a permanente necessidade ou a inexperiência do lesado. Jornada V (291) Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço. Jornada V (410) A inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha conhecimento específico sobre o negócio em causa”. (grifo nosso).

⁵⁵ Rosenthal explica: “O art. 421 inaugura o estudo dos contratos, demonstrando a imprescindível conjugação entre liberdade de contratual e o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF); [...] A função social não coíbe a liberdade de contratar, como induz a dicção da norma, mas legitima a liberdade contratual. A liberdade de contratar é plena, pois não existe restrição ao ato de se relacionar. Porém, o ordenamento jurídico deve se submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional”. ROSENTHAL, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 938.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Responsabilidade Civil. [...] é certo que não é o valor do contrato que obriga as partes, mas sim o caráter e a boa-fé de seus intervenientes. [...] Como a obra “Amor de Verão”, não só expôs a falta de solidez da palavra empenhada, mas praticou explícita “infidelidade”, passando ao motejo e à mofa, em relação aos produtos da autora, para fazer sobressair os da cervejaria concorrente, em absoluto desprezo ao princípio da probidade da boa-fé contratual, conceito ético, mas também econômico, “ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue”. Persegue-se e ambos contratantes têm esse dever, “a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através do comportamento fundido na lealdade e confiança”. (Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. RT 819/382).

Nesse diapasão, a cláusula geral⁵⁶ se faz necessária tanto para adequar o sistema às regras existentes quanto para se esperar uma conduta ética firmada entre os particulares⁵⁷.

Para finalizar, em nossa opinião, princípios e cláusulas gerais são duas faces da mesma moeda: a permissão para o julgador aplicar o maior grau de justiça ao caso concreto, mesmo que haja aparente conflito com uma regra, ainda mais considerando que o direito comercial deve estar onde a sociedade está, ou seja, sempre evoluindo.

⁵⁶ Complementando o tema, Antônio Junqueira de Azevedo, assevera que: “A previsão da função social do contrato (arts. 421 e 2.035, par. Ún., do CC/2002), por sua vez, inclui também, evidentemente, a previsão da função social de suas cláusulas. A grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa. [...] O fim que não pode mais ser atingido faz com que o contrato perca a sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé os contratos relacionais. Contrato de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e Resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832, p. 133, fev. 2005.

E, ainda, segundo Salomão Filho: “Diz-se em forma tentativa por ser a função social cláusula geral dotada por natureza de certo grau de indeterminação. E por duas razões. Em primeiro lugar pela própria ligação, histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual. Como tal deve ter em conta os interesses – não particulares, mas institucionais que o cercam. A função social obriga, portanto, a uma individualização de cada uma das obrigações do contrato e a verificação de sua compatibilidade com o conceito supradefinido, como requisito de eficácia da obrigação principal, perante terceiros e entre as partes. A regra da função social do contrato adquire caráter de norma de proteção dos interesses institucionais eventualmente atingidos pelo contrato e seu mero descumprimento gera a obrigação de reparação do bem lesado”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, ano XLII, p. 20-22, out./dez. 2003.

⁵⁷ O Recurso Especial 1.186.789 – RJ (2010/0055990-5) enfrentou a questão da equidade: “A redução equitativa da cláusula penal a ser feita pelo juiz quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte não é sinônimo de redução proporcional. A equidade é cláusula geral que visa a um modelo ideal de justiça, com aplicação excepcional nos casos legalmente previstos. Tal instituto tem diversas funções, dentre elas a equidade corretiva, que visa o equilíbrio das prestações, exatamente o caso dos autos [...]. A evolução legislativa veio harmonizar a autonomia privada com o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, instrumentário que proporcionará ao julgador a adequada redução do valor estipulado a título de cláusula penal, observada a moldura fática do caso concreto”.

CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS DO DIREITO SOCIETÁRIO: LIVRE INICIATIVA, MAJORITÁRIO, AUTONOMIA PRIVADA, PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Após se diferenciarem princípios de regras, o segundo capítulo desta tese necessariamente deve passar pelos principais princípios do direito societário⁵⁸. Não se pode conceber o estudo da segurança negocial e sua relação com o direito societário sem que, primeiramente, façam-se considerações sobre a interpretação dos princípios que permitem e/ou regem a sociedade empresária.

O correto entendimento da principiologia fornecerá a base para entender como deverá o acionista ou administrador comportar-se para a permanente existência de lealdade no tráfego negocial, trazendo a necessária segurança jurídica para esse importante ramo do direito.

Assim, estudar-se-ão os princípios da livre iniciativa, majoritário, autonomia privada, função social, harmonizando-os com a preservação da empresa.

Por fim, deve-se sempre ter em mente que a pluralidade de interesses dos acionistas, no fim e em tese, deve estar sempre visando ao interesse da companhia, já que, como lembra Vivante, a sociedade “transforma interesses individuais e divididos dos sócios em interesse coletivo”⁵⁹. Não se pode estudar os princípios sem deixar de lembrar que o fim maior é desenvolvimento da sociedade empresária.

⁵⁸ Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), em seu artigo 4º, disciplina os princípios gerais informadores do direito comercial: “Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código: I– Liberdade de iniciativa; II – Liberdade de competição; e III – Função social da empresa.” Por sua vez, o artigo 113, do Projeto do Código Comercial, estabelece os princípios do direito comercial societário: “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; 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 dos sócios minoritários”. No presente capítulo escolheu-se aprofundar os princípios que mais se coadunam com a tese proposta neste estudo.

⁵⁹ Retirado do artigo de Pedro A. Batista Martins. MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: IASP, ano 10-39, p. 61, out./dez. 2013.

2.1 Livre iniciativa

A livre iniciativa é ao mesmo tempo princípio constitucional essencial e fundamento da ordem econômica, prescrita nos artigos 1º, inciso IV⁶⁰ e 170, *caput*⁶¹ da Constituição Federal. É nela que se baseia a escolha do modelo capitalista de desenvolvimento econômico, abrangendo todas as formas de produção privada ou pública⁶².

Também é através da livre iniciativa e seus princípios decorrentes, tais como a proteção à propriedade privada, a defesa da concorrência ou o livre exercício de profissão, que se quer proteger uma relevante função social, que é a produção destinada a assegurar existência digna a todos e justiça social.

É nesse caminho a posição adotada por Marcus Elidius Michelli de Almeida⁶³, quando analisa e define⁶⁴ a livre iniciativa na ótica do abuso do direito e da concorrência desleal: “vale destacar, porém, que a livre iniciativa não implica uma liberdade plena e sem finalidade, ao contrário, essa liberdade deve buscar sempre a justiça social e o bem-estar social, nos termos do próprio comando imposto pelo artigo 170 da Constituição Federal”.

E completa o autor⁶⁵: “Livre iniciativa vem a ser um princípio constitucional que visa a afastar a ingerência do Estado na atividade econômica evitando assim o monopólio como regra, bem como concedendo ao particular a liberdade para exercer qualquer atividade, salvo os casos previstos em lei”.

⁶⁰ Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (grifo nosso). Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶¹ Art. 170, *caput*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. (grifo nosso).

⁶² Para Bastos: “A livre iniciativa é uma manifestação, no campo econômico, da doutrina favorável à liberdade: o liberalismo. Este tem por objeto o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais em face do estado. Assim sendo, a livre iniciativa consagra a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem se deparar com as restrições impostas pelo Estado”. BASTOS, 2010, p. 638.

⁶³ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 97-98.

⁶⁴ Araujo e Nunes Júnior trazem conceito complementar da livre iniciativa: “liberdade-função de destinar capital para a exploração de uma atividade econômica específica, segundo critérios subjetivamente definidos de organização da produção e da livre disposição negocial, sob regime jurídico híbrido cuja efetividade deve ter por escopo assegurar existência digna a todos e justiça social”. (grifo nosso). Observe-se que é a liberdade-função no sentido de agir no interesse de outrem, aqui em especial da coletividade. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 421.

⁶⁵ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, op. cit., p. 97-98.

Ou seja, é a partir do princípio da livre iniciativa que nasce a atividade econômica e, conseqüentemente, o empreendedorismo, tendo em vista que o particular pode praticar toda e qualquer atividade de produção e circulação de bens e serviços, desde que não proibida pela Lei. Dizendo em outras palavras: é graças à livre iniciativa que existe o direito comercial, regulador das relações negociais.

Ramos⁶⁶ corrobora esta visão a respeito do tema, de forma clara e objetiva, ao dizer que *a livre-iniciativa é o princípio fundamental do direito empresarial*.

Para sumarizar, a seguir as considerações de Silva⁶⁷:

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

E continua:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”^[3]. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo puro de lucro e realização pessoal do empresário. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.⁶⁸

Nesse caminho, considera-se que graças ao princípio da livre iniciativa é possível a constituição de sociedades empresárias, sempre atento às vedações inseridas no ordenamento jurídico⁶⁹ (limitação à autonomia privada). Por exemplo: cônjuges casados sob o regime de comunhão universal de bens⁷⁰ ou no de separação obrigatória não podem contratar⁷¹

⁶⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 21.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 773.

^[3] PANNAIN, Remo. Omicídio. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XI, p. 882 e ss, apud SILVA, op. cit., 773.

⁶⁸ SILVA, op. cit., p. 726.

⁶⁹ Ou ainda pode-se lembrar que as instituições financeiras devem adotar o tipo societário do anonimato, bem como que na subscrição do capital social inicial ou nos aumentos subsequentes deverá haver a integralização de 50% (cinquenta por cento) do montante subscrito, conforme prescrevem os artigos 25 e 27, da Lei nº. 4595/64.

⁷⁰ Dessa forma, reconhece Requião que: “muito se sustentou na doutrina no sentido que os contratos de sociedade entre cônjuges entre os quais imperasse o regime de comunhão de bens seriam nulos, uma vez que estaria burlando o mencionado regime de bens do casal”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 474.

sociedade, pois poderia ser uma forma de fraude à responsabilidade patrimonial do sócio ou na intenção do legislador de proteger causas de *aparente* aproveitamento patrimonial de um dos cônjuges com o casamento⁷².

Ressalva-se que o Estado cada vez mais intervém na economia e que a própria Lei, por si só, já é um reflexo de sua intervenção disciplinar, mas ao empreendedor, cumpridas as formalidades ou requisitos legais, torna-se possível desenvolver todo e qualquer negócio desde que não seja explorado no regime monopolista.

Assim, as sociedades empresárias estão no mercado sob a égide dos princípios que formam a ordem econômica, devendo, para que haja lealdade no tráfego comercial, cumprir a legislação aplicável ao seu campo de atuação, buscando eficiência e crescimento, respeitando-se, sempre, a consecução do objeto social.

Vale também estudar o princípio da livre concorrência⁷³, decorrência lógica do princípio da livre iniciativa. Para manter um ambiente saudável de competição de mercado, o Estado⁷⁴ deve intervir com o fim de reprimir a concorrência desleal e as infrações à ordem econômica⁷⁵.

⁷¹ Seria o caso de questionar se podem ser sócios de tipos societários que tenham natureza institucional e não contratual? Parece que só a casuística poderá demonstrar se há fraude ou não. Sociedade anônima de somente dois sócios, casados no regime de separação obrigatória, há indício de fraude. Por outro lado, cônjuges casados sob o regime de comunhão universal de bens, que tenham participação minoritária (pulverizada) em sociedade anônima aberta, não há indício de fraude, a priori.

⁷² Art. 977, do Código Civil. “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.

⁷³ Sobre o princípio da defesa da concorrência, vale lembrar as palavras de Ferreira Filho: “é esta a primeira vez que o direito constitucional positivo brasileiro consagra expressamente a livre concorrência. No direito anterior, era ela considerada como compreendida pela liberdade de iniciativa. A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade de concorrência, com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros”. (grifo nosso). FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988** arts. 170 a 245. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4, p. 5.

⁷⁴ Não é tema central deste trabalho, mas sempre interessante a reflexão se a norma antitruste é instrumento de implementação de políticas públicas. Forgioni destaca: “Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como ‘meio de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia’”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 181. Em nossa opinião, considerando que os conselheiros do CADE são indicados pelo governo e que a aprovação ou não de atos de concentração ou a repressão (forte) às condutas anticoncorrenciais refletem diretamente nos investimentos nacionais e estrangeiros (e negócios no Brasil), a norma antitruste pode e deve ser usada como implementação de políticas públicas. E isso afeta o princípio da segurança negocial? Não, tendo em vista que políticas públicas afetam todas as sociedades empresárias com maior ou menor incidência, sempre buscando o melhor para o interesse público primário, da coletividade.

⁷⁵ Em especial sobre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência confira-se a ementa sobre instalação de estabelecimento farmacêutico pertencente à cooperativa e a infração à ordem econômica: Tribunal Regional Federal (3. Região). Administrativo – Ofensa aos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência. “O

A livre concorrência é um dos princípios norteadores da atividade econômica. Desse modo, o princípio da livre concorrência é assumido como garantia institucional da ordem econômica. A projeção no mercado das diferentes e autônomas iniciativas é tida como a forma mais adequada de racionalização econômica, porque, em razão da diversidade e da competitividade de ofertas, cria-se terreno favorável para um progresso econômico e social em benefício dos cidadãos. O Estado tem a obrigação de garantir a racionalização do poder econômico, evitando o desaparecimento da concorrência.⁷⁶

Assim, existindo igual oportunidade para aqueles que tiverem interesse em se tornar empreendedores e garantindo-se que não haja privilégios de uns em detrimento de outros, inclusive eliminando-se práticas anticompetitivas, possibilitar-se-á o crescimento da sociedade empresária a partir de sua real eficiência.

2.2 Majoritário

Os interesses coletivos dos acionistas são atingidos através do respeito ao princípio majoritário, que rege as sociedades; o comando pelo controlador, sem abuso de poder de controle; a perseguição dos fins sociais e não fins egoísticos⁷⁷.

No direito societário a sociedade guia-se pela vontade da maioria, não existindo uma submissão do acionista vencido nos órgãos de deliberação, e sim uma sujeição à vontade da maioria. Também não há que se falar em renúncia de direitos, e sim, mais uma vez, na sujeição à vontade dos acionistas que compõem a maioria social.

exercício da atividade de exploração do ramo farmacêutico por cooperativa médica introduz no mercado elemento diferenciador e determinante, constituindo fator de cooptação ou atração de novos cooperados ou usuários do plano de saúde por ela oferecido, infringindo os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência constitucionalmente assegurados”. (TRF-3 - AMS: 22120 SP 0022120-12.2004.4.03.6100, Relator: Desembargador Federal Mairan Maia, Data de Julgamento: 02/02/2012).

⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 641.

⁷⁷ Lei das Sociedades Anônimas: “art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”. Ainda, quanto ao tema é considerado abuso de poder de controle, nos termos do artigo 117, parágrafo 1º, alínea “a”, da LSA: “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;” (grifo nosso). LEI nº 6.404 /76. Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso: 10 jun. 2015.

Nesse caminho, confira-se a opinião de Lamy e Pedreira⁷⁸, autores da Lei das Sociedades Anônimas, que definem o princípio majoritário:

Princípio majoritário é a regra do regime de funcionamento dos órgãos de deliberação colegiada da companhia segundo a qual as deliberações são tomadas por maioria de votos e, quando conformes com a lei e o estatuto social, vinculam todos os membros, ainda que ausentes ou dissidentes. [...] A deliberação por maioria vincula todos os membros do órgão, embora ausentes da reunião de deliberação ou dela dissidentes, porque é ato coletivo, organizado segundo normas que regulam a reunião e deliberação do órgão, o que fundamenta a imputação da deliberação ao órgão como conjunto organizado de pessoas. Esse efeito, próprio da natureza do ato, é confirmado pelo § 5º do artigo 1.072 do Código Civil, ao regular as deliberações das assembleias de quotistas da sociedade limitada. A extensão do princípio majoritário às deliberações da Assembléia Geral que modificam o estatuto social implicou a derrogação, em relação às companhias, do princípio fundamental do direito contratual de que as estipulações do contrato ajustadas pelas partes contratantes somente podem ser alteradas por novo consenso dos contratantes, o que foi, inclusive, referido a princípio como uma das características da companhia (v. § 16-2).

Esse princípio é fundamental para entender toda e qualquer alteração contratual/estatutária, seja ligada às operações societárias, autorização para conclusão de determinado negócio jurídico ou à forma de solução de conflitos por arbitragem. Ou seja, a assembleia geral, órgão soberano da companhia, pode alterar dispositivos contratuais/estatutários que (des)agradem ao acionista minoritário como a introdução de cláusula compromissória ou retenção de lucros em valor maior que o mínimo legal⁷⁹. Por outro lado, supor e defender que a sociedade somente poderá alterar o rumo de suas atividades através de decisão unânime dos sócios é não compreender o dinamismo dos negócios e os diferentes interesses que permeiam a sociedade⁸⁰.

Dessa forma, para que a sociedade persiga o interesse da coletividade, deve respeitar as decisões assembleares e a vontade da maioria, convergindo os interesses individuais para o

⁷⁸ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 808-809.

⁷⁹ Lei das Sociedades Anônimas: “Art. 194. O estatuto poderá criar reservas desde que, para cada uma: I - indique, de modo preciso e completo, a sua finalidade; II - fixe os critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que serão destinados à sua constituição; e III - estabeleça o limite máximo da reserva”. LEI nº 6.404 /76. Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso: 10 jun. 2015.

⁸⁰ Sobre o tema, conferir Valverde, que já escrevia em 1941: “Não foi senão após demorada e exaustiva luta de ideias que o princípio majoritário conseguiu dominar o conceito de que os estatutos, como um conjunto de cláusulas ou estipulações de um contrato, não podiam ser alterados ou reformados senão com o consenso unânime dos sócios. Não era possível, com efeito, que empresas destinadas a perdurar, a viver mais que a vida humana, tivessem sua sorte, seu desenvolvimento e progresso ligados a regra estatutárias, que a nova situação ou o meio econômico não mais justificava ou exigia mesmo a revogação ou a modificação delas, objetivo, porém, que não poderia alcançar senão mediante concurso unânime de acionistas da sociedade anônima”. VALVERDE, Trajano de Miranda de. **Sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. 1, p. 474.

bem da sociedade, lembrando, como se verá no subitem a seguir, que ninguém é obrigado a deter participação societária.

Por fim, para que estejam preenchidos os requisitos do princípio da segurança negocial no exercício do direito de voto, este, como se verá no capítulo IV, deve preservar total relação com a consecução do objeto social da companhia e no interesse dela.

2.3 Autonomia privada

A leitura do princípio da autonomia privada deve ser feita em conjunto com o dever de diligência do administrador⁸¹, que reflete, também, em dever de diligência do sócio ou potencial sócio da empresa.

Quem já é sócio ou pretende entrar em uma sociedade deve sempre estudar seus aspectos econômicos, patrimoniais e financeiros. Mas não só! Deve, também, entender as relações societárias dentro da companhia (ex. acordo de acionistas) e como os acionistas controladores e o conselho de administração (se houver) entendem e vislumbram o caminho e o desenvolvimento da sociedade.

Assim, estar ou não dentro do quadro societário da companhia não deve ser uma decisão irrefletida: é decisão estratégica, que deve ser analisada com o máximo de cuidado, a partir do exame de todos os documentos pertinentes à sociedade⁸².

Dessa forma, ser ou não acionista, independentemente do tipo societário, é assumir o risco da atividade empresarial e pelo exercício individual da vontade celebrar negócio jurídico⁸³ que faça nascer, modificar e mesmo extinguir sua condição de sócio daquela sociedade, trazendo validade ao ato.

⁸¹ Lei das Sociedades Anônimas: “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

⁸² Lembrem-se das auditorias legais, contábeis e financeiras que precedem as operações societárias.

⁸³ Nas palavras de Ferrara, negócio jurídico é: “manifestação da vontade dirigida a um fim prático que a ordem jurídica tutela, tendo em conta a responsabilidade do ou dos sujeitos e a confiança dos demais”. FERRARA, Luigi Cariota. **El negocio jurídico**. Tradução M. Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, n. 20. Ainda sobre negócio jurídico, na expressão de Betti: “A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, o qual, precisamente, é concebido como um acto de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares”. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

Nesse caminho, Wald⁸⁴ explica que:

A autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. *Liberdade de contratar* é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a *liberdade contratual* é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização. (grifo do autor).

Por sua vez, Pedro A. Batista Martins⁸⁵, coautor da Lei de Arbitragem, na ótica da arbitragem no direito societário, cuja passagem serve como analogia, pois se refere aos aspectos subjetivos e objetivos da liberdade contratual, divide-a, respectivamente, em autonomia da vontade e autonomia privada:

No aspecto subjetivo, a liberdade manifesta-se, no campo do direito privado, no poder da pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas. No aspecto objetivo, significa o poder de criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhe o respectivo conteúdo e disciplina. No aspecto subjetivo, autonomia de vontade, e no aspecto objetivo, como poder jurídico normativo, denomina-se autonomia privada. Instrumento de sua atuação e realização é o negócio jurídico. No que toca à arbitragem, a autonomia privada funciona como poder de afastar a jurisdição estatal e a autonomia da vontade como o poder de estabelecer as condições pelas quais irá se desenvolver o processo arbitral. (grifo nosso).

É exercendo essa livre vontade⁸⁶ que se atrela o sujeito à sociedade, que o faz sujeitar-se à decisão majoritária e que permite, se não satisfeito com os rumos sociais, retirar-se da sociedade quando diante das hipóteses legais da Lei do Anonimato ou do Código Civil ou ceder sua participação societária.

No âmbito do princípio da segurança negocial no direito societário, cerne deste trabalho e que será abordado no capítulo III adiante, o aspecto subjetivo (autonomia da vontade) aparece na conduta leal (sem má-fé) à sociedade empresária, seus acionistas e colaboradores; e o aspecto objetivo (autonomia privada) no dever de servir à sociedade, abstendo-se de indicar ou celebrar negócios jurídicos que não atendam ao interesse social, garantindo-se a preservação da empresa e de sua atividade.

⁸⁴ WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 230.

⁸⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 35.

⁸⁶ José Augusto Fontoura Costa, em análise da arbitragem no caso do contrato de seguro do projeto Jirau, observa que a legislação e o judiciário inglês privilegiam mais a autonomia da vontade do que o judiciário brasileiro. COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade e a forma: a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do projeto Jirau. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: IASP, n. 38, p. 35-60, 2013.

Vale ressaltar que a concepção de que a vontade era única causa dos efeitos jurídicos remonta à Revolução Francesa e, portanto, às aspirações burguesas. À época e durante a vigência do antigo Código Civil Brasileiro, o que valia era a autonomia da vontade e o brocardo jurídico que o contrato faz lei entre as partes. Entretanto, o Estado contemporâneo, marcado pela intervenção estatal na economia e por uma nova concepção socioeconômica, atrelado aos princípios de direito (exs. dignidade da pessoa humana, solidariedade e boa-fé) dão nova feição ao princípio, agora denominado autonomia privada, pois a liberdade contratual é tolhida pelo e no limite do ordenamento jurídico⁸⁷. São novos valores em voga⁸⁸.

Nesse caminho, Francisco Amaral⁸⁹ refere que a autonomia privada

funciona como princípio aberto, no sentido de que não se apresenta como norma de direito, mas como ideia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico. A autonomia privada opera na área das escolhas individuais, no espaço concedido pelo Direito para auto-regulação das relações privadas.

Como falado, decorrência natural do princípio da autonomia privada é o aforismo que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Porém, a interpretação do *pacta sunt de servanda* foi sendo lentamente alterada, com mais prestígio aos princípios jurídicos e as cláusulas gerais. Sobre a força do *pacta sunt de servanda*, que afastava no estado liberal a força estatal⁹⁰, escrevia Orlando Gomes⁹¹ que: “O

⁸⁷ Sobre a evolução na interpretação da autonomia privada, adequada se faz a citação de Stiglitz: “As mutações sociais a seguir ocorridas (industrialismo, massificação, etc.) foram gerando uma resistência da moderna ciência jurídica contra a rigidez iniciada dessa concepção, tal como fora formulada. Fez-se manifesta a injustiça contratual baseada no egoísmo individualista e econômico, que atentava – e ainda atenta – contra interesses essenciais da comunidade. A liberdade era incompleta, irreal e a desigualdade meramente teórica, decorrência da inferioridade econômica de uma das partes da relação obrigacional. A experiência demonstrou que o contrato não é necessariamente justo, que, freqüentemente, consagra o aniquilamento do fraco pelo forte. E se um dos contratantes pode impor a sua vontade ao outro, o contrato expressa apenas a lei do mais forte; alteram-se, por conseguinte, os termos: nessas condições, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a projeção jurídica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 185, dez. 1992.

⁸⁸ Susete Gomes assinala: “A autonomia privada não prevê uma liberdade absoluta, pois não existe liberdade contra o sistema do direito. Assim, a ela se impõem as restrições decorrentes do próprio ordenamento jurídico, que tem de ter univocidade, e, por assim ser, a autonomia privada tem de ser exercida dentro dos limites da ordem pública e da observância aos valores e preceitos constitucionais”. GOMES, Susete. Princípios e Cláusulas Gerais e a Autonomia Privada. In: CAHALI, Francisco José. **Os princípios e os institutos de direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 119.

⁸⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 346.

⁹⁰ Ranieri explica: “Em que pese não ser objeto do presente trabalho a análise da formação do Estado e da legitimação e validade de seus poderes, necessário destacar, a fim de situar o leitor, a íntima ligação entre a filosofia dos direitos naturais e a teoria do contrato social, de Rousseau, eis que ambas se concentram a concepção individualista da sociedade, que dispensa intermediação entre indivíduo e Estado, garantindo o ideal de liberdade. A passagem do ‘estado de natureza’ para o ‘estado civil’, no qual há legislação, realização por meio do pacto de consentimento para a preservação da propriedade e da paz, mediante a união de todos, o que garante, assim, que a forma de governo seja decidida pela maioria. O poder do Estado, nesse sentido, se justifica pela

individualismo característico da era liberal refletiu as concepções jurídicas da época. A liberdade de contratar, assim, se caracterizava em autonomia da vontade, ou seja, o indivíduo era a fonte das situações jurídicas pelas quais se obrigava”.

Atualmente, o *pacta sunt servanda* deve ser interpretado pela nova feição da autonomia da vontade, que é a autonomia privada, levando em consideração a função social do contrato e, espera-se, a real vontade dos contratantes: que o negócio jurídico celebrado dê frutos a ambas as partes sem prejuízo a terceiros.

Susete Gomes⁹² complementa:

A modificação do princípio da autonomia da vontade pela autonomia privada traz em seu cerne a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos como um dos principais aspectos da eficácia interna da função social dos contratos, o que nos dá a nova dimensão em que se encontra a contratação privada. Pois, a partir da criação da norma privada, o contrato passa a ser fonte de relações obrigacionais. Não é obrigação em si, frise-se desde logo, mas é fonte criadora delas.

Por outro ângulo, cumpre lembrar o dirigismo contratual, que pode ser explicado pela necessária intervenção do Estado no contrato para proteger interesses da coletividade e econômicos⁹³, visando ao desenvolvimento social⁹⁴. Explica Diniz⁹⁵ ao cuidar do art. 45, da Lei de Locação, que serve perfeitamente como analogia:

legalidade, sendo instrumento da luta política da burguesia contra o Estado centralizador. Nos dizeres de Norberto Bobbio: ‘o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de Direito’”. RANIERI, Nina Beatriz. Do estado liberal ao estado contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, n. 36, p. 136-161, 2001.

⁹¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 10. Nesse sentido, acentua o autor que: “O individualismo atribuíra à vontade individual a função de causa primeira do Direito, assim público como privado. O comércio jurídico deveria repousar no contrato, entendendo-se, não somente que toda obrigação, implicando restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, como também, que os resultados desse ato eram necessariamente justos. Instituiu-se, em suma, como pedra angular do Direito Privado o dogma da teoria da vontade”.

⁹² GOMES, Susete, 2015, p. 121.

⁹³ Por outro ângulo e para aprofundar o tema, são as cláusulas nulas nos contratos de locação e a proteção conferida ao locador e ao locatário pela Lei de Locação. Jaques Bushatsky, em artigo intitulado “Nulidade de Cláusula em Contrato de Locação”, assim conclui sobre o tema: “Na verdade, se proteção há que se outorgar a qualquer contratante, tal se verificará, caso a caso, em respeito ao objetivo legal de atender as atuais necessidades produtivas, tanto das locatárias, para as quais o imóvel consiste significativo elemento do conjunto operacional, quanto para locadores, os quais caracterizam-se como investidores imobiliários e não mais, meros detentores de escrituras - protaindo o confronto, da relação entre propriedade e uso, para a dinâmica entre dois negócios distintos e complementares”. BUSHATSKY, Jaques. Nulidade de cláusula em contrato de locação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 736, fev. 1997.

⁹⁴ Ainda sobre o tema comenta Wald que “o dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar. O contrato passou assim a ter um conteúdo de direito público, uma convenção-lei, definida por Georges Ripert como ‘um ato legislativo, elaborado por via convencional.’ A obrigatoriedade dos contratos

A expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais de um contratante, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica. O Estado intervém no contrato, mediante a aplicação de normas de ordem pública, alterando, estabelecendo-lhe condição de execução, ou até mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado.

Nessa ótica, o princípio da autonomia privada possui estreita relação com a livre iniciativa, pois não basta *querer* para o particular, deve também a iniciativa *servir* aos interesses da ordem econômica e da justiça social⁹⁶.

Hoje, e no nosso caso, seja o contrato social, seja o estatuto social, ambos devem ser respeitados e seu conjunto de regras sempre projetadas com o intuito do desenvolvimento da sociedade, pois tendo o acionista a possibilidade ou não de fazer parte do quadro societário, no momento que decide fazer, deverá sujeitar-se ao novo modelo do *pacta sunt servanda*, às decisões majoritárias e ao bem da sociedade empresária.

A conduta do acionista e seu voto devem ser muito bem analisados no conjunto fático da sociedade, sob pena de qualquer decisão ser considerada abuso de poder de controle. Ou seja, decisões nem sempre são fáceis para a vida societária e, uma vez tomadas, não podem ser discutidas, caso não seja real que ela vá ao encontro do interesse social⁹⁷.

constitui, por sua vez, uma projeção no tempo da liberdade contratual. As partes são obrigadas a realizar prestações decorrentes do contrato.” WALD, 2011, p. 231.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

⁹⁶ Confira-se a opinião de Roppo⁹⁶: “O direito, quando exerce um controle dos contratos, cuida (i) da salvaguarda do interesse público (ou seja, tutela as razões da coletividade contra as dos contraentes), bem como (ii) da garantia da autonomia privada. O ordenamento não ampara as ‘concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual’, porque ‘um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica’. Em suma: ao direito compete preservar o mercado (i.e., a fluência das relações econômicas), viabilizando o ‘jogo’ mediante um sistema que procura levar ao respeito de suas regras, entre as quais a do ‘pacta sunt servanda’. [...] Assegurando o respeito pelas regras de jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstracta possibilidade de lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos simples operadores singulares que agem no mercado. A indiscriminada tutela dos interesses particulares dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 22 ss.; 225.

⁹⁷ Confira-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que prestigiou o acordo celebrado em Assembleia Geral Ordinária, bem como o princípio da autonomia da vontade: “Superior Tribunal de Justiça. Retirada de Sócio da Sociedade Empresarial. Acordo Realizado em Assembleia Geral Extraordinária. A apuração de haveres – levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade – se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e

Assim, as estipulações feitas em uma sociedade empresária devem ser fielmente cumpridas, porém sendo calibradas pelo princípio da autonomia privada, reflexo de uma nova concepção socioeconômica e do atual estágio de desenvolvimentos dos princípios gerais de direito⁹⁸.

2.4 Preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa é de suma importância no estudo do princípio da segurança negocial no direito societário. Considerando que os sócios devem convergir os seus interesses em prol da sociedade – pessoa jurídica, com personalidade própria – a intenção deve ser sempre com o intuito de guiá-la para o seu crescimento orgânico, tentando vencer qualquer barreira competitiva.

Nesse passo, o entendimento da jurisprudência⁹⁹ é que a partir do caso concreto, a sociedade deve sempre ser posta em primeiro lugar, preservando-se as atividades empresárias e econômicas¹⁰⁰, bem como a sua função social (vide subitem a seguir).

os princípios gerais do direito”. (grifo nosso). (STJ - AgRg no Ag: 1416710 RJ 2011/0089436-1. Agravante: Rio Pilots Empresa de Praticagem do Estado do Rio de Janeiro Ltda. Agravado: Marco Antonio Auad Barroca Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 03/04/2014, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 25/04/2014).

⁹⁸ Ainda se poderia falar em autonomia negocial, que é a capacidade de o Estado negociar com o ente particular, como acontece nos Contratos de Concessão, em especial nas Parcerias Público-Privadas.

⁹⁹ Confirmam-se algumas decisões no âmbito societário que prestigiam o princípio da preservação da empresa:

a) “Tribunal de Justiça de São Paulo. Civil. Execução - Penhora sobre faturamento - Possibilidade - Percentual que harmoniza os princípios da preservação da empresa e a efetividade da execução - Nomeação do credor como administrador - Não recomendável consoante decisão pretérita e jurisprudência do C. STJ e da Câmara”. (grifo nosso). Agravo de Instrumento nº: 20910915520148260000 SP 2091091-55.2014.8.26.0000. Agravante: IMF Alimentos Ltda ME. Agravada: Majicplast Embalagens Ltda. Relator: Sebastião Junqueira. Data de Julgamento: 18/08/2014, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2014.

b) “Tribunal de Justiça de São Paulo. Comercial. Dissolução. Sociedade composta por dois únicos sócios. Quebra indiscutível da affectio societatis. Inicial que formula pedido de dissolução total. Aplicação do princípio da preservação da empresa”. (grifo nosso). Apelação: 01343823820118260100 SP 0134382-38.2011.8.26.0100. Apelantes: Sebastião Carlos Fernandes de Souza, Compra e Venda de Imóveis Souza e Fernandes Ltda e Outro. Apelados: Os mesmos. Relator: Araldo Telles. Data de Julgamento: 14/04/2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 15/04/2014.

c) “Superior Tribunal de Justiça. Comercial. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade Limitada. Participação de todos os sócios. Exclusão do Sócio Majoritário. Princípio da Preservação da Empresa. Em circunstâncias excepcionais, é possível a exclusão do sócio majoritário a pedido de minoritário, a fim de prestigiar o princípio da preservação da empresa”. (grifo nosso). Recurso Especial: 1121530 RN 2009/0020322-8. Recorrente: Marinaldo de Almeida Lima; Eduardo José de Farias. Recorrido: Os mesmos. Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Julgamento: 13/09/2011, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 26/04/2012.

¹⁰⁰ O artigo 47, da Lei de Recuperação Judicial e Falência é claro no sentido de preservação da empresa e de sua função social. Confira-se: “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Nada mais natural! Há diversos bens jurídicos a serem defendidos com a manutenção da atividade da empresa (sócios, consumidores, comunidade, fisco etc.), e que devem ser preservados.

Nesse caminho, Comparato¹⁰¹ explica a empresa no sentido econômico¹⁰²:

É portanto empresa no sentido do Código Civil, toda organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca.

A doutrina econômica da empresa faz parte da dinâmica da economia, pois o fenômeno da produção se desenvolve necessariamente no tempo e é, sobretudo em relação à variação no tempo, do resultado útil do empresário (risco da empresa), que o trabalho organizado do empresário assume relevo econômico. O risco da empresa – risco técnico inerente à possibilidade de cobrir os custos do trabalho (salários) e dos capitais (juros) empregados, com os resultados dos bens ou serviços produzidos para a troca – faz com que o empresário se reserve um trabalho de organização e de criação para determinar de acordo com adequadas previsões o modo de atuação da produção e distribuição dos bens.

Mas, aos bens ou serviços fornecidos pelo empresário ao mercado, são incorporados não somente o trabalho de execução e os capitais empregados, mas também o trabalho organizado e criado pelo empresário.

Por outro prisma, interessante notar que a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade, medida extrema, que quebra a autonomia patrimonial, mas visa a

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, ano XXXV, p. 110-111, out./dez. 1996.

¹⁰² Complementando a visão: “O fenômeno econômico da empresa foi particularmente estudado pela ciência econômica no sistema da economia liberal, que teve no século XIX – o século da revolução industrial – o seu apogeu, e que marcou a definitiva passagem da fase da economia artesanal para a fase das grandes concentrações de capital e de trabalho, modernos (grandes indústrias, grandes comerciantes, grandes organizações bancárias etc). Mas a empresa é a célula fundamental de qualquer tipo de economia organizada. Diferente somente é, no ordenamento. No sistema da economia liberal, a iniciativa privada na empresa está sujeita somente às leis naturais do mercado enquanto o Estado se reservava essencialmente a função de garantir a ordem na concorrência (que, diante das dimensões assumidas pelas crises econômicas na moderna produção em massa, acabou por terminar, na realidade, em desordem). Onde, como a Rússia, o desmoronamento da economia capitalista privada levou à instauração de uma economia capitalista coletivizada, a empresa tornou-se parte da organização monopolista da produção por parte do Estado e, como tal opera, sobre bases e planos políticos mais ou menos mastodônticos, impostos pelo Estado, árbitro do mercado. Na maior parte dos países, também daqueles supostos liberais, nos quais a superação da economia do século passado levou à instauração de uma economia controlada, qualquer que seja o sistema, a empresa ficou com regra confiada à iniciativa privada, mas sobre a base dos planos individuais coordenados pelo Estado no interesse coletivo. Por estes princípios é particularmente influenciado o nosso sistema econômico corporativo, segundo a ‘Carta Del Lavoro’, que considera a empresa privada como ‘o instrumento mais eficaz e mais útil no interesse da nação’ (Dich. VII). Somente ‘quando falte ou seja insuficiente a iniciativa privada, ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado’, a empresa privada é substituída pela empresa pública com a gestão direta do Estado (Dich. IX.). Não é verdade, portanto, que no regime da economia corporativa do empresário privado, este se transforme em um funcionário público na máquina econômica burocrática do Estado, sem o próprio risco. Também em regime de economia corporativa a empresa privada goza de uma esfera própria de autonomia e o empresário desenvolve sua iniciativa com o próprio risco, o que implica um trabalho criativo e organizado, baseado no ‘lucro’ que é a sua específica remuneração. Somente, a aplicação do princípio do risco e do proveito não fica mais entregue ao jogo mecânico das leis econômicas em função das condições de concorrência e de monopólio, no qual opere a empresa, mas, vem moderada politicamente pelo Estado, de acordo com os fins superiores do interesse nacional. Em relação a estes fins há novas formas ou ao menos novas posições sobre a organização do trabalho na empresa, considerando-se os empregados na empresa como colaboradores do empresário a serviço de um interesse comum”. Ibidem, p. 111-112.

manter a atividade econômica desenvolvida, também é vertente desse princípio. Isso porque buscam, no patrimônio do sócio, valores para a satisfação dos credores e, quiçá, mantém-se a empresa.

Assim, é reflexo direto do princípio da preservação da empresa a lealdade dos sócios para com a sociedade e atividade pela mesma desenvolvida.

2.5 Função social da empresa

Novamente, deve-se ter em mente que acionista e sociedade são entes diferentes, lembrando que esta é mais importante do que o interesse individual de seus sócios.

A função social da empresa é princípio constitucional implícito e nos dizeres de Coelho¹⁰³:

A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.

Salomão Filho¹⁰⁴ aclara a função social da empresa:

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.

Nessa esteira, as sociedades contribuem para o desenvolvimento econômico, gerando riqueza, empregos e recolhendo impostos¹⁰⁵ e, ao fazerem isso, cumprem sua função social¹⁰⁶.

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a. v. 1, p. 75.

¹⁰⁴ SALOMÃO FILHO, 2003, p. 8.

¹⁰⁵ Confira-se o artigo 7º, da Constituição Espanhola: “*Las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos e sociales que les son propios*”. Constituição Espanhola. **Boletín**

Dois pequenos parênteses devem ser feitos: (a) a preservação da empresa não deve ser feita a todo custo¹⁰⁷, não existindo mais fonte produtora, possibilidade de pagamento de seus tributos e funcionários, não deve mais ela continuar a existir, eis que se extinguiu a sua função social; e (b) nesse caminho e não obstante decisões contrárias¹⁰⁸, a função social da empresa e a preservação da empresa são princípios que se complementam, mas não possuem o mesmo significado¹⁰⁹. O segundo é mais amplo e poderia até incorporar o primeiro, pois abarca em seu conteúdo outros bens jurídicos relacionados à empresa e não só à sua exploração econômica.

Oficial Del Estado Gaceta de Madrid, ano CCCXVIII, n. 311.1, 29 dez. 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹⁰⁶ Sob a ótica função social do contrato, Orlando Gomes: “É exatamente da afirmação da empresa como forma de acumulação de riqueza e da expansão em sua função que deriva muito do aumento da importância do contrato nas relações sociais e, em última análise, sua função social. A empresa toma juridicamente a configuração de sociedade, isto é, como sociedade anônima – a notável invenção jurídica do capitalismo. Uma vez constituída passa a manter relações contratuais necessárias com os seus empregados, com os fornecedores, os distribuidores, os compradores, os financiadores e tantos outros de quem precise para perseguir seus fins, integrando o mercado. Muito mais do que a propriedade da fábrica ou da loja, importam, para o seu desempenho, o controle acionário, o know-how, o leasing, as operações de crédito e financiamento, os contratos, individuais e coletivos, de trabalho, os papéis da nova riqueza mobiliária (cambiais, células, apólices) representativos de direitos patrimoniais que não têm a natureza do direito de propriedade, direitos que constituem riqueza diretamente criada pelo contrato”. GOMES, Orlando. A função do contrato. In: _____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101; 108-109.

¹⁰⁷ Nesse caminho: “Superior Tribunal de Justiça. Comercial. A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação”. (grifo nosso). Embargos de Declaração no Agravo Regimental no CC: 110250 DF 2010/0016441-3. Embargante: Transportadora Wadel Ltda e Outro. Embargado: José Fernandes Carneiro; Viação Aérea São Paulo S.A. Vasp e Outros. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 08/09/2010, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 16/09/2010.

¹⁰⁸ Confira-se acórdão que leva à interpretação, *data maxima venia*, que o princípio da preservação da empresa e função social seriam um só: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Comercial. Recuperação judicial. O princípio da preservação da empresa, pedra angular da Lei nº 11.101/2005, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e dos meios de produção, denominado pela doutrina de ‘função social da empresa’, não pode ser invocado para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada, a manutenção da empresa que, em recuperação judicial, ostensivamente, não cumpre as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial ou sequer encontra-se em atividade”. (grifo nosso). Agravo: 1139844520128260000 SP 0113984-45.2012.8.26.0000. Agravantes: Comitê de Credores; Cooperativa Nacional; Agro Industrial Coonai; Hernandez e Ferreira Advogados Associados. Agravada: Indústria de Alimentos Nilza S.A. Relator: Pereira Calças. Data de Julgamento: 30/10/2012, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

¹⁰⁹ “Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito empresarial. Decisão que determinou aos agravados que, no prazo de seis meses, devolvam equipamentos da agravante e se abstenham de usar sua marca. Recurso que pretende, tão somente, o afastamento desse prazo de seis meses, a fim de que a decisão seja imediatamente cumprida. Princípios da preservação da empresa e da função social da empresa que devem ser levados em consideração, a fim de evitar-se modificação repentina no funcionamento da sociedade, protegendo-se, deste modo, não só a empresa mas também as pessoas que dela dependem, como seus empregados”. (grifo nosso). Agravo de Instrumento: 00534518120138190000 RJ 0053451-81.2013.8.19.0000. Agravante: Raízen Combustíveis S.A. Agravado: Posto Brasa Ltda. e Outros. Relator: Des. Alexandre Freitas Camara. Data de Julgamento: 14/10/2013, Segunda Câmara Cível. Data de Publicação: 09/12/2013.

Porém, acredita-se que é a preservação da atividade econômica o maior motor para que haja a manutenção da empresa e que, aí sim, seja possível alcançar a sua função social. É por isso que, em nossa opinião, é a preservação da empresa que deve ser sempre posta em primeiro lugar.

Assim, é também dever do sócio agir no interesse coletivo (tal ponto será mais detalhadamente explicado no capítulo IV, quando se abordará a proteção jurídica do investimento privado), conduzindo-se com lógica e sem ingenuidades – até porque é comando legal – perseguindo o objeto social, o lucro e cumprindo, assim, a função social da empresa¹¹⁰.

2.6 Harmonização dos princípios

Nítido que a conjunção dos princípios da “livre iniciativa”, “majoritário”, “autonomia privada”, “preservação da empresa” e “função social da empresa” demonstram que a sociedade deve-se guiar sempre na busca de melhores resultados, realizando-se os atos sociais que, no entender da maioria (lembrando-se da convergência de interesse), sejam os melhores para a consecução do objeto social e perseguição do lucro. Internalizando-se os princípios, não haverá prova de maior lealdade do acionista para com a sociedade.

Com o objetivo de harmonizar os princípios, deve-se lembrar que eles são normas internas ao ordenamento¹¹¹, que auxiliam na valorização do fato e das regras incidentes, de cada caso, a partir do olhar das partes ou do juiz. Frisa-se que, em razão da diversidade sociocultural, cada um tem seu olhar sobre a incidência de um ou outro princípio, bem como sobre a correta interpretação de cada um deles. Com o objetivo de temperar os princípios entre eles, entre eles e as regras e, ainda, com o fato concreto, deve-se aplicar os princípios da

¹¹⁰ Confira a seguinte decisão prestigiando a função social da empresa: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Rescisão de contrato de transferência de quotas de sociedade, por não ter o comprador quitado o passivo que assumiu e por ter permanecido sociedade unipessoal por mais de 180 dias. Inexistência de cláusula contratual impondo prazo no qual todos os débitos deveriam estar quitados. Manutenção do negócio com o atendimento da função social da empresa”. (grifo nosso). Apelação: 994093233820 SP. Apelantes: Sônia Selma da Silva Veiga e Outros. Apelado: Márcio Roberto Silva Seixas Lima. Relator: Enio Zuliani. Data de Julgamento: 07/10/2010, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/10/2010.

¹¹¹ Grau afirma que os princípios são normas internas: “Cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele, de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprimia afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 12.

proporcionalidade e da razoabilidade¹¹², o que, em nossa opinião, trará a melhor justiça possível para as partes.

Dessa forma, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade trarão adequação entre o meio e o fim, proibindo excessos e abusos na utilização de um princípio ou regra, sempre sopesando custo-benefício e a eficiência, visando à tranquilidade social. É um verdadeiro balizador na interpretação do ordenamento jurídico¹¹³, *tentando* trazer justiça às partes contratantes¹¹⁴.

Na mesma vertente, confira-se a opinião de Ávila¹¹⁵:

O postulado da razoabilidade aplica-se primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Assim, haverá a harmonização dos princípios sempre que através dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, elege-se o valor principal defendido para o caso conflituoso da sociedade, nas decisões sociais. Nos dilemas societários, como veremos, será a conjugação do princípio da segurança negocial com o princípio da preservação da empresa

¹¹² Observe-se no mesmo caminho Meirelles, em uma visão na ótica do direito administrativo: “A Lei 9.784/99 também prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, determina que nos processos administrativos a observância do critério de ‘adequação entre meios e fins’, cerne da razoabilidade, e veda ‘imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público’ traduzindo aí o núcleo da noção de proporcionalidade (cf. art. 2º, parágrafo único, VI)”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

¹¹³ Nossa visão sobre o princípio em discussão já foi dada na dissertação de mestrado que discuti: “As operações societárias nas sociedades de economia mista”. Confira-se: “Assim, o princípio da razoabilidade é a adequação entre o meio e o fim, junto com a proibição do excesso na interpretação da norma, valendo mais o objetivo do que a forma. Portanto, existindo razoabilidade/proporcionalidade nas decisões, que deverão focar sempre na relação entre custo-benefício e a verificação da eficiência, deve-se privilegiar sempre as operações societárias que visem o interesse público primário.” BUSHATSKY, Daniel. **As operações societárias nas sociedades de economia mista**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 16-17.

¹¹⁴ Nesse sentido, conferir AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. **Revista Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 28, p. 95-97, out./dez. 2006; GODOY, 2004, p. 39; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 157.

¹¹⁵ ÁVILA, 2005, p. 131.

(atividade da empresa) que deverá guiar o intérprete para melhor decisão possível, focando sempre na relação entre custo-benefício e a verificação da eficiência.

Por fim, vale lembrar que os princípios e sua necessária harmonização acabam por refletir, junto com disposições legais que protegem os acionistas (ex. direitos essenciais) e do dirigismo contratual, o atual estágio socioeconômico e, portanto, da melhor forma de solucionar conflitos políticos dentro de uma sociedade empresária.

Concluindo, os princípios devem ser sopesados pelo juiz, que em nossa visão, tratando-se de direito societário, deve visar à preservação da sociedade, principal motor da atividade econômica, mesmo que isso signifique uma interpretação criativa da norma, seja ela um princípio, seja ela uma regra.

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL NO DIREITO SOCIETÁRIO

O crescimento da economia em geral, do comércio em especial, depende de previsibilidade, confiança e lealdade entre as partes na celebração de qualquer negócio. Deve, portanto, existir uma base lógica para conduzir a avaliação da licitude e, portanto, da interpretação da Lei e dos negócios jurídicos, com o objetivo de proteger o sistema do direito comercial e mitigar os riscos. Ou seja, não obstante os contratos serem cada vez mais “recheados”, com extensa redação, preenchidos com cláusulas muitas vezes óbvias, não se pode conceber que o que não estiver escrito, mas fizer parte do negócio celebrado, direta ou indiretamente, não seja aplicado, sob pena de insegurança e, certamente, de um retrocesso para o apaziguamento social¹¹⁶.

Não que se retire o *risco* inerente à contratação. O risco faz parte de qualquer negócio e deve ser sopesado pelas partes. Mas, por outro lado, deve ser diluído entre elas, com posturas proativas visando à consecução do objeto contratual.

Alguns riscos são incontroláveis, tais como a abertura da economia ou o congelamento dos patrimônios financeiros na década de 1990, pelo então presidente Collor, a disparada do dólar na década seguinte, fruto da política econômica do presidente Fernando Henrique Cardoso ou mesmo a crise mundial econômica após o evento do *subprime* nos Estados Unidos em 2008. Mais recentemente, no Brasil, tem-se a escalada das denúncias de corrupção, com a operação da Polícia Federal denominada “lava jato” e o desmoronamento da campeã nacional Petrobras.

¹¹⁶ Sobre a função do direito, Cintra comenta: “Assim, considerando-se o fenômeno social, pode-se afirmar que, pelo aspecto sociológico, o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19. E, ainda, sobre a função da norma, nas palavras de Beviláqua: “o aparecimento fenomênico do direito coincide com o estabelecimento de normas éticas reguladoras das ações humanas, determinando as exigências e as obrigações correspondentes. Não são as normas que vêm a criar o direito. Este preexiste. As atividades individuais surgem no meio social e assumem os seus postos umas frente às outras. A norma exprime a sua coordenação”. BEVILÁQUA, Clóvis. Prefácio. In: DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960. Prefácio.

Outros fatos, se não incontroláveis, podem e devem ser pelas partes envolvidas no negócio mitigados através dos princípios da boa-fé objetiva¹¹⁷, confiança, correção e autonomia privada, cuja conjugação resultou na criação do princípio da segurança negocial, como se verá a seguir, mas nunca esquecendo que não há garantia de êxito em qualquer relação negocial, pois não se trata aqui do sucesso do empreendimento, mas da manutenção de condições justas.

3.1 Primeiros apontamentos sobre a lealdade no direito societário

Um ponto a mais deve ser realçado: as partes que negociam podem ter forte diferença socioeconômica¹¹⁸, o que, por si só, traz assimetria de informação. Desde já se esclarece, sem querer ser contraditório: não é dever de uma parte ensinar a outra, mas sim garantir o fluxo correto de informações claras e precisas, trazendo conforto e segurança.

No direito societário, em especial, acrescenta-se mais um ingrediente ao risco. Toda e qualquer atividade empresarial tem risco, que reflete diretamente no preço do produto e/ou serviço ofertado¹¹⁹. A maior prova disso é o esforço que toda a população/coletividade deve

¹¹⁷ Não interessa diretamente o estudo da boa-fé subjetiva, pois esta reflete o estado de psique, ou seja, de consciência da parte. Influi, tão somente, internamente na autonomia da vontade, mas não cria uma declaração explícita da conduta e, portanto, não é possível aferir a lealdade da parte e, conseqüentemente, não importa para a proteção do tráfico negocial. Porém, para complementar o tema vale anotar as palavras de Noronha, que em nota de rodapé, faz a distinção entre as expressões alemãs sobre a boa-fé subjetiva e objetiva: “Na língua alemã, a distinção entre as duas boas-fés fica mais evidente, porque lá elas são designadas por expressões diferentes: uma é a *guter Glaube*, ou *guter Glauben* (boa-crença), enquanto a outra é referida por *Treu and Glauben* (lealdade e crença). Aliás, se a denominação diferente facilita, na língua alemã, a distinção entre ambas as boas-fés, por outro lado também dificulta a aproximação entre elas, que, contudo, é necessária, pois que, como veremos, elas têm um substrato comum – que é a tutela da confiança. Mais adiante, refere, ainda, a distinção feita por Alípio da Silveira: A boa-fé-crença é aquela que se baseia no erro ou ignorância da verdadeira situação jurídica. É a *Gutten Glauben* dos alemães... A boa-fé lealdade é... a honestidade e a sinceridade que devem existir no comércio jurídico. É a *Treu und Glauben* dos tedescos”. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 137, nota 21. Ainda sobre o que é boa-fé subjetiva, Wald diz que: “É preciso ressaltar, ainda, que não se iguala (*a boa fé objetiva*) ao sentido dado à boa-fé subjetiva, que implica um estado de conhecimento do sujeito, isto é, representa algo psicológico que presume a ignorância da real situação jurídica. Na boa-fé subjetiva, analisa-se o conhecimento ou a ignorância de determinada situação, levando em conta os deveres de diligência que se espera de um homem mediano”. (grifo do autor). WALD, 2011, p. 233.

¹¹⁸ O próprio Código de Defesa do Consumidor é explícito ao dispor que a informação deve ser clara e precisa: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;” Ainda, pode-se lembrar dos contratos de concessão, verdadeiros contratos ditados pela administração pública. Código de Defesa do Consumidor. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁹ Coelho discorre que: “Há normas jurídicas que importam aumento do custo da atividade produtiva. Quando a lei cria um novo direito trabalhista, por exemplo, os empresários alcançados refazem seus cálculos para redefinir o aumento dos custos de seu negócio. Esse aumento de custos implica, quase sempre, aumento dos preços dos produtos ou serviços que o empresário oferece ao consumidor. [...] O direito-custo exige interpretação o mais

fazer quando existe uma crise na empresa e a conseqüente necessidade de utilização dos institutos da recuperação judicial e da falência.

No fim deste capítulo far-se-á a intersecção do princípio da segurança negocial com o direito societário, que é justamente a tese defendida, mas primeiro estudar-se-ão os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da correção (já foi estudada a autonomia privada). Antes, entretanto, um exemplo deve permear a mente do leitor, enquanto se aprofunda o estudo do dever de fidelidade entre as partes. Se “A” e “B” celebram acordo de quotistas, com a faculdade de “B” poder vender conjuntamente suas quotas se “A” alienar o controle (instituto conhecido como *tag along*) para “C”, questiona-se: seria necessário que existisse estipulação contratual discriminando que há diferença entre a venda direta para “C” e venda indireta para a sociedade *holding* de propriedade de “A”, que em um segundo momento alienasse para “C”? Em nossa opinião, não. Na prática os operadores do direito, se atentos, diferenciam as duas modalidades, mas, percebe-se que o objetivo final, nas duas hipóteses é a mesma: venda do controle societário para “C”. Não há sentido em imaginar que em uma das opções se aplique a cláusula de proteção ao acionista minoritário, do acordo de quotista, e na outra não, sob pena de ofensa ao princípio da segurança negocial no direito societário.

Dessa forma, a grande necessidade de se estudar o princípio da segurança negocial está justamente no delineamento da lealdade e da confiança¹²⁰ no direito societário. Até que ponto elas existem? Até que ponto a quebra desses institutos consistirá permissivo para a anulação de uma assembleia societária ou base para uma indenização? Até que ponto deverá ser seguida a declaração de vontade¹²¹?

objetiva possível para possibilitar o cálculo empresarial, isto é, a definição dos custos da atividade econômica e dos preços dos produtos ou serviços correspondentes”. COELHO, 2014a, p. 54-55.

¹²⁰ Mori explica que: “a expressão boa-fé tem inúmeros significados. Nas suas variações semânticas, pode significar crença, no sentido daquilo que se acredita, e pode significar confiança (cum fide), com o conteúdo de fidedignidade, para significar aquilo que se confia. A expressão latina fides, independentemente do seu vasto conteúdo jurídico, tinha uma significação diversificada, segundo o contexto que era empregada nas diferentes etapas da civilização romana. Mas estava sempre relacionada com o compromisso com a palavra empenhada, confiança, crença na boa intenção do outro, lealdade, fidelidade”. MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. **Revista do Advogado - Contratos**, São Paulo: AASP, ano XXXXII, p. 54, jul. 2012.

¹²¹ Importante nesse sentido trazer a Teoria da Declaração, na doutrina de Roppo: “A Teoria da declaração é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objectivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objectivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que os elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a conseqüência de que, em caso de conflito entre subjectivo e objectivo, entre as efectivas posições da psique e da vontade do contraente e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contratante, tende-se a atribuir prevalência a este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração”. (grifo nosso). ROPPO, 1988, p. 298-299.

3.2 Evolução do princípio da boa-fé objetiva: estabelecimento de um padrão de conduta negocial

Já se pensava na boa-fé em Roma, onde os juízes valorizavam o comportamento ético entre as partes, mas foi na Alemanha, a partir do seu Código Civil, que se deu o crescimento da importância desse princípio e o início de sua aplicação prática na jurisprudência como reflexo direto dos estudos doutrinários.

No Brasil, o Código Comercial de 1850¹²², parcialmente revogado pelo Código Civil de 2002, dispunha em seu artigo 131, I, sobre a boa-fé objetiva:

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras. (grifo nosso).

¹²² Interessante notar que o Código Comercial de 1850 trazia verdadeira regra de interpretação contratual, a favor do devedor, em último caso, em seu artigo 131. Confira-se na íntegra: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”. (grifo nosso). Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015. E, o Projeto de Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011) disciplina de forma semelhante a interpretação dos contratos empresariais: “Art. 318. O contrato empresarial deve ser interpretado de acordo com as seguintes regras: I – A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé e aos objetivos e natureza do contrato, deve sempre prevalecer sobre o sentido literal da linguagem; II – As cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o cumprimento da função econômica do contrato; III – Cada cláusula deve ser interpretada como se compusesse com as demais um conjunto lógico e ordenado de disposições de vontade; IV – O modo como o contratante se comportou após a assinatura do contrato, relativamente à sua execução, será a melhor explicação da vontade por ele expressa no ato da celebração; V – os usos e costumes praticados no segmento da atividade econômica relativa ao objeto do contrato servem de critério para a interpretação das cláusulas contratadas, prevalecendo sobre os demais; e VI – em caso de dúvida não solucionável de acordo com as regras antecedentes, prevalecerá a interpretação mais favorável ao devedor da obrigação. Art. 319. No caso de omissão do instrumento contratual, presume-se que as partes acordaram em se submeter aos usos e costumes praticados no lugar da execução do contrato. Art. 320. As obrigações constantes de contrato empresarial presumem-se onerosas. Art. 321. O contrato oral presume-se celebrado por prazo indeterminado, pelo preço de mercado e nas condições usualmente praticadas”. Projeto de Código Comercial nº. 1572/2011. Cartilha do Novo Código Comercial: o que muda no dia-a-dia das empresas e do cidadão com o Novo Código. Brasília, 2 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/cartilha-do-novo-comercial-comercial.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

Por sua vez, o Código Civil de 1916, que tinha cunho extremamente individualista¹²³, reflexo de uma sociedade agrária, não dispunha sobre a boa-fé objetiva, lembrando que mesmo assim a doutrina¹²⁴ e a jurisprudência¹²⁵ reconheciam o princípio e aplicavam-no.

Já, o Código Civil de 2002 adotou o princípio da boa-fé¹²⁶ objetiva. Esse diploma legal tem como pilares fundamentais a família, a propriedade e o contrato. Acrescente-se, em nossa opinião, a autonomia privada, na ótica do direito comercial, devidamente temperada entre a seguinte dicotomia: liberdade que cria dever¹²⁷.

Isso porque decorre do Código Civil de 2002 a eticidade (boa-fé), sociabilidade (o país não é mais agrário e as cidades necessitam de uma maior solidariedade) e operabilidade (princípio da realizabilidade) para os negócios.

Nesse caminho, a boa-fé objetiva possui como conceito geral, nas palavras de Martins-Costa¹²⁸:

O princípio da boa-fé, em sua feição objetiva, estabelece um padrão comportamental. Esse padrão é o da conduta proba, correta, leal, que considera os legítimos interesses do alter, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente, a confiança no tráfego negocial.

¹²³ Chamar o antigo Código Civil de “egoísta” parece exagerado, pois as leis refletem a sociedade, ou seja, o pensamento cultural, político e econômico da época.

¹²⁴ Couto e Silva aponta que: “O primeiro jurista a mencionar, entre nós, a aplicação objetiva do princípio da boa-fé foi Emílio Betti, em curso proferido na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em 1958, e já salientava a existência dos deveres de cooperação do devedor, resultantes da aplicação do princípio da boa-fé, na linha, do que dispunha o Código Civil italiano (artigos 115, 1337, 1374 e 1375) e tal como anteriormente já o fizera o Código Civil alemão. (§ 242)”. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-34.

¹²⁵ Confira-se ementa anterior ao Código Civil de 2002: “Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Indenização. Segurado e seguradora são obrigados a guardar no contrato ‘a mais estrita boa-fé e veracidade’ a respeito do objeto, das circunstâncias e declarações a ele concernentes regra o primeiro artigo, completando o subsequente que, se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta, perderá o direito ao valor do seguro”. Apelação c/ Rev. 614.770-00/2 - 4ª Câ. - Rel. Juiz Francisco Casconi - J. 27.11.2001, com a seguinte referência: Arruda e Thereza Alvim. Código do Consumidor Comentado. 2. ed. São Paulo: RT. p. 238. Anotação no mesmo sentido: Ap. c/ Rev. 490.182 - 9ª Câ. - Rel. Juiz Francisco Casconi - J. 21.5.97.

¹²⁶ O Código Civil de 2002 emprega 53 (cinquenta e três) vezes a expressão boa-fé.

¹²⁷ Como complemento ao princípio da livre iniciativa, vale dizer que o ordenamento jurídico é negativo e limitador, cabendo à parte fazer tudo que não é proibido pela Lei. Ainda, nesse caminho, Ferri: “todo o dever tem como correlata uma faculdade, um direito ou uma liberdade ‘Una libertad o un derecho no puede ser sancionado y garantizado si no es con la imposición de un deber’”. FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução Luis Sancho Mendizibal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p. 112.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo: RT, v. 55, p. 321-381, jul. 2012.

Complementando a visão da autora, Lotufo¹²⁹ afirma que: “Adotamos, pois, a posição dos doutrinadores que vêem a boa-fé como um princípio basilar da vida negocial, com o que não há dúvida que o princípio da boa-fé não é exclusivo do campo do Direito Civil, mas um paradigma de toda e qualquer relação humana”. (grifo nosso).

Lembre-se que os princípios são normas de otimização do sistema, que trazem valor, refletindo o atual estágio da sociedade; por sua vez, as regras são preposições normativas, que, quando o fato ocorrer, devem incidir. Como já se afirmou no capítulo I, devem os princípios e as cláusulas gerais ser a base da interpretação das regras e, se necessário, derogá-las.

A boa-fé é princípio e cláusula geral, incidindo no caso prático para aferir a lealdade entre as partes, trazendo soluções dinâmicas¹³⁰.

Nesse caminho, três dispositivos legais do Código Civil¹³¹ centralizam o estudo da boa-fé, sempre com o objetivo de tutelar as legítimas expectativas das partes.

O primeiro dispositivo é o artigo 113, do Código Civil, que estabelece: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nasce desse artigo a Teoria da Confiança¹³², extremamente importante, jurídica, política e economicamente, entendida como a “expectativa legítima do comportamento esperado de outros sujeitos”.

Logicamente essa “expectativa”¹³³ nasce da lealdade do tráfego comercial que *razoavelmente* se espera entre as partes que celebram negócio jurídico, até porque ninguém contrata sem confiança¹³⁴.

¹²⁹ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 314.

¹³⁰ Jorge Júnior: “Isto porque, as cláusulas gerais visam dotar o sistema de normas com característica de modalidade, propiciando a abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão que ocorre entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação, para conferir soluções sistêmicas à diversidade de questões que se apresentam.” JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

¹³¹ Reale anota a importância da análise dos fatos para, no mínimo, ajudar na interpretação dos códigos: “Assim, os elementos éticos e sociais oriundos da industrialização já operada no século XIX, gerando a massificação social, iriam intensificar a aproximação do Estado às questões sociais, causando o declínio do modelo jurídico liberal, ou como disse Gaston Morin, seria a ‘revolta dos fatos contra os códigos’”. REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva 1990. p. 103.

¹³² Note-se que até, segundo a promulgação do Pacto de San José, de patente cunho humanista, o depositário infiel era punido com prisão. A lógica era simples: a quebra da confiança. O que se dizer do tabelião que lavra ata notarial (vide 384 NCPC) com conteúdo falso? Na ótica civilista, a nítida quebra da confiança depositada pelo solicitante da ata notarial acaba, na prática, na possibilidade de indenização. Será que é suficiente? Como resgatar a confiança?

Por outro lado, digno de nota é que a lealdade e a confiança¹³⁵ devem respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já que não podem ser utilizadas como uma “aspirina jurídica”¹³⁶. As partes do negócio jurídico devem caminhar na tênue linha da fidelidade, mas sem se esquecer de que qualquer negócio, inclusive no direito societário, envolve ganhos. Ou seja, os sócios e a sociedade empresária visam ao lucro.

Dois aspectos importantes nascem da confiança:

- a) primeiramente o brocardo jurídico “*venire contra factum proprium*”. Assim, proibida é a conduta contraditória da parte, que fere a confiança. Ensina Schreiber¹³⁷:

Como pressupostos da incidência do *Nemo potest venire contra factum proprium*, (I) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (II) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (III) um comportamento

¹³³ Complementando o tema da expectativa, explica Wald: “Já na boa-fé objetiva busca-se a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com os padrões usuais. Representa, por um lado, o dever de lealdade, e, por outro, a correlativa proteção da expectativa que nasce em uma pessoa”. WALD, 2011, p. 233.

¹³⁴ Confira-se breve comentário sobre o princípio da função social do contrato, insculpido no artigo 421, do Código Civil, por Lyra Jr.: “No sentido de que a função social do contrato deve apresentar um matiz ativo, consistente em comportamentos positivos [...], de modo a impor, aos figurantes daquele negócio um dever de atuação em benefício de outrem e não, tão somente, um dever de não causar prejuízo a outrem.” LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais n. 12, p. 151, 2002. Assim, o princípio da função social do contrato é verdadeiro preâmbulo do direito obrigacional.

¹³⁵ Miranda já asseverava: “o que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfego, pois daí resultam *relações jurídicas de confiança*, e não só *relações morais*. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato”. (grifo do autor). MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 321.

¹³⁶ Martins-Costa salienta, aprofundando o tema da confiança legítima: “já por confiança legítima se quer expressar a expectativa de que a negociação seja conduzida segundo os parâmetros da probidade, da seriedade de propósitos. Para que se produza a confiança, é evidentemente necessário que as negociações existam, que esteja em desenvolvimento uma atividade comum entre as partes, destinada à concretização do negócio. ‘É manifesto que nenhuma obrigação de indenização surge se uma pessoa toma a iniciativa de proceder sozinha a estudos e despesas na elaboração de um projeto de contrato com a finalidade de submetê-la a outra que se recusa *in limine*, ainda que sem motivo, a entrar em negociações’. A confiança, para poder ser qualificada como legítima, deve, pois, fundar-se em dados concretos, inequívocos, avaliáveis segundo critérios objetivos e racionais. Neste último grupo incluem-se, por exemplo, os casos de dano decorrentes de informações falsas ou insuficientes, acerca do objeto do contrato, ou derivadas do mau aconselhamento, ou do fato de um dos sujeitos não guardar o dever de sigilo acerca de informações confidenciais que lhe foram transmitidas em razão do contrato a celebrar. Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento – em suma, deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 484.

¹³⁷ SCHEIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 271.

contraditório com este sentido objetivo (e por isto mesmo violador da legítima confiança); e (IV) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

- b) uma segunda vertente: a obrigação de renegociar, pois impossível admitir que qualquer pedra no caminho das partes relacionadas, acabe por acarretar o término do negócio jurídico. Nanni¹³⁸ comenta sobre a cláusula de *hardship*: “a obrigação de renegociar deve ser adimplida consoante o princípio da boa-fé, norteada pelo dever de cooperação”. O contratante possui uma expectativa legítima, inerente ao pacto, que haverá uma renegociação.

Percebe-se que flui da boa-fé na interpretação do contrato uma visão integradora com o nascimento de responsabilidade mesmo sem a existência de obrigação escrita no contrato e, em alguns casos, essa obrigação poderá nascer de uma (obrigatória) renegociação.

Por fim, vale mencionar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi¹³⁹:

Empresarial. Demanda em que se discute a possibilidade de o espólio do sócio falecido exercer a função de sócio ante a alteração do contrato social, firmada pelo sócio remanescente e pelo inventariante, há mais de 16 anos. Resguarda o art. 1.028, III, do CC/02, em observância ao princípio da preservação da empresa, a possibilidade de os sócios remanescentes e herdeiros acordarem a substituição do sócio falecido. 5. A inclusão do espólio no contrato social, mediante alteração contratual arquivada na junta comercial competente, e o regular exercício da atividade empresarial sob o novo quadro societário ao longo de 16 anos denotam a concreta intenção das partes de ajustarem a sucessão do sócio falecido. A ausência de capacidade de uma das partes, in casu, o espólio, não pode ser suscitada pela contraparte, que efetivamente se beneficiou da contratação e conhecia a situação desde o início, sob pena de violação da boa-fé objetiva. (grifo nosso).

Observe-se como, claramente, não é só o princípio da preservação da empresa que norteou a decisão. Houve também o prestígio ao princípio da boa-fé objetiva no direito societário: o julgado faz referência à intenção das partes (legítima expectativa), bem como à boa-fé objetiva, que fez nascer os direitos e obrigações secundários no processo obrigacional, respeitando a lealdade entre as partes.

¹³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. **Revista do Advogado - Contratos**, ano XXXXII, p. 93, jul. 2012.

¹³⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1422934 RJ 2013/0304400-4. Recorrente: Expresso Miramar Ltda e Outro. Recorrido: Maristela Panaino Sampaio e Outro. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 14/10/2014, T3 – Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 25/11/2014.

O segundo artigo do Código Civil¹⁴⁰ que trata do tema é o artigo 422, que introduz a boa-fé objetiva como cláusula geral contratual: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Note-se que, seguindo o espírito desse artigo, não há necessidade de positivá-lo no contrato, bastando existir avença para que surja o dever de cooperação, com o intuito de existir a satisfação dos interesses das partes¹⁴¹.

O princípio da boa-fé, cláusula geral contratual, insculpido no artigo 422 do Código Civil de 2002¹⁴², nos dizeres de Reale¹⁴³

Não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até suas últimas conseqüências. Daí a necessidade de ser ela analisada como “conditio sine qua non” da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do Direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

Ainda, como salienta Couto e Silva¹⁴⁴:

A relevância recentemente dada ao princípio da boa-fé, no campo do direito das obrigações, expressa talvez a principal reação contra as ideias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do Direito. A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no “hortus conclusus” do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”.

¹⁴⁰ CÓDIGO Civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴¹ Para ajudar na interpretação do princípio da boa-fé, o Conselho de Justiça Federal, na Jornada de Direito Civil, elaborou os seguintes enunciados, que coadunam perfeitamente com o defendido neste estudo: “a) Enunciado 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. b) Enunciado 25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual. c) 26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. d) 27 - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos. e) 170 - Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

¹⁴² Positivar a boa-fé objetiva, como uma definição estanque, seria um grande desfavor para o ordenamento jurídico. Somente a análise do caso a caso pode oferecer, através do princípio da boa-fé objetiva, a solução mais justa.

¹⁴³ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 21, p. 11, jul. 2003.

¹⁴⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 41.

A redação omissa do artigo poderia, em uma rápida análise, indicar que a boa-fé somente deveria ser observada na conclusão e execução do contrato. Mesmo com o esquecimento pelo Código Civil da fase pré-contratual¹⁴⁵ e pós-contratual, não é necessário maiores delongas para se ter certeza, pois pacífico na doutrina e na jurisprudência¹⁴⁶ que a cláusula geral vale para todas as fases contratuais¹⁴⁷. Confira-se:

¹⁴⁵ Na fase precontratual tem-se a oferta e a negociação dos termos do contrato. Ainda, Mário Júlio de Almeida Costa explica: “Entende-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato – quer dizer, na fase negociatória e na fase decisória –, o comportamento dos contraentes terá que pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade. De modo mais correto: apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa da invalidade do negócio e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vistas à celebração de acto jurídico. Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à sua validade e eficácia, mas também quanto à sua futura celebração. Convém salientar, porém, que o alcance teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico”. COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1979. p. 224.

Nesse passo a jurisprudência: “Superior Tribunal de Justiça. Civil. **Responsabilidade Civil Pré-Contratual. Violação ao Princípio da Boa-fé Objetiva. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Doutrina sobre o tema**. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto”. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 1367955 SP 2011/0262391-7. Recorrente: Companhia Brasileira de Distribuição. Recorrido: Atis Promoções e Eventos Ltda – Massa Falida. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 18/03/2014, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 24/03/2014.

¹⁴⁶ Complementa o tema Martins-Costa na análise das sociedades de consumo em massa: “Diante desta indagação, a doutrina mais conservadora se inclina a considerar que, nos comportamentos socialmente típicos, configuram-se os elementos próprios da declaração de vontade. Tratar-se-iam, pois, de verdadeiros negócios jurídicos, embora peculiarizados pela atenção à tutela da confiança. Diversamente, a doutrina mais inovadora sustenta que a lei, o princípio da boa-fé, ou mesmo o costume, determinam de modo autônomo os efeitos do comportamento, sem vinculá-los à vontade das partes. Nestes atos, a pesquisa do elemento volitivo é, portanto, despicienda, uma vez que, ‘na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfego jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato’, o que equivale a dizer que ‘a utilização de bens e serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as conseqüências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas dela se distinguem’”. MARTINS-COSTA, 2000, p. 399.

¹⁴⁷ Já foi objeto do Projeto de Lei nº. 6.960/02, de autoria de Ricardo Fiuza, atualmente arquivado, a necessidade de complementação do artigo 422 do Código Civil. Confira-se: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade. E o projeto apresentava a seguinte justificativa: O dispositivo apresenta, conforme aponta o Desembargador Jones Figueiredo Alves, insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento. Por analogia e ainda dentro do projeto de lei arquivado, faz a mesma ressalva a relação de confiança entre segurado e segurador: Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (realce nosso) O projeto neste ponto tem interessante justificativa: Judith Martins Costa, com percuciente estudo da responsabilidade pré-negocial, em obra clássica sobre a boa-fé (A Boa-Fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999), aponta que os fatos indutores dessa responsabilidade situam-se em fase antecedente à celebração contratual, e pela sua relevância no ‘iter contractus’, tais relações de trato haverão de exigir uma conduta pré-contratual pontificada pela boa-fé. Realça, com farto escólio doutrinário, citando F. Benatti que ‘a relação dirigida à

Tribunal de Justiça de São Paulo. Comercial. Violação do dever contratual anexo da boa-fé objetiva na fase pós-contratual. Deveres anexos que não se extinguem com o adimplemento da obrigação contratual. Quebra do Princípio da Confiança. Apelação nº 00201115320108260002 SP 0020111-53.2010.8.26.0002. Apelante: TRX Investimentos Imobiliários S.A. Apelada: Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. Relator: Hamid Bdine. Data de Julgamento: 08/10/2014, 29ª Câmara de Direito Privado. (grifo nosso).

A boa-fé objetiva como princípio e cláusula geral possui carga altamente valorativa do tráfego comercial¹⁴⁸ e é importante para o entendimento e operacionalização do processo obrigacional, trazendo conceitos e modelos para auxiliar o juiz na decisão do caso, por serem *janelas abertas a serem preenchidas*¹⁴⁹, resguardando as justas expectativas das partes em qualquer fase contratual.

Tal fato é ilustrado pela ementa a seguir, na qual claramente o tráfego negocial foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹⁵⁰ e, parece, houve o sopesamento pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade:

conclusão de um negócio torna-se fonte da obrigação de comportar-se com boa-fé no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objetiva na outra'. Assim, diante do elemento da 'confiança legítima' e de sua vulneração, verificamos, com a notável mestra, incluídos 'os casos de dano decorrentes de informações falsas ou insuficientes, acerca do objeto do contrato', o que representa a quebra de um dever jurídico, o de informação, 'em razão do contrato a celebrar'. Ora, o princípio da boa-fé permeia toda a construção dinâmica do contrato, importando, por isso, também considerá-lo nos âmbitos produtivos da responsabilidade pré-negocial e da pós-execução contratual, nada justificando que a norma em comento limite-se à conclusão e execução do contrato. Em atenção ao comentado no art. 422, e por identidade substancial com aquela norma, impõe-se o aperfeiçoamento do presente dispositivo, a considerar a probidade e a boa-fé em todo o sistema contratual, nele incluídas nas fases preparatória e pós-executória". (grifo nosso). FIUZA, Ricardo. Projeto de Lei nº - 6960/2002 - Propondo nova redação a alguns artigos do Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹⁴⁸ A boa-fé objetiva também é prestigiada no Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011) em todas as fases do processo obrigacional nos contratos empresariais e inserida como cláusula geral: "Art. 311. Os contratantes devem sempre agir com boa fé, na negociação, celebração e execução do contrato empresarial".

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁵⁰ Tribunal de Justiça – Distrito Federal. Civil. Apelação nº: 20110112054358 DF 0050561-73.2011.8.07.0001. Apelante: Ivan José Pires e outra. Apelado: Petrobras Distribuidora S.A. e outro. Relator: James Eduardo Oliveira. Data de Julgamento: 28/05/2014 - 4ª Turma Cível. Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/07/2014. p. 148.

Direito Civil. Contrato Empresarial. **Princípio da Boa-Fé Objetiva. A Supressio, a Surrectio, o Tu Quoque e o Veniere Contra Factum Proprium são teorias que podem ser subsumidas aos princípios da probidade e da boa-fé objetiva expressamente consagrados no artigo 422 do Código Civil. Dentro do leque dos princípios da probidade e da boa-fé objetiva, a supressio traduz a perda de determinado direito ou prerrogativa cuja falta de exercício incute no parceiro contratual a expectativa legítima de abdicação pelo credor. Se a distribuidora de combustíveis concorda, ainda que tacitamente, com a cessão das cotas da sociedade empresária que opera o posto revendedor, a manutenção da hipoteca, que guarda vínculo indissociável com a composição societária que deixou de existir, parece insustentável e não condiz com o primado da boa-fé objetiva.** A hipoteca termina extinta, pela renúncia, ante o comportamento do contratante que introjeta em todos os atores contratuais a lídima expectativa de que, de comum acordo, os vínculos jurídicos deixaram de existir. Apelação conhecida e provida. (grifo nosso).

Observe-se que somente a análise concreta do caso, conjugada com os elementos de lealdade e de cooperação, poderá informar a real intenção das partes. O que traz uma indagação: pode-se confundir institutos jurídicos diversos para melhor solucionar um caso? Somente caso se extraia que esta era a real intenção das partes: haveria, portanto, confiança e legítima expectativa das partes de que isso iria existir¹⁵¹.

Nesse passo, toma-se a liberdade de citar longa passagem de Martins-Costa¹⁵², que bem resume o tema das obrigações complexas, atentando-se que não é mais possível somente interpretar o direito a partir das fontes objetivas:

Passemos, pois, agora, a estudar a relação de obrigação como um todo. Sob este conceito entendemos a relação de obrigação não como faz a lei (p. ex. no §362), quer dizer, como a relação de prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas como uma relação jurídica total (p. ex., relação de compra e venda, de locação, de trabalho), fundamentada por um fato determinado (p. ex., este contrato concreto de compra e venda, de locação ou de trabalho) e que se configura como uma relação jurídica especial entre as partes. Nesse sentido, a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e de conduta, e além deles pode conter para uma e outra parte direitos formativos (p. ex., um direito de denúncia ou um direito de opção) e outras situações jurídicas (p. ex., competência para receber uma denúncia). [...] Se existente no tempo, pode “nascer e desaparecer (extinguir-se, anular-se), modificar-se e desenvolver-se em direção a um fim determinado”. E, sendo uma relação concreta, que se produz entre pessoas determinadas, existente no tempo, “é certamente um conjunto de direitos, obrigações e ‘situações jurídicas’, mas não é a soma destes”, constituindo, mais propriamente, um todo (Gefuge), que subsiste como tal, ainda que alguns dos deveres contidos na relação tenham-se extinguido, em razão do cumprimento, e alguns dos direitos formativos tenham desaparecido, seja pelo seu exercício, seja pela preclusão. Nessa perspectiva, constituindo algo

¹⁵¹ Confira-se: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Civil - Fiança. Alegação de que prestada ‘intuitu personae’ à sociedade empresária, da qual o recorrente, sócio majoritário, retirou-se. Situação em que se imbricam apelante e sociedade, representando a cessão de cotas a transferência do ponto. **Preservação da fiança assumida contratualmente. Prestígio ao princípio da boa-fé objetiva**”. (grifo nosso). Apelação nº: 01236482820118260100 SP 0123648-28.2011.8.26.0100. Apelante: Wlamir Fernandes. Apelado: Antonio Coelho Filho. Relator: J. Paulo Camargo Magano. Data de Julgamento: 08/10/2014 - 26ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 09/10/2014.

¹⁵² MARTINS-COSTA, 2000, p. 392-393; 395.

vivo, concreto, “real” em sua temporalidade, a relação obrigacional pode “sem perder a sua identidade como tal [...], ser modificada em seu conteúdo”. O que expressa nesta passagem Larenz, portanto, é que o vínculo obrigacional é bipolar, por certo, mas não pode ser visto de uma perspectiva atomística (que secciona as partes que compõem) e estática (que o vê como resultante de mera soma das partes). Ao contrário, o conceito engloba, constante e progressivamente, os elementos de todas as relações obrigacionais concretas que se apresentam na prática jurídico-social. [...] Como expressa Motta Pinto, os múltiplos elementos integradores da relação obrigacional complexa, e o caráter indeterminado de alguns, ligam-se à aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo que integrem esta relação não apenas os fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou os que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e standards de cunho social e constitucional. Para melhor compreender esta assertiva basta pensar na existência, na relação, dos chamados deveres de informação. Evidentemente, não é possível nem tipificar, exaustivamente, o conteúdo destes deveres, nem determinar, abstrata e aprioristicamente, nem a situação em que os mesmos se revelam, nem a medida de sua intensidade, que variará, por exemplo, quer se trate de uma relação em que as partes são fundamentalmente desiguais, quer se trate de uma relação substancialmente paritária. Não é preciso supor, evidentemente, que estes deveres derivem da declaração negocial, ou de regra legal específica. A sua existência se atrela à incidência dos mencionados princípios e standards, em outras palavras, de exigências do tráfico jurídico-social viabilizadas pela boa-fé objetiva. É, portanto, através do princípio da boa-fé – notadamente se inserido em cláusula geral – que o efetivo conteúdo destes deveres poderá, em cada relação concreta, ser densificado.

Com o intuito de exemplificar na visão comercial, lembre-se de que nos contratos empresariais e, em especial, nos contratos societários, são muito comuns cláusulas de confidencialidade e de não concorrência, com termos finais posteriores ao do objeto contratual. Não seria plausível imaginar que não se devessem manter a lealdade e a confiança no resguardo de informações sigilosas e na abstenção de concorrer com o objeto da sociedade, após o fim do contrato.

Assim, a boa-fé objetiva, entendida como cláusula geral dos contratos, é um vetor para que haja lealdade, garantindo que a conduta das partes seja sempre realizada como a concretização de um imperativo ético.

O último dispositivo legal do Código Civil a ser aqui estudado é o artigo 187, que estabelece: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Trata-se de uma situação de abuso de direito e tem o artigo ora analisado nítido caráter corretivo. Ressalta-se que criar a obrigação, mas não a adimplir não está no nível cognitivo, e sim no volitivo, caso contrário haveria a má-fé. Por sua vez, passar informação falsa é o extremo da quebra da boa-fé objetiva, rescindindo qualquer confiança entre as partes.

Quebrada a *fides*, rachada a legítima expectativa, deve haver a correção através da responsabilização do agente, em geral pela imposição de indenização por perdas e danos¹⁵³.

Anote-se que Wald¹⁵⁴ resumiu bem a função supletiva e instrumental da boa-fé objetiva, inclusive trazendo passagem de doutrina estrangeira:

Nesse sentido, a boa-fé tem natureza supletiva e função instrumental, e reduz a margem de autonomia privada, uma vez que a sua observância independe da vontade das partes. Exige-se a concretização dos escopos visados pelos contratantes, que devem observar os deveres secundários, para não frustrar o fim do contrato e agravar a vinculação do devedor.

Ademais, é difícil conceituar e explicar a boa-fé. Probidade é termo que o dicionário explica como integridade de caráter e honradez, como se vê no Novo dicionário Aurélio¹⁵⁵. Já o mesmo dicionário traz “boa-fé” (com traço de união) com sentido de “certeza de agir com o amparo da lei, ou sem ofensa a ela. Ausência de intenção dolosa. Sinceridade, lisura”. É o sentido mais corrente. No direito anglo-americano, o conceito deriva da equidade, e, segundo o Prof. Sherman. L. Cohn, “é um estado de espírito caracterizado pela honestidade de propósito, falta de intenção de ser injusto ou de fraudar, honesta intenção de abster-se de obter vantagem inconsciente de outrem, sendo fiel ao dever ou obrigação”¹⁵⁶. Para Ripert, “a boa-fé é um dos meios utilizados pelo legislador e pelos tribunais para fazer penetrar a regra moral no Direito Positivo”¹⁵⁷. E para o Prof. Jacques Ghestin, da Universidade de Paris I, a boa-fé é uma noção jurídica enquanto princípio geral de direito, que consagra uma exigência geral de lealdade nas relações contratuais, fazendo presumir que o contrato, concluído por indivíduos livres e responsáveis, está conforme a justiça¹⁵⁸.

¹⁵³ Confira-se a seguinte ementa sobre a necessidade de indenizar quando há patente quebra da legítima expectativa: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Civil. **Culpa in contrahendo Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despertada na parte contrária. Comportamento concludente da ré, que gerou na autora a legítima expectativa de que celebraria contrato de cessão de licença de uso de sua marca. Dever de indenizar eventuais danos decorrente de violação ao princípio da boa-fé objetiva**”. (grifo nosso). Apelação nº: 10032863820148260079 SP 1003286-38.2014.8.26.0079. Apelante: Giovanna Matorelli Toqueton. Apelado: Imaginarium Comércio de Presentes e Decoração Ltda. Relator: Francisco Loureiro. Data de Julgamento: 11/03/2015 - 6ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 12/03/2015. O princípio da confiança também deve ser prestigiado no direito administrativo, com respeito às regras do edital, que faz lei entre as partes, ou seja, é contrato: “Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Concurso Público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. **Princípio da Segurança Jurídica. Boa-Fé. Proteção à Confiança. O dever de boa-fé da Administração Pública** exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. **Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos**”. (grifo nosso). Recurso Extraordinário: 822248 BA. Requerente: Moisés Freitas dos Santos e Outro. Requerido: Estado da Bahia. Relator: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 06/08/2014. Data de Publicação: DJe-170 Divulg 02/09/2014 Public 03/09/2014.

¹⁵⁴ WALD, 2011, p. 234.

¹⁵⁵ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio**. 2. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

¹⁵⁶ COHN, Sherman L. **Good faith and legal ethics**. Conferência num congresso internacional sobre a boa-fé. Jerusalém, 1984.

¹⁵⁷ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva, 1937.

¹⁵⁸ GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil. Revue internationale de droit compare**, Paris, v. 32, n. 3, juil./sept. 1980.

E acrescente-se, ainda, ao caldo, o princípio italiano da correção¹⁵⁹, que incide no comportamento dos sujeitos, alertando-os sobre o dever e obrigação de aviso e proteção para outra parte, ou seja, a agir de forma correta, séria e honesta.

O princípio da *correttezza* é para Mengoni¹⁶⁰:

A cláusula da *correttezza* é uma fonte autônoma de obrigações integrativas ex legge destinadas a estender a responsabilidade por inadimplemento aos prejuízos sofridos da esfera jurídica de qualquer parte em razão de comportamentos lesivos da outra, legados de um nexo de causalidade necessária do contato social instaurado com a relação.

Os princípios da *correttezza* e boa-fé se complementam. Veja-se a opinião de Perlingieri¹⁶¹:

Correttezza e boa-fé exprimem, na realidade, uma mesma entidade conceitual que determina o surgimento de deveres positivos e negativos tanto para o devedor quanto para o credor, sendo que a jurisprudência italiana tem individualizado múltiplas manifestações concretas do princípio da *correttezza* e da boa-fé, movendo da perspectiva ampla e geral segundo a qual a sua violação se realiza na medida em que o comportamento de uma parte não seja imprimido de lealdade, sinceridade e solidariedade social, acolhendo-se de tal maneira uma acepção positiva e não meramente negativa.

No mesmo caminho, Natoli ensina¹⁶²:

A referência à regra da correção e da boa-fé nos arts. 1.175 e 1.375 valem, exatamente, para advertir o juiz da necessidade que, também para os fins da valoração da legitimidade do comportamento das partes na sua atuação na relação obrigacional (como, afinal, na valoração de cada comportamento jurídico relevante dos sujeitos), aquelas operam no caso concreto a indispensável união do dispositivo particular da lei com os fundamentos e diretivas ético-sociais de todo o ordenamento (*Il riferimento alle regole della correttezza e della buona fede negli artt. 1175 e 1375 vale, appunto, a tenere avvertito il giudice della necessità che, anche ai fini della valutazione della legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio (come, del resto, della valutazione di ogni altro comportamento giuridico rilevante dei soggetti), egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento*).

No nosso entender, um novo olhar, com a conjugação dos princípios da boa-fé objetiva, da confiança, da correção e da autonomia privada, gera o nascimento do princípio da segurança negocial¹⁶³, um pilar para o direito comercial.

¹⁵⁹ No Código Civil italiano: Artigo 1175: “*Il debitore e il creditore devono comportarsi se condoler egol e della correttezza.*” Tradução livre: “O devedor e o credor devem se comportar de acordo com a regra da correção”.

¹⁶⁰ MENGONI, Luigi. I cinquant'anni del Codice Civile: Considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni. In: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994. p. 757-759.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 5. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 2005. p. 212-213.

¹⁶² NATOLI, Ugo. La regola della *correttezza* e l'attuazione del rapporto obbligatorio. In: FREZZA, Paolo et alli. **Studi sulla bouna fede**. Milano: Doot A. Giuffrè, 1975. p. 167-168.

3.3 Conceituação do princípio da segurança negocial

Por princípio da segurança negocial, entende-se a conjugação do dever de lealdade (boa-fé objetiva), a necessidade do agir como esperado (princípio da confiança), bem como a perseguição do comportamento correto (princípio da *correttezza*) entre as partes, facilitando-se a comunicação necessária, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade (autonomia privada).

Acrescente-se que o nascimento desse princípio está no seio do direito comercial e suas clássicas características¹⁶⁴: a) cosmopolita: marcadamente internacional, precisando se adaptar a diversos “usos e costumes”; b) fragmentado: não forma um sistema jurídico completo, ainda mais pelo caráter cosmopolita; c) dinâmico: o tráfego comercial está em rápida evolução, muitas vezes de forma criativa e inovadora; d) oneroso: a legislação e os negócios jurídicos envolvem, via de regra, atos não gratuitos; e) simplicidade: busca formas menos rígidas de pactuação se comparado a outros ramos do Direito, como o Civil, até pelo dinamismo; e f) presunção de solidariedade: visa à garantia do crédito.

Some-se ainda a atual teoria da empresa, refletida no Código Civil ao estabelecer quem é empresário e o que é estabelecimento, nos artigos 966¹⁶⁵ e 1.142¹⁶⁶, respectivamente, em contraste com a teoria dos atos de comércio. A teoria da empresa prescreve que é empresário quem atua na produção e circulação de mercadoria de forma organizada com o objetivo de lucro.

¹⁶³ A segurança jurídica é a certeza de que os tribunais decidirão a lide conforme determinado conceito. Segurança negocial é a certeza, determinada, de que as regras do tráfego comercial serão seguidas. São, portanto, conceitos distintos, mas ambos visam trazer estabilidade às relações sociais.

¹⁶⁴ “Em Roma aplicava-se ao comerciante o direito dos estrangeiros, *o jus gentium*; o direito marítimo, universalista por excelência, inspirou a criação de diversos institutos mercantis [...] De fato, a persecução do lucro, que é a meta do comerciante, é um fato universal e desconhece fronteiras. b) Está relacionado com o desenvolvimento empresarial, fazendo com que as normas comerciais estejam sempre em constante mudança, aderindo a novas tecnologias que certamente acarretarão a existência de novas práticas comerciais. c) A onerosidade é a regra, e ela se presume. Precisamente porque o objetivo do comerciante é a obtenção de lucro, não se concebe na atividade comercial a gratuidade. d) Em face da técnica própria do direito comercial e de seu objetivo de regular operações em massa, em que a rapidez da contratação é elemento substancial, forçou-se a supressão do formalismo. Em compensação a boa-fé impera nos contratos comerciais, impondo-se meios de provas mais simples e numerosos do que no direito civil. e) O direito comercial é extremamente fragmentário. Não forma, como conclui Alfredo Rocco, um sistema jurídico completo, mas um complexo de normas, que deixa muitas lacunas. Cosack corrobora a observação, declarando que o direito comercial é um conjunto de normas extraordinariamente fragmentário. f) A tutela do crédito e a segurança na circulação dos bens, dada a celeridade das operações realizadas em massa, importa muitíssimo ao direito comercial. Mais ao direito comercial do que ao direito civil”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56 -58.

¹⁶⁵ Art. 966, do Código Civil. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

¹⁶⁶ Art. 1.142, do Código Civil. “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Corroborar tal teoria o complexo conceito de empresa, nas palavras de Comparato¹⁶⁷:

[...] conceito de empresa como fenômeno econômico e portanto matéria de direito: que a empresa existe e vive como fenômeno econômico unitário, sem rupturas. Nesse sentido, deixando de lado a questão do vocábulo, as diversas opiniões da doutrina sobre o tema da empresa acima examinados, não obstam discordantes, são destinadas não a contrapor-se, mas, em certos limites, a complementar-se; e a análise dos diversos perfis da empresa contém, já em si traçada, a teoria jurídica da empresa, a qual deveria precisamente compreender as seguintes partes: a) estatuto profissional do empresário; b) ordenamento patrimonial da empresa; (disciplina o trabalho na empresa); c) disciplina do patrimônio azidental e do estabelecimento; d) disciplina da atividade empresarial nas relações externas (relações de empresa).

Esse conjunto ora colocado é que se denomina como o regime jurídico comercial¹⁶⁸, marcado por forte consenso entre as partes e especialidade de seu objeto¹⁶⁹, que visa à produção e circulação de bens e serviços.

¹⁶⁷ COMPARATO, 1996, p. 124.

¹⁶⁸ Observe-se que a dicotomia entre o direito civil e o comercial é histórica, como ensina Comparato: “Objetivamente, a competência da magistratura comercial era limitada aos negócios mercantis e aos negócios conexos, isto é, às compras para revender e às sucessivas vendas, aos negócios de banco e câmbio, e aos que fossem conexos. A soma mutuada constituía a indenização paga antecipadamente pelo segurador, soma essa que, deixando de se verificar o sinistro, era restituída com altos juros, representativos do prêmio. É da comenda – originariamente, como bem observa Astuti, contrato de mútuo – desenvolvida primeiro no direito marítimo, que deveria a sociedade em conta de participação e também, segundo uma tese difundida, a sociedade em comandita, a qual, ao invés, é reconduzida por outros a uma derivação da sociedade em nome coletivo. A atividade mercantil requer uma rede de auxiliares, especialmente (e lembre-se que não havia telecomunicações...) quando se desenvolve entre praças distantes: caixeiros no estabelecimento principal (e eis a doutrina dos preponentes e prepostos); auxiliares longínquos (e eis a doutrina dos agentes e comissários). A sua organização exigia a ideia de estabelecimento comercial, de fundo de comércio e, portanto, de sinais distintivos – o título do estabelecimento e a insígnia – ao passo que a marca do produto se harmonizava com a preocupação corporativa, visando garantir a conformidade do produto com os critérios fixados pela corporação. [...] A doutrina, por sua vez, procura elaborar a interdição canônica, aceita pelos civilistas, estabelecendo distinções a partir da consideração do dano sofrido pelo credor. Santo Tomás já admite, como ressarcimento do dano da mora, os juros moratórios, dos quais se vão elaborando os requisitos (depois sistematizados por Paulo de Castro). Eles serão admitidos quando o credor é comerciante, independentemente da prova do dano sofrido pelo credor no caso concreto, e absque ulla interpellatione, tornando-se pois devidos os juros do período de mora que sucede o vencimento de um mútuo. No entanto, a sabedoria da elaboração do direito comercial e da obra de seus aplicadores no plano judiciário foi a de haverem superado o interesse de classe. As regras elaboradas para os negócios mercantis dos comerciantes se apresentam, em seu alcance abstrato, como demonstrará a evolução posterior, de aplicabilidade geral e não inspiradas por um interesse de classe que, como tal, exclui obviamente uma aplicação geral. São regras independentes do invólucro corporativo com o qual se originaram, e tendentes a favorecer um desenvolvimento geral da riqueza e não grupos restritos. [...] encontramos de fato, já nos séculos XVI e XVII, estruturas econômicas associativas complexas; os primeiros cartéis, segundo a terminologia hodierna e – como naquela poder-se-ia dizer a holding dos Medici – formações estruturais complexas no campo das sociedades. Como observa Luzztto, assim as unidades locais, como as formações corporativas, passam a subordinar-se ao Estado que, pelas necessidades totalmente novas de suas finanças é levado a interessar-se pelos problemas econômicos, a intervir como regulador da vida econômica da nação, aplicando a política que se dirá mercantilista”. Ibid., p. 90-99.

¹⁶⁹ Forgioni destaca historicamente a dicotomia dos particularismos do sistema de direito comercial, citando: “[...] a vedação do açambarcamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos, e a Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurando que os membros das Cruzadas tivessem pão a um preço não excessivo. Saporì relata várias normas que seriam destinadas ao amparo do consumidor, impostas pela comuna; também em Florença, um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte,

Vale um parêntese: muito se discute sobre a autonomia do direito comercial¹⁷⁰ frente ao direito civil. O direito comercial é, sim, ramo autônomo, com seus princípios e regras próprias.

Confira-se nesse caminho, Forgioni¹⁷¹, ao citar Ascarelli, que explica: “Segundo a lição de Ascarelli, um direito especial nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios jurídicos e não da especialidade da matéria tratada”.

E, ainda, Ascarelli¹⁷²:

A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulamentada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado [...], sucessivamente em um âmbito mais vasto.

Para finalizar, Requião¹⁷³ cita Vivante para demonstrar os reflexos importantes da dicotomia no direito comercial:

O direito comercial tem, de fato, uma índole cosmopolita que decorre do próprio comércio. A disciplina dos títulos de crédito, a circulação, o portador de boa-fé, são institutos que dão uma feição diferente da que prevalece no direito civil. Os negócios a distância, entre ausentes, são problemas que o direito civil não resolve, e, por fim, o direito comercial regula os negócios em massa, ao passo que o direito civil se ocupa de atos isolados.

Assim, o princípio da segurança negocial tem sua função e estrutura própria, com o objetivo de dar segurança ao tráfego comercial, garantindo a circulação de mercadoria e a prestação de serviço, com o desenvolvimento econômico, tudo para a proteção do negócio comercial, no sentido mais amplo possível¹⁷⁴.

soubesse que o produto não era fresco. Empregava-se o mecanismo das feiras para evitar abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade, com a imposição da liquidação da mercadoria antes do final da feira. Os comerciantes eram obrigados a contratar funcionários públicos para efetuar a pesagem de suas mercadorias. Algumas cidades chegaram a fixar o lucro máximo que uma determinada categoria profissional poderia obter para ‘tutela dos consumidores menos abastados’”. FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, ano XLII, p. 18, abr./jun. 2003.

¹⁷⁰ Mendonça ainda nos tempos dos atos de comércio: “O direito comercial vem a ser, destarte, a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares”. MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. I, p. 16.

¹⁷¹ FORGIONI, op. cit., p. 7.

¹⁷² ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 93.

¹⁷³ REQUIÃO, 2011, p. 45.

¹⁷⁴ Confira-se Orlando Gomes: “A expressão ‘negócio comercial’ vem empregada no sentido mais amplo possível, tal como fez Vivante ao referir-se a *affari mercantili* (v. item VI, infra). Não nos prendemos, pois, à distinção técnica entre negócio jurídico e contrato; a expressão ‘negócio’ em língua portuguesa é utilizada no sentido de *affare* em italiano. No entanto, obviamente estudaremos a interpretação dos contratos, considerando

E, completa Forgioni¹⁷⁵ com ênfase nos contratos:

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Isso faz que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com esse padrão “de mercado”. Portanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas a um nível insuportável.

Por outro lado, não se pode negar a influência do direito civil, de sua função e de sua estrutura, para trazer conceitos fundamentais e regras gerais aplicáveis ao direito comercial.

Nesse sentido veja-se a doutrina de Larenz¹⁷⁶: “Realmente, trata-se o direito civil, na verdade, do núcleo do Direito Privado, espraiando para este os conceitos fundamentais e regras gerais aplicáveis aos seus diversos campos, o que justifica a sua importância para o ordenamento”.

Note-se que a informalidade dos negócios comerciais e sua criatividade precisa, em nossa opinião, de um princípio que reflita o esperado pelas partes e as peculiaridades do regime jurídico comercial, trazendo uma correta interpretação. O princípio da segurança comercial trará às partes em transações comerciais uma visão moderna, condizente com o esperado e com as características do dinamismo comercial¹⁷⁷.

É, ainda, uma forma de bússola ao julgador, que valorará, por meio desse princípio, as regras e outros princípios aplicados ao caso, harmonizando-os através dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visando à preservação da empresa e punindo a parte faltosa.

que se trata da mais importante espécie de negócio jurídico, do ‘acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais’, ou seja, de ‘negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial’ ou ainda, de ‘negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam’”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 11.

¹⁷⁵ FORGIONI, 2003, p. 130.

¹⁷⁶ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Madrid: Edersa, 1978. p. 8.

¹⁷⁷ Como diz Grau: “Embora a globalização seja um fato histórico, resultante da terceira revolução industrial – informática, microeletrônica e telecomunicações –, o neoliberalismo é uma opção ideológica, aliás já em processo de superação. O mercado apenas resiste às contradições do capitalismo na medida em que ordenado e conformado pela mão visível do Estado, instrumentada por um direito posto, comprometido com a preservação dos mercados, a serviço da influência da circulação mercantil. A respeito da necessidade de segurança jurídica, v. Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime em Droits Allemand, Communautaire et Français*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 112 ss”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 117.

Observe-se que não se está descartando a utilização de outros princípios, muito menos, os que dão alicerce ao próprio princípio proposto. Óbvio que se pode conjugar boa-fé objetiva, confiança, correção e autonomia privada com o objetivo de que a lei e o negócio jurídico celebrado possuam proteção, prestigiando os seus valores. O problema é que a dita proteção acaba tendo que vir por vários ângulos e muitas vezes da interpretação dada por outros ramos do direito (ex. direito civil) e não através de um princípio formador do caráter do empresário moderno. Por assim dizer: que já engloba e reflete a conduta ideal esperada.

Veja-se que Forgioni¹⁷⁸, por exemplo, traça a interpretação dos negócios comerciais, que são, portanto, diferentes da interpretação a ser dada aos contratos de natureza civil:

A interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar que:

- (i) Segurança e previsibilidade são necessárias para garantir a fluência de relações no mercado;
- (ii) Os textos normativos devem permitir adequação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito;
- (iii) Ao Estado, enquanto agente implementador de políticas públicas, há de ser assegurado o poder de intervenção sobre o mercado, editando normas que estabeleçam o que é lícito e o que é ilícito;
- (iv) A força normativa dos usos e costumes deve ser adequada ao interesse público;
- (v) Os usos e costumes são fonte de direito comercial; a racionalidade econômica dos agentes pode ser considerada pelo direito estatal, ainda que determinado ato (praticado de acordo com essa racionalidade) venha a ser considerado ilícito.

Por fim e como argumento arrematador da necessidade de um princípio próprio para o direito comercial, considera-se que, ao contrário da boa-fé que cria direitos conexos ou secundários, o princípio da segurança negocial cria direitos inerentes ao tráfego comercial.

Assim, o princípio da segurança negocial cria deveres inerentes às partes, que, mesmo não escritos, são traduzidos, em especial no direito societário, como o dever e a obrigação de prestar informação clara e precisa¹⁷⁹, manter sigilo (sobre o *know how*, por exemplo), prestar colaboração (assistência e auxílio), cooperação, exercer a vigilância e o cuidado¹⁸⁰, não atuar com conflito de interesse, e manter a não concorrência, em qualquer

¹⁷⁸ FORGIONI, 2003, p. 23.

¹⁷⁹ Decorre do dever de informação, o dever de esclarecimento (de indicação e declaratório, puramente cognitivo) que tem como objetivo uma declaração de conhecimento. Ponto tangencial desta tese, que vale pequena reflexão, é se alguém pode esclarecer algo sobre o que não tem conhecimento. Certamente não. Porém, a questão fica interessante caso se questione se a parte deveria ter conhecimento, mas não o tem. Nesse caso não esclarecer seria desrespeito ao dever de diligência que rege o direito societário, punida a parte prejudicada pela falta de conhecimento pela perda e danos.

¹⁸⁰ Sobre a necessária forma de agir ético, com a necessidade de diminuir as perdas do credor em atitudes proativas entre as partes: “Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil - Contratos. **Boa-Fé Objetiva. Standard**

uma das fases contratuais, tudo para que as partes caminhem para o cumprimento pleno do objeto avençado¹⁸¹. Ou seja, diferentemente dos princípios na ótica civilista, na ótica comercial os deveres e obrigações não são *relacionados* ao cumprimento da obrigação, e sim *característica essencial* do cumprimento da obrigação.

A incidência maior ou menor desses deveres¹⁸² sempre dependerá do caso a caso, porém nítido é que o desrespeito ferirá o princípio ora em estudo, que serve em última instância para afastar danos aos contratantes¹⁸³.

Assim, o princípio da segurança negocial será o valor base na interpretação da Lei e dos negócios jurídicos¹⁸⁴, criando uma consideração especial entre as partes, que gera um aumento dos deveres e obrigações, que não serão mais acessórios, e sim inerentes ao convencionado entre as partes (validação de condutas), afastando perdas e danos, dentro de um regime jurídico comercial¹⁸⁵, em que há um interesse subjetivo pela propriedade empresarial, visando ao bem comum¹⁸⁶.

Ético-Jurídico. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. Violação ao princípio da boa-fé objetiva". (grifo nosso). Recurso Especial nº: 758518 PR 2005/0096775-4. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data de Julgamento: 17/06/2010 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 28/06/2010 REPDJe 01/07/2010.

¹⁸¹ Couto e Silva afirmou: "Com a expressão 'obrigação como processo', tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência". "Obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor." COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 120; 168.

¹⁸² Deve-se tomar cuidado com o dito "dever para consigo mesmo". Esse é um ônus para a parte, como, por exemplo, na contratação de um seguro. Deve a parte inventariar todos os seus riscos, sob pena de não ter segurado o seu próprio bem.

¹⁸³ "Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Comercial. Recurso contra decisão de primeira instância que proibiu a agravante de rescindir a relação comercial com a agravada. O longo tempo de relação contratual entre as partes geraram deveres acessórios, dentre eles o dever de cooperação, sendo certo que tais deveres acessórios visam à restauração do equilíbrio das relações contratuais e a evitar situações danosas para a contratante que se encontra em situação de desvantagem contratual. Ademais, o Código Civil de 2002, ao adotar os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, teve o intuito de considerar os contratantes como verdadeiros parceiros, devendo, portanto, atuarem de forma a garantir a finalidade do negócio entabulado". Agravo de Instrumento: 0037547-50.2015.8.19.0000. Agravante: O Boticário Franchising Ltda. Agravada: Oliveira Bruno Presentes Ltda. EPP e outros. Relator: Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos. Data de Julgamento: 20/07/2015, 2ª Câmara Cível.

¹⁸⁴ Parafraseando Couto e Silva que afirmou ser o princípio da boa-fé um *plus* de cuidado para as partes. COUTO E SILVA, 1976.

¹⁸⁵ Veja-se que por outra ótica, a defesa de uma interpretação própria para o regime jurídico comercial, ainda com base na boa-fé: "O fato, no entanto, é que nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a 'confiança' pode ser traída. A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é natural e desejável que normas jurídicas coajam os agentes econômicos a respeitá-las. Por isso, o sistema de direito comercial como um todo está voltado à tutela de princípios como a boa-fé objetiva e a confiança. Negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria conveniente para as partes negociar

3.4 Interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário

Esse princípio no direito societário deve ser interpretado à luz do princípio da preservação da empresa, exigindo lealdade entre sócios, administradores e sociedade, com essas três partes agindo conforme as expectativas, mantendo comportamento íntegro, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade, tudo para se preservar a atividade econômica, principal motor da liga existente entre todos os participantes.

Isso significa que entre o sócio e a sociedade prevalece a última. O mesmo se diga entre administrador e sociedade. No embate entre sócio e administrador prevalece a vontade de quem persegue o melhor para a manutenção da atividade econômica. Ou seja, primeiro se persegue o interesse primário da sociedade, sendo o secundário dos acionistas ou administradores¹⁸⁷.

Nesse passo, o princípio (ou cláusula geral) que institui deveres e obrigações, mesmo que não escrito, permite às partes e ao juiz que “crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”¹⁸⁸.

Ainda, Couto e Silva afirma que “o juiz deve interpretar através de fatores metalógicos (interpretação de interesses dignos de serem levados em conta, aperfeiçoamento da norma através da aplicação de proposições fundamentais, construção segundo valorizações

nessa última situação. Uma das funções do direito comercial é buscar a criação de um ambiente que torne as negociações compensatórias”. FORGIONI, 2003, p. 30.

¹⁸⁶ Confira-se Carvalho sobre a propriedade empresarial: “Propriedade empresarial é o controle do titular de direito subjetivo pertinente – ou de alguém, por esse consentido, ou de algum modo autorizado – sobre ativos. De regra, a propriedade empresarial só pode ser dirigida para o bem comum”. CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. **A propriedade empresarial: um estudo transdisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 63.

¹⁸⁷ Confira-se a opinião de Antônio Castanheira Neves do papel da doutrina para a realização do direito: “Este papel se desdobra em dupla face: de um lado, uma *face autônoma ou antecipante*, porque realiza a construção dogmática dos modelos do sistema a partir da escolha de princípios, previamente à aplicação destes modelos pela jurisdição; de outro, uma *face complementar ou de continuação da normatividade*, reconstituente do sistema, porquanto voltada à reelaboração jurídico-dogmática das normas e modelos do sistema. A este verdadeiro processo que agrega os dois momentos – o de *construção e o de reconstrução* –, todavia ‘indiscerníveis num continuum normativo-dogmático’, é que o filósofo português chama de *jurisprudência*, a ‘decisiva objectivação da consciência jurídica da comunidade’”. (grifo do autor). NEVES, Antonio Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). In: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 514.

¹⁸⁸ MENGONI, Luigi. Spunti per una teoria delle clausole generali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano IV, n. 1, p. 11, 1986.

em geral vigentes ou novas)”, o que leva a crer e a defender a aplicação do princípio da segurança negocial, transformando a jurisprudência¹⁸⁹.

Nesse caminho, abre-se a possibilidade de um vetor para a criação de normas que irão apaziguar a relação contratual¹⁹⁰, de forma justa, em atenção ao princípio da solidariedade¹⁹¹, lembrando que a obrigação deve ser entendida como um processo tendo em vista a “pluralidade de direitos, obrigações e outros vínculos jurídicos que nelas se interligam”, ainda mais existindo uma relação obrigacional complexa, tendo a parte a obrigação e não a faculdade de atuar em benefício da outra e não somente um dever de não causar prejuízo¹⁹².

¹⁸⁹ O mundo jurídico tem lacunas e os princípios e cláusulas gerais servem para preenchê-las tentando atingir o justo.

¹⁹⁰ Nunca se pode esquecer a evolução do contrato, da autonomia da vontade subjetiva e objetiva e que hoje a regra é a cooperação visando a sobrevivência do contrato e das partes: “Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo ou até numa entidade. Vínculo entre as partes, por ser obra comum destas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e outros deveres, que evolui com a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes querem e devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer de sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais”. WALD, 2011, p. 243.

¹⁹¹ Princípio entendido como contratações justas, sendo para muitos autores o preâmbulo do direito obrigacional.

¹⁹² Sobre a interpretação dos contratos, Wald leciona: “Os processos e as técnicas de fixação do sentido da lei, como os processos literal, histórico, sociológico, sistemático e lógico, são utilizados, além de outros, na interpretação contratual, em que também se atende à finalidade econômica da operação, à boa-fé presumida e ao comportamento passado das partes, ao conteúdo real do ato, independentemente da terminologia utilizada, às circunstâncias peculiares do caso, aos usos sociais e locais à equidade. No direito brasileiro, o Código Civil fica princípios de hermenêutica contratual em seus arts. 112, 113, 114 e 819, bem como nos princípios da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, previstos expressamente em seus arts. 421 e 422. Os textos determinam que se atenda à vontade real das partes, à sua vontade comum, ao que objetivamente pretenderam fazer, devendo o contrato ser interpretado de acordo com o próprio comportamento das partes, numa espécie de interpretação autêntica, na qual o juiz examina a conduta das partes na execução do contrato até o momento do litígio. Tal conduta é a melhor manifestação do modo pelo qual os contratantes entenderam as suas obrigações e o modo de cumpri-las. Divergindo as palavras da realidade do negócio, a esta deverá atender o juiz. Assim, se as partes denominam um contrato ‘comodato’, mas estabelecem uma remuneração para o comodante, é evidente que deverá ser desprezada a terminologia adotada, por ser necessariamente o comodato um contrato gratuito, apreciando-se o contrato em questão como locação de coisas. Se durante a vigência do contrato, embora, por lei, a dívida fosse quérable, pagável no endereço do devedor, criou-se a praxe de esta ser paga no domicílio do credor (portable), não pode, em seguida, uma das partes alterar a interpretação que ela própria deu ao texto contratual”. Ibid., p. 264-265.

Lembrando-se, ainda, sob a ótica societária e o que foi mencionado na análise dos princípios formadores do direito dos sócios, que é necessário sempre que a interpretação do princípio da segurança negocial seja associada ao dever de diligência¹⁹³.

Apresentar-se-á adiante um capítulo próprio para o estudo do princípio da segurança negocial no direito societário, princípio de otimização para os outros princípios, inter-relacionando-o com passagens doutrinárias. Porém, com fins exemplificativos, analisar-se-ão dois problemas em abstrato.

O primeiro é sobre o dever de revelação total¹⁹⁴ (*full disclosure*) sobre o negócio jurídico a ser entabulado, independentemente da fase contratual (pré, na conclusão, na execução ou pós). Qual é o limite? Em uma sociedade ou em um acordo de sócios deve imperar a necessidade de revelação de toda e qualquer informação?

Lealdade, confiança e correção somente podem significar a divulgação de toda e qualquer informação relacionada com o objeto do negócio jurídico, “*facilitando a comunicação entre as partes, evitando-se o vício na manifestação da vontade*”, somado

¹⁹³ O Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando uma briga de condomínio com seu síndico, que por analogia poderia ser uma sociedade com seu administrador, realça a necessidade do dever de diligência, bem como o realce na lisura que as partes devem ter. Confira-se: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Prestação de Serviços. A prestadora de serviço admitiu a sua deficiência no desempenho de administrar numerário arrecadado para as despesas do condomínio edilício, transgredindo, por conseguinte, o princípio da probidade fundada na confiança, honestidade e lisura que representa o princípio da boa fé objetiva a orientar os contratos em geral. Ao revés, exercitou a autonomia da vontade com o escopo de contratar um serviço lícito, mediante retribuição, cumprindo frisar que o princípio da boa fé objetiva abrange a fase pré contratual e pós contratual”. (grifo nosso). Apelação: 01109119520088260100 SP 0110911-95.2008.8.26.0100. Apelantes: Souza Cunha Consultoria de Imóveis Ltda; Condomínio Edifício Jardim Alabastro. Relator: Júlio Vidal. Data de Julgamento: 13/05/2013. 28ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 13/05/2013.

¹⁹⁴ Sobre isso reforça Verçosa que: “Outra consequência de elevadíssima importância do dever de sigilo está no resguardo com respeito aos negócios da companhia, sabendo-se que no momento atual do desenvolvimento da atividade econômica as informações estratégicas de uma empresa correspondem a um dado fundamental do seu sucesso, sabendo-se da intensa preocupação em proteger a atividade contra a chamada espionagem industrial, a qual não se dá somente neste campo específico, mas em todos aqueles nos quais o conhecimento do know-how do concorrente é de fundamental importância para, se possível, alijá-lo do mercado. E uma das formas mais utilizadas para tal finalidade ilícita está em corromper administradores de sociedades rivais”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 3, p. 463. E, por analogia, pois escreve no contexto do dever de informação nas companhias abertas, diz Pitta que: “A existência de obrigações extensivas de divulgar determinado conjunto de informações, com a respectiva previsão de responsabilização em casos de sua falta ou imprecisão, representa certa segurança quanto ao nível mínimo de qualidade, credibilidade e continuidade das informações prestadas. Esse cenário contribui com o aumento da confiança dos investidores no mercado, fazendo com que os investidores acreditem e confiem que sempre terão acesso às informações necessárias para tomarem suas decisões e/ou monitorarem a conduta dos administradores e acionistas controladores dos emissores nos quais investem, mesmo que, na prática, não utilizem essas informações”. PITTA, André Grünspun. **As funções da informação no mercado de valores mobiliários**: uma reflexão sobre o regime de divulgação de informações imposto às companhias abertas brasileiras. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 81. Posteriormente a dissertação culminou no livro: “O regime de informação das companhias abertas”, Editora Quartier Latin, 2013.

dentro do direito societário, ainda, com o princípio da preservação da empresa. Ou seja, deverá existir informação rápida, clara e precisa, com todos os elementos para a correta interpretação pelas partes de seus objetivos, tudo a se evitar vícios na declaração de vontade, que forma a autonomia privada.

Informações que podem quebrar o sigilo de outros contratos ou ferir o segredo da empresa podem ser veiculadas com reservas, mas sempre atendida a lealdade entre as partes e trazendo segurança negocial aos envolvidos.

Um segundo exemplo é o dever de não competição. Foi mencionado que é dever essencial a não competição entre os sócios, administradores e entre estes e a sociedade, sendo que tal regra não precisaria estar escrita. A primeira razão disso é o próprio dever de lealdade inserido no artigo 155, da Lei das Sociedades Anônimas¹⁹⁵.

A segunda razão é o princípio da segurança negocial no direito societário. Quem se sujeitaria a ser sócio de sociedade sabendo que seus sócios ou os seus administradores poderiam a seu bel prazer competir com a sociedade, não realizando todos os meios possíveis para o crescimento da atividade empresária? Isso contrariaria, inclusive, o dever de diligência, insculpido no artigo 153¹⁹⁶ da Lei das Sociedades Anônimas, bem como tipificaria o desvio de finalidade tratado no artigo 154, do mesmo diploma legal¹⁹⁷.

No mesmo caminho, sócio (ou administrador) que concorresse com a sociedade direta ou indiretamente ou estaria atuando com abuso de poder (seja majoritário, seja minoritário) ou quebrando a lealdade e a confiança entre as partes.

Por analogia, a não concorrência é regra positivada no trespasse do estabelecimento empresarial. Ou seja, se nada estiver estipulado no contrato de venda do estabelecimento, o

¹⁹⁵ “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir”.

¹⁹⁶ Art. 153, da Lei das Sociedades Anônimas. “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

¹⁹⁷ Art. 154, da Lei das Sociedades Anônimas. “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

alienante não poderá concorrer por cinco anos com o adquirente, conforme estabelece o artigo 1.147 do Código Civil¹⁹⁸.

Nesse caminho, veja-se o ensinamento de Elidius¹⁹⁹:

Ainda tomando por base o presente dispositivo que trata do não-restabelecimento, cabe questionar se o sócio de sociedade limitada que vende sua participação como quotista poderia ou não se restabelecer com outra sociedade tendo o mesmo objeto social daquela a que pertencia?!

Para responder tal indagação, de vemos verificar a finalidade da regra ora sob exame, de sorte que seu objetivo, conforme já afirmamos, é afastar a possibilidade de aquele que vendeu o estabelecimento promover concorrência com aquele que adquiriu.

Ora, na sociedade, embora todos os sócios, em princípio, sejam donos do estabelecimento, significando dizer que o sócio retirante que vende sua participação em sociedade vende implicitamente com suas quotas sua parte do estabelecimento empresarial (antigo comercial) e, portanto, deveria estar sujeito à mesma incidência normativa, de forma a não poder se restabelecer com sociedade que tenha o mesmo objeto social daquela que participava, salvo expressa autorização para tanto, ou ainda após transcorrer o prazo determinado no dispositivo sob exame. Entretanto, não é esse o entendimento majoritário sobre o tema.

A posição predominante tem sido o entendimento que afasta a incidência da cláusula de não-restabelecimento na venda das quotas sociais, salvo quando expressamente pactuada.

Tendo em vista que a questão é polêmica – tomando por base a mesma advertência já apresentada – entendemos que o melhor a fazer é prever no contrato a expressa vontade das partes, para que no futuro não haja contestação sobre o que se pretendia com a alienação efetivada.

Assim, em nossa opinião, não precisaria estar escrita a obrigação de não concorrência. A regra é ao contrário: se os sócios permitirem, por exemplo, através de uma assembleia geral ou um acordo entre sócios, que outro sócio ou administrador concorra com a sociedade e quais os limites disto, poderá existir a concorrência (autorizada expressamente), caso contrário, não.

Ademais, resgatando o exemplo que abre o capítulo sobre a venda indireta do controle societário se desrespeita em tese a cláusula de *tag along*, já que haveria lesão ao princípio da segurança negocial. Isso porque patente a frustração da outra parte (confiança), com desrespeito à lealdade (boa-fé objetiva) e ao dever de aviso e proteção (correção), se o sócio majoritário alienasse suas quotas à sociedade *holding* (venda indireta do controle), para, logo após, vendê-las a terceiro, burlando a cláusula de *tag along* e, conseqüentemente,

¹⁹⁸ Art. 1.147, do Código Civil: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

¹⁹⁹ PRUX, Oscar Ivan; HENTZ, Luiz Antonio Soares; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: da sociedade, do estabelecimento e dos institutos complementares. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 10, p. 278-279.

prejudicando o quotista minoritário. Ou seja, a consideração especial entre as partes, como uma obrigação inerente à interpretação da Lei e do negócio jurídico celebrado, evitando o vício na manifestação da vontade, certamente não teria sido cumprida pelo sócio majoritário, é o padrão de conduta esperado no regime jurídico comercial.

Portanto, o embate entre fato e regra deve ser interpretado com base no princípio da segurança negocial, tendo maior relevância, em nossa opinião, o conteúdo geral do negócio, incluídos os deveres inerentes ao padrão esperado, do que o tratamento normativo²⁰⁰.

Por fim, vale um pequeno comentário sobre a responsabilidade subsidiária do cedente, pela cessão total ou parcial, por 2 (dois) anos após a averbação de sua saída da sociedade de responsabilidade limitada, conforme estabelece o parágrafo único, do artigo 1.003²⁰¹ do Código Civil. Tal disposição coaduna-se com a proteção do tráfego comercial, bem como é um dos maiores atrativos da sociedade de responsabilidade limitada: a subsidiariedade pelo pagamento das dívidas sociais, não sendo possível entender que o cedente e o cessionário poderiam ser responsáveis solidariamente com a sociedade pelas dívidas sociais.

Nessa esteira de raciocínio, Gonçalves Neto²⁰² ensina:

No regime jurídico da sociedade simples, os sócios são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das dívidas sociais. Assim, esgotado o patrimônio social, a parte insatisfeita da obrigação contraída pela sociedade é garantida pelo patrimônio dos sócios na proporção da participação de cada qual nas perdas sociais. Se houver cláusula de responsabilidade solidária todos garantem o todo da dívida faltante (CC, art. 1.023 e 1.024).

Em consequência, não pode a cessão de quotas burlar a aplicação desse regime. Por isso, como forma de proteger os demais sócios e os credores, o parágrafo único do art. 1.003 mantém a responsabilidade do cedente relativamente às obrigações contraídas pela sociedade no período em que era sócio pelo prazo de dois anos que se seguirem à averbação da alteração contratual contendo a cessão de quotas por ele feita. O preceito aplica-se independentemente de quem seja a pessoa do cessionário, sócio ou terceiro estranho ao quadro social. (grifo nosso).

²⁰⁰ O Código Comercial de 1850, em seu artigo 130 já possui disposição nesse sentido: “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”.

²⁰¹ “Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”.

²⁰² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

Assim, concorda-se com a opinião mencionada, pois não há dúvidas de que o pretendido pela norma é evitar a patente insegurança, seja do cessionário, seja de credores ou terceiros de boa-fé, em qualquer operação societária, além de prestigiar o respeito ao princípio da segurança negocial no direito societário, preservando-se a empresa.

Dessa forma, o direito societário e, lógico, os dois principais tipos societários (sociedade de responsabilidade limitada e sociedade anônima) são balizados pela incidência do princípio da segurança negocial e esse conjunto delimita a autonomia privada.

No próximo capítulo estudar-se-ão as principais características da formação da sociedade limitada e da sociedade anônima, os deveres e responsabilidades dos administradores e sócios, incluindo o abuso de poder de controle, bem como as regras de governança corporativa, para, após, ser feita a interligação do princípio da segurança negocial com o direito societário.

CAPÍTULO IV – ASPECTOS IMPORTANTES PARA A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E DOS CONTRATOS ATINENTES ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS CONTEMPORÂNEAS

Não é possível estudar a relação do princípio da segurança negocial com o direito societário sem o estudo dos principais conceitos basilares formadores das sociedades contemporâneas, das relações entre os sócios e entre os sócios e os administradores.

É necessário sempre lembrar que o céu é o limite quando se trata de contratos empresariais – o que inclui as mais diversas formas de organização do capital e do poder dentro de uma sociedade –, por estar na base do regime jurídico comercial a autonomia privada. No cotidiano é comum observar que cada sociedade tem um perfil e uma cultura organizacional²⁰³, comportando-se diante da concorrência de forma peculiar, tudo para se desenvolver em um mundo globalizado e competitivo.

Porém, alguns traços direta ou indiretamente são respeitados em todas as sociedades com o intuito de passar confiança e tranquilidade aos acionistas, empreendedores e investidores (rendeiros ou especuladores) e aos administradores, membros do conselho de administração, fiscal e diretoria. Afora isso, a sociedade é uma pessoa jurídica e, assim, sujeita a direitos e obrigações, deveres e responsabilidades decorrentes e permitidas da ficção da personalidade criada pelo ordenamento jurídico.

Nesse passo, analisar-se-ão: (a) de forma geral, o risco do empresário e a justiça; (b) a proteção ao investimento privado; e (c) os aspectos importantes das sociedades empresárias, devidamente divididos em: (i) as características dos contratos associativos, distinguindo o contrato social do estatuto social e verificando se há diferença para os fins desta tese na aplicação do princípio da segurança negocial; (ii) os deveres e responsabilidades dos administradores; (iii) o poder de controle e seu abuso; e (iv) governança corporativa.

²⁰³ As organizações são construídas de forma compartilhada, desta forma os teóricos da administração conceituam a cultura organizacional como um elemento dinâmico permanente, ou um processo de aprendizagem acumulada, de respostas aprendidas originadas por valores esperados, partilhada por determinados grupos, integrando globalmente comportamentos. FLEURY; SAMPAIO, 2002, p. 69-70. Segundo Pettigrew, “As pessoas que funcionam dentro de uma organização devem, ainda, ter um sentimento contínuo da leitura da realidade organizacional. A cultura é o sistema de significados aceito colectivamente por um dado grupo num dado momento [...] os símbolos, a linguagem, a ideologia, as crenças, os rituais e mitos”. PETTIGREW, Andrew M. A cultura das organizações é Administrável? In: FLEURY, M. T. L.; FISCHER, R. M. (Coord.). **Cultura e poder nas organizações**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 574.

Terminado este estudo, com as bases teóricas e práticas sobre os temas mencionados, relembando o já escrito sobre os princípios formadores do direito societário, bem como o conceito traçado para o princípio da segurança negocial no direito societário, no próximo capítulo far-se-á a reflexão, com base em pontos pinçados da doutrina, da melhor forma de interpretar a relação do princípio da segurança negocial com o direito societário.

a) Uma visão geral sobre o risco empresarial e a justiça

Não é segredo que as economias se desenvolvem, entre outros motivos, através das sociedades empresárias²⁰⁴. Ou seja, é por meio dessas sociedades que, com ou sem estímulo estatal (dependendo do grau de intervenção do estado na economia), haverá o crescimento econômico.

No ordenamento jurídico brasileiro, semiaberto, é a Lei quem dá os principais parâmetros para a realização do investimento e a possibilidade de assunção de risco. Analisando a Lei e a jurisprudência, é possível ponderar se determinada situação tem ou não segurança jurídica e ainda aferir o cálculo empresarial²⁰⁵, imputando ao preço do serviço ou do produto valor condizente com seu risco.

Óbvio que algumas situações apresentam risco de fácil mensuração. Há outras, porém, cujo risco não é facilmente calculável em razão das incertezas apresentadas pela legislação e mercado, gerando insegurança na transação comercial.

No capítulo III, destacou-se a importância da boa-fé e sua aplicação desde Roma. Naturalmente, seu bom emprego depende de sua contextualização histórica e é um reflexo de como a sociedade se organiza e deposita confiança nas relações entre as partes. Esse instituto, entretanto, sempre foi muito relacionado aos estudos do direito civil, principalmente no capítulo destinado às obrigações, poucas vezes se fazendo referência à relação com o direito societário.

Tal fato não deixa de ser espantoso. Primeiramente, como realçado, porque o direito comercial, gênero do qual o direito societário é espécie, tem como base o princípio da

²⁰⁴ Já em 1920, Adolf A. Berle Jr. e Gardiner C. Means, na Columbia University escreveram “A moderna sociedade anônima e a propriedade privada”, que defendia a crescente importância daquele tipo societário para o desenvolvimento da economia, alertando para a separação entre poder (de controle) na sociedade e propriedade das ações.

²⁰⁵ Coelho aduz que: “O cálculo empresarial é condição de preservação do lucro e este, por sua vez, é a alavanca das atividades econômicas no capitalismo”. COELHO, 2014a, p. 38.

autonomia privada, o que significa que há grande espaço para inovar, sendo a criatividade do empresário freada somente pela Lei. Um segundo ponto é que, se a boa-fé objetiva significa lealdade, como é possível conceber relações societárias, seja entre sócios, seja entre administradores, sem tal atributo? Por fim, somente através da garantia nas relações empresariais é possível empreender com segurança, investindo em um novo produto ou serviço.

É por isso que se apresenta o princípio da segurança negocial no direito societário, que reflete o regime jurídico comercial, reescrevendo que deveres e responsabilidades dos sócios e administradores devem ser inerentes a sua atuação e não conexos. Isso, em nosso entender, contribuirá para que o empresário tenha menos riscos, pois trará um novo olhar às relações societárias.

Quanto a esse último ponto e voltando-se à questão do risco, sabe-se que inúmeras são as incertezas e que muitas delas dependem diretamente do governo e de sua intervenção na economia em maior ou menor grau²⁰⁶. Fato é que o custo dos serviços ou produtos está intimamente relacionado com a política econômica e, obviamente, com a interpretação dada pelos tribunais às leis.

Um grande exemplo disso é a tese de doutorado de Marcelo Guedes Nunes²⁰⁷ que, a partir de um estudo estatístico da dissolução societária em sociedades limitadas nos tribunais brasileiros, concluiu que as decisões que tratavam sobre a exclusão do sócio pautavam sua fundamentação mais no princípio da preservação da empresa do que na Lei propriamente dita, que exigia (e exige) justa causa para tanto. Ou seja: o julgador prestigiava a empresa mais do que o sócio, mesmo que a justa causa (conduta danosa) não estivesse provada. Confira-se:

A pesquisa detectou uma significativa parcela de casos nos quais a expulsão de sócios foi debatida e decretada no acórdão como sanção a uma má conduta, sem que

²⁰⁶ Confira-se passagem de Wald sobre a intervenção do Estado: “A intervenção do Estado tornou-se assim, na realidade, um meio de assegurar a manutenção do regime democrático, pois, na palavra autorizada de Harold Laski, ‘ou a democracia política deve dominar o monopólio econômico, ou o monopólio econômico dominará a democracia política.’ O desafio da nossa geração consiste, basicamente, em conciliar a democracia política com as aspirações sociais, a concentração econômica e o desenvolvimento tecnológico. Trata-se de transformar o dirigismo num planejamento dialogado que deve decorrer dos entendimentos entre a iniciativa privada e a administração, consagrando-se, assim, a democracia tanto no plano econômico como no político e garantindo-se os direitos individuais e sociais, que constituem a condição indispensável do desenvolvimento de qualquer sociedade. A meta a ser alcançada não é o simples processo econômico de caráter quantitativo, representado pelo aumento do produto nacional bruto, ou da renda per capita, mas uma modificação de caráter qualitativo que assegure a todos melhores condições de vida”. WALD, 2011, p. 237-238.

²⁰⁷ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria aplicada ao direito societário**: um estudo estatístico da dissolução de sociedade no Brasil. 2012. Tese (Doutorado em Direito Empresarial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

a justa causa tenha sido considerada como causa, conforme determinam os artigos 1.030 e 1.086 do CC. Da análise do total de causas, os casos com expulsão decretada sem a conjugação de falta grave como uma das causas soma um total de 80,9%. Ainda no que se refere a causas de dissolução, a pesquisa aponta que a perda de affectio societatis responde sozinha por 70,2% das fundamentações e, conjugada com outras causas, esse total sobe para 91,4% dos casos. Já os casos julgados com base em falta grave respondem por apenas 15,9% das decisões. (grifo nosso).

Tal entendimento é por nós avalizado: é pedra fundamental em qualquer sociedade empresária a confiança entre os sócios para a sua manutenção. A quebra dessa confiança impossibilita a sua continuação²⁰⁸.

Ademais, necessário lembrar que cada acionista possui um interesse dentro da sociedade, podendo dividi-los em três: empreendedores, rendeiros e especuladores, o que pode contribuir para seu grau de vinculação à sociedade,

Nesse caminho, confira-se Coelho²⁰⁹:

Como se pode imaginar, são diferentes os graus de vinculação do acionista à companhia, nos três casos. Enquanto os empreendedores costumam nutrir especial apreço pela história da companhia, entusiasmam-se com as particularidades da atividade econômica desenvolvida, animam-se com a concorrência no segmento de mercado específico, sofrem com as dificuldades da empresa e se sentem gratificados com os sucessos alcançados, os investidores debruçam-se sobre informações econômicas, satisfazem-se com os números das demonstrações financeiras, e cultivam frio desinteresse pelo cotidiano das sociedades nas quais investem. Entre os rendeiros e os especuladores, pode-se visualizar também um grau diverso de vínculo com a companhia, um pouco maior naqueles e quase nenhum nestes. Nas temporadas de ataques às moedas dos países em desenvolvimento, rendeiros se preocupam e especuladores vibram.

Por fim, vale comentar que o conceito de justiça é sempre relativo e não é nosso interesse que, com a utilização do princípio da segurança negocial, seja formulada uma definição estanque sobre o tema. Se isso fosse possível, a presente tese não teria razão para existir, nascer. Cada indivíduo tem sua visão de justiça e isso é um reflexo da democracia²¹⁰.

²⁰⁸ Segundo Coelho: “A affectio societatis é a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade uns com os outros. Quando não existe ou desaparece esse ânimo, a sociedade não se constitui ou deve ser dissolvida (total ou parcialmente)”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 390.

²⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. v. 2, p. 303.

²¹⁰ O estado democrático de direito permite que algumas decisões possam ser injustas através da segurança jurídica obtida pelo instituto da coisa julgada. A decisão em tese injusta, mas pacificada pela coisa julgada, permite estabilidade social. Nery Júnior comenta: “Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao parquet para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão (Art. 2º da Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen [StA-MG] – RGBI I, p.383). A injustiça da sentença era, pois, uma das causas de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista. Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com

Cada sócio, administrador e juiz possuem sua história, vivência, sendo impossível existir absoluta neutralidade em uma opinião ou decisão.

Sandler, em seu livro chamado “Justiça”, analisa as várias óticas de justiça. Um de seus exemplos, baseado em fatos reais, após desastre natural (furacão) que destruiu parte do estado americano da Florida, chama atenção²¹¹:

Não se trata de uma situação normal de livre mercado, na qual pessoas que desejam comprar algo decidem livremente entrar no mercado e encontram pessoas dispostas a vender-lhes o que desejam, na qual um preço obedece à lei da oferta e da procura. Numa situação de emergência, compradores coagidos não têm liberdade. A compra de artigos básicos e a busca de abrigo seguro são algo que lhes é imposto. [...] uma comunidade atingida por um furacão deveria fazer um pacto com o diabo – permitir o abuso de preços na esperança de atrair de regiões distantes um exército de prestadores de serviços para consertar telhados, mesmo ao custo moral de sancionar a ganância. A prioridade é consertar telhados; as considerações de natureza social ficam para depois.

Observa-se que o estado da Florida tinha duas opções: taxar os preços dos produtos ou serviços, ajudando os prejudicados pelo furacão ou deixar que a lei da oferta e procura agisse e que os envolvidos chegassem ao preço correto. No primeiro caso haveria forte intervenção do Estado na economia para o bem social; no segundo caso, embasado na crença liberal e na mão invisível que rege a economia, as próprias partes chegariam ao valor justo dos produtos e serviços resolvendo esse delicado problema social. O que é justo? Dependendo de sua apreciação, os quadros econômicos e sociais seriam alterados, mas notou-se que não é possível haver uma única opinião, fechada, quanto ao justo, que reflita uma visão socioeconômica da organização daquela sociedade.

democracia, com o Estado Democrático de Direito (CF 1.º caput). Anote-se, por oportuno, que, mesmo com a ditadura totalitária no nacional-socialismo alemão, que não era fundada no Estado Democrático de Direito, os nazistas não ousaram ‘desconsiderar’ a coisa julgada. Criaram uma nova causa de rescindibilidade da sentença de mérito para acatar a coisa julgada. Mas, repita-se, respeitaram-na e não a desconsideraram. No Brasil, que é República fundada no Estado Democrático de Direito, quer-se desconsiderar a coisa julgada, isto é, quer-se ser pior que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não seu algoz. A sentença justa é o ideal – utópico – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a segurança das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (Veropferungstheorie). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é política: o Estado brasileiro é Democrático de Direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença justa (sob o ponto de vista do Führer e do Riech alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente os alemães, de modo que, os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e com a teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento (juízes, parlamentares e administradores), em detrimento do Estado Democrático de Direito”. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 687.

²¹¹ SANDLER, Michael J. **Justiça**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 13; 16.

O mesmo pode ocorrer quanto ao maior ou menor grau de divulgação de informações aos acionistas minoritários ou ao dever de lealdade do administrador com a sociedade. É a partir da interpretação do julgador, embasada em princípios e regras, que será possível resolver o caso concreto.

Nesse caminho e por analogia, o princípio da segurança negocial no direito societário, como já asseverado, deve ser utilizado para a solução dos conflitos de interesse, da mesma forma que o princípio da boa-fé objetiva que está em sua base, nos moldes preceituados por Martins-Costa²¹², ou seja, de maneira criativa:

A atenção que o tema da boa-fé objetiva vem recebendo ultimamente em razão da proposição de novos problemas práticos e de perspectivas não tratadas pelos códigos e pela dogmática oitocentista, o relevo que lhe é efetivamente posto no trabalho desenvolvido pela “jurisprudência inteligente”, transforma-se na premissa de uma interpretação criativa ou *praeter legem* e em algumas hipóteses até mesmo contra legem, que não significa, absolutamente, que a sua aplicação implique desamor ao exame rigoroso das leis e preceitos. Pelo contrário, exige um redobrado cuidado aos aspectos técnicos, afastando, tão somente, o amor ao tecnicismo descolado da concreta realidade, a pretensa neutralidade do “jurista lógico”, o formalismo conceitual e esquematizante.

Entendido que os riscos são inerentes à atividade empresarial, a importância de um conceito amplo de justiça e que o princípio da segurança deve ser utilizado de forma aberta, criativa, passar-se-á agora à análise do necessário equilíbrio entre investimento privado e responsabilidade social.

b) Proteção jurídica do investimento privado

Há um aparente paradoxo quando se pensa que deve existir proteção jurídica do investimento privado, mas, ao mesmo tempo, que isso não pode significar atender exclusivamente aos interesses individuais dos investidores, mas, também dos consumidores, trabalhadores, da economia em geral e da própria sociedade.

Será que é possível realizar investimentos e ter responsabilidade social? Não se pode negar que as sociedades empresárias perseguem o lucro, sendo este o principal motivador de qualquer sócio que invista nela.

Por outro lado, até por questões mercadológicas, as sociedades empresárias cada vez mais precisam ter responsabilidade social. A ascensão econômica da sociedade acaba por

²¹² MARTINS-COSTA, 2000, p. 34.

aumentar a responsabilidade social, pois os dois fenômenos estão intimamente ligados: mais empregos, mais salários, mais consumidores, mais recolhimento de impostos, enfim novas oportunidades e meios de interação com os *stakeholders*²¹³.

Talvez, como uma resposta a esse aparente paradoxo que a legislação, doutrina e jurisprudência, desenvolveram o princípio da função social da empresa, definido no capítulo anterior nas palavras de Coelho²¹⁴:

A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.

E complementando, os sócios não são mais importantes do que a sociedade empresária, ficção jurídica, com personalidade própria, que contribui para o desenvolvimento nacional²¹⁵, em diversos campos, como o econômico, social, cultural etc.

Nesse caminho, o tema sobre se a sociedade empresária pode tão somente visar ao lucro ou deve também ter consciência social sempre foi palpitante e é um reflexo da cultura organizacional adotada pela empresa. O jornal inglês “The Economist”²¹⁶, aos 25 de março de 2015²¹⁷, abordou o tema em longa reportagem cujo título é: “Um velho debate está sendo retomado: a empresa pode apenas visar ao lucro ou deve ter consciência social?”.

Duas são as principais visões empresariais: (i) teoria da maximização da riqueza do acionista; e (ii) teoria do equilíbrio dos interesses dos *stakeholders*.

A primeira teoria defende que toda e qualquer decisão seja tomada visando, como o próprio nome diz, à maximização do valor da empresa. Assim, para se evitar análises subjetivas pelos administradores quando estudam os vários caminhos a serem tomados pela empresa, devem (eles) sempre perseguir o lucro. É através deste que o bem-estar social

²¹³ Freeman definiu *stakeholders*: “como qualquer grupo ou indivíduo que afeta ou é afetado pelo alcance dos objetivos da empresa”. A palavra surgiu em 1963 em um estudo realizado na Universidade de Standford. FREEMAN, R. E. **Strategic management: a stakeholder approach**. Boston: Pitman, 1984. p. 189-207.

²¹⁴ COELHO, 2014a, p. 75.

²¹⁵ O artigo 3º, da Constituição Federal do Brasil é claro: “que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional”.

²¹⁶ Um velho debate está sendo retomado: a empresa pode apenas visar ao lucro ou deve ter consciência social? **The Economist**, 25 mar. 2015.

²¹⁷ A finalidade de uma empresa. **Estadão**, mar. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-finalidade-de-uma-empresa-imp-,1657392>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

aumenta, pois é consequência da valorização da empresa. Objetivos múltiplos acabam por trazer conflito de escolha (*trade-off*) ao administrador e desorganizam a sociedade no verdadeiro caminho a ser escolhido: o lucro.

É fácil de imaginar que essa corrente é defendida principalmente pelos estudiosos da administração financeira, contratados pelos sócios com o objetivo de maximizar os dividendos. Inclusive seria a função do conselho de administração e da diretoria visar ao lucro dos acionistas, tendo em vista que eles são os únicos que não recebem salários e são remunerados tão somente pela geração de riqueza da empresa.

Adeptos dessa teoria acreditam que se não fosse essa a orientação, seria o mesmo que “permitir que esse grupo (executivos) jogasse pôquer com o dinheiro dos outros, criando ineficiências que levariam à possibilidade de fracasso da corporação.”²¹⁸ E acreditam, também, que maximizar a riqueza da companhia possibilita a sua sobrevivência em um mercado competitivo, que é interessante a todos os *stakeholders*.

Como resposta a essa corrente nasce a teoria do equilíbrio dos interesses dos *stakeholders*, que, nas palavras de Silveira²¹⁹, significa que: “cada público com interesse na companhia deveria ter o direito de ser tratado como um fim em si mesmo e não como um meio para outro fim, como seria o caso da maximização da riqueza dos acionistas”.

Dessa forma, através dessa segunda teoria todos os envolvidos, direta ou indiretamente com a empresa, terão seus interesses protegidos por meio de políticas gerais e uma estrutura organizacional pautada no bem-estar social, eficiência corporativa e definições claras para a tomada de decisões dos administradores, sempre com transparência e ética. Ou seja, as regras de governança corporativa e consequentemente de *compliance* devem ser totalmente estudadas e aplicadas no âmbito da empresa.

É interessante citar que um dos maiores defensores dessa teoria é o indiano Muhammad Yunus, professor e banqueiro, ganhador do Nobel da Paz de 2006, pela criação do microcrédito à população carente, que não tinha garantias para prestar aos bancos convencionais.

²¹⁸ SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. **Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 65.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 67.

Yunus desenvolveu então sua teoria chamada de *Social Business*, espécie da teoria do equilíbrio dos interesses dos *stakeholders*, cujo principal objetivo é que os investidores recuperem seu investimento, sem a possibilidade de obter dividendos além do investimento, sendo o excedente aplicado em projetos sociais²²⁰.

Empresas como Danone, Basf e Intel adotaram, em partes, o postulado do *Social Business* com as seguintes ações, respectivamente: (i) criação de iogurtes desenvolvidos para combater a desnutrição em Bangladesh; (ii) criação de rede de proteção, também em Bangladesh, para evitar a contaminação da população com malária; e (iii) serviço de soluções tecnológicas para empresas rurais em comunidades locais.

Em nossa opinião, tendo em vista inclusive o contrato social de Rousseau e as inúmeras formas de proteção aos interesses difusos conferidos pela legislação, devem as empresas adotar a teoria de equilíbrio entre os interesses dos *stakeholders*, que abarca, ao mesmo tempo, lucro e desenvolvimento social²²¹, protegendo todos os envolvidos pela atividade empresária, respeitando, assim, os princípios basilares do direito societário: preservação da empresa e função social da empresa.

Por outro ângulo, em se tratando de investimento público, o Estado pode criar as denominadas empresas estatais, que servem para: (i) regulação da economia, sendo, portanto, um instrumento estatal para guiar o setor produtivo; e (ii) exploração de atividade econômica no sentido estrito ou prestação de serviço, que o ente privado não possa ou não queira explorar.

Confira-se, complementando o tema, Pinto Júnior²²²:

A empresa estatal é capaz de operar em dois ambientes bastante distintos. Primeiro, pode servir de técnica de organização jurídica para prestação descentralizada de serviços públicos incluídos na competência de qualquer das três esferas políticas de governo, conforme critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

²²⁰ Os principais postulados do *Social Business* são: (i) o objetivo do negócio será superar a pobreza ou mais problemas (como educação, saúde, acesso a tecnologia e meio ambiente) que ameacem a população e a sociedade e não a maximização do lucro; (ii) a sustentabilidade econômica e financeira; (iii) a não distribuição de dividendos acima do valor do investimento inicial; (iv) a utilização do lucro da companhia para a expansão e melhoras, uma vez devolvido ao investidor o valor correspondente ao seu investimento inicial; (v) a consciência ambiental; (vi) a implementação da boas condições de trabalho trazem melhor produção a empresa; e (vii) faça tudo com alegria. The 7 principles of social business. **The grammen creative LAB**. Disponível em: <<http://www.grameencreativelab.com/a-concept-to-eradicate-poverty/7-principles.html>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

²²¹ Poder-se-ia, inclusive, ressaltar que respeita o princípio da razoabilidade a teoria de equilíbrio entre os interesses dos *stakeholders*.

²²² PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

Segundo, pode funcionar como veículo para exploração de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e em regime de concorrência, nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal (relevante interesse coletivo e segurança nacional). Em ambos os casos, a intervenção por meio da empresa estatal pode contribuir para implementar políticas públicas que visam atender aos direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como dever constitucional do Estado, além de condicionar o comportamento de agentes privados, buscando o alinhamento com os objetivos prestigiados pela ordem econômica e social.

Nesse contexto, a atuação da empresa estatal é capaz de assumir contornos regulatórios, a partir da interação direta com os demais participantes do mercado, para induzi-los a adotar posturas socialmente desejáveis. O ativismo empresarial do Estado não se destina apenas a corrigir eventuais falhas de mercado, mas se reveste de conteúdo axiológico em prol do consumidor e da inclusão social. O conceito de regulação nesse caso deve ser entendido de forma ampla, não se confundindo com a regulação clássica de natureza comportamental, que procura impor normas de conduta aos empreendedores privados e fiscalizar o seu cumprimento, sob ameaça de sanções administrativas. Trata-se de medida estrutural que funciona como contraponto ao poder econômico privado, com possibilidade de produzir resultados mais efetivos.

Dessa forma, a empresa estatal²²³, da qual a empresa pública e a sociedade de economia mista são espécies, deve perseguir o interesse público primário ou da coletividade, expresso na Lei que aprovou a sua criação e não somente o lucro²²⁴.

Já se teve a oportunidade de conceituar a sociedade de economia mista e sua natureza jurídica, ponderando que ela sempre visa ao interesse da coletividade²²⁵:

No nosso entender, o conceito de Sociedade de Economia Mista deve ser o seguinte: a Sociedade de Economia Mista visa, primeiramente, o interesse da coletividade e, para tanto, deve o ente público ter o poder de controle (hoje se exige capital social votante majoritariamente público), compreendendo seu objeto social tanto a exploração de serviço público quanto a exploração de atividade econômica em sentido estrito, sendo criada por Lei e regida suplementarmente, primeiro, pelas leis administrativas, e depois pela Lei das Sociedades Anônimas, mas sempre tendo em vista, para alcançar seus fins, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, relativizando o princípio da estrita legalidade.

Já sua natureza jurídica²²⁶ é de pessoa jurídica²²⁷ de direito privado *sui generis*, haja vista que em sua relação com terceiros a Constituição Federal submete-a ao regime

²²³ Na Constituição federal, “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

²²⁴ Nesse caminho Sundfeld: “Mas as estatais de intervenção no domínio econômico são também instrumentos da ação governamental, exigida por ‘imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo’. O Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre para implementar políticas públicas (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc.)”. SUNDFELD, C. A. (Coord.). Reforma do Estado e empresas estatais. In: _____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 264-285.

²²⁵ BUSHATSKY, 2011, p. 41 ss.

de contrato privado, mas sabe-se que ela, antes de tudo, visa o interesse público primário e não o lucro, por si só, como uma empresa de capital somente privado²²⁸.

Porém, deve-se fazer uma ressalva. A mitigação parcial ou total do lucro por uma empresa estatal deve ser fundamentada no interesse da coletividade, sob pena de configurar concorrência desleal e/ou abuso de poder econômico, caracterizando esse último infração à ordem econômica.

Assim, a empresa estatal visa à coletividade e também deve respeitar os princípios da preservação da empresa e da função social da empresa.

Quanto a esse último, não se deve confundir uma obrigação legal (perseguição do interesse social que originou sua criação com a possibilidade de mitigar lucros) com a função social da empresa, princípio que toda sociedade empresária deve observar, independentemente da visão empresarial, ora apresentada, adotada por seus acionistas.

Confira-se Pinto Júnior²²⁹:

A circunstância de empresa estatal estar autorizada a flexibilizar a finalidade lucrativa para atendimento do fim público que justificou sua criação, conforme se depreende do artigo 238 da Lei nº 6.404/76, não constitui argumento válido para justificar a existência de função social diferenciada. Embora tanto o interesse público inerente à empresa estatal, quanto à função social presente em qualquer companhia, sirvam de contraponto ao ideal da maximização de lucros, os motivos que inspiram um e outro são completamente distintos. Não há nenhuma razão lógica para afirmar que a empresa estatal deva despender maiores esforços em favor dos interesses de terceiros afetados pela atividade empresarial, pelo simples fato de estar imbuída de propósitos menos egoístas. Parece intuitivo que os recursos drenados para cumprimento da função social limitam a capacidade de implementação das políticas públicas compreendidas no objeto social.

Observa o mesmo autor que:

Esse ponto de vista não é compartilhado por Vera Helena de Mello Franco, que enxerga na propriedade acionária estatal uma função social diferenciada da empresa

²²⁶ Sobre o tema Di Pietro: “A diferença primordial está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo, como autoexecutoriedade, autotutela, possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos, impenhorabilidade de seus bens, juízo privativo, imunidade tributária, sujeição à legalidade, à moralidade, à realização de concursos públicos e etc. As pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração Direta, e as pessoas de direito privado possuem as prerrogativas e sujeitam-se às restrições expressamente previstas em lei”. (grifo nosso). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 423-424.

²²⁷ O Código Civil não faz diferenciação entre empresa estatal (empresa pública e Sociedade de Economia Mista) e empresa privada, sendo ambas pessoas jurídicas de direito privado: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: [...] II - as sociedades”.

²²⁸ Não se está descartando o princípio da função social da empresa, mas, sem ingenuidade, o principal objetivo do acionista é o lucro.

²²⁹ PINTO JÚNIOR, 2010, p. 332.

privada. Segundo a autora, os deveres do acionista controlador para com os trabalhadores e a comunidade local “devem ser, inclusive, enfatizados para o Estado já que gestor do bem comum e isso, notadamente na empresa pública”. Tem-se em vista, aqui, que o patrimônio desta advém dos cofres públicos e, em substrato, dos recursos arrecadados à coletividade, não se compreendendo a sua administração senão em benefício desta mesma coletividade. Esta ênfase é devida não só na empresa pública, mas ainda na sociedade de economia mista²³⁰.

Nesse particular, andou mal o projeto de Lei Complementar nº 207, de 2009, ao afirmar no artigo 13 que “a empresa pública e a sociedade de economia mista terão por missão precípua o cumprimento da função social”. As hipóteses exemplificativas de exercício da função social relacionadas no parágrafo único do mesmo artigo misturam condutas empresariais que favorecem os consumidores (ampliação do acesso a bens e serviços; prática de preços discriminatórios conforme o poder aquisitivo da população de baixa renda), com políticas de desenvolvimento mais amplas (utilização preferencial de tecnologia brasileira; realização de investimento em regiões mais pobres para aumentar a oferta de emprego), e também atividades tipicamente altruístas que se inserem no conceito de responsabilidade social corporativa (patrocínio de projetos artísticos, esportivos, culturais e comunitários; preservação do acervo histórico, ecológico e exploração turística sustentável; realização de campanhas educativas).²³¹

Nessa linha de raciocínio, provado que tanto a sociedade estatal quanto a privada devem perseguir o lucro (variando o grau com que isso deve ocorrer) e, concomitantemente, cumprir seu objeto social, o direito deve proteger os investimentos públicos, privados e a coletividade, regulando os contratos, estabelecendo limites aos sócios majoritários e aos minoritários, protegendo os trabalhadores, fisco etc.

Assim, seja na esfera pública ou privada, deve ser criado um ambiente institucional harmônico para que o investidor tenha tranquilidade para empreender e/ou injetar seu capital e a coletividade seja beneficiada.

E uma das maneiras que o Estado encontra para isso é exercendo (afora as empresas estatais) outros papéis dentro da economia e, dependendo da sua forma de organização, com maior ou menor intervenção econômica será possível proteger e incentivar não só a empresa, como também os outros interesses que a circundam²³². Esse é o caso, por exemplo, estudado pelo direito concorrencial. Através de análise jurídico-econômica, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) avalia se é possível a união de sociedades empresariais,

²³⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Grupos econômicos sob o controle estatal**: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da lei das S.A. Aplicação. Limites). 1982. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 101.

²³¹ Lei do Senado nº 207, de 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/123899.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

²³² Vale citar o princípio da *servicialidad*, definido e previsto nos incisos 4 e 5, do artigo 1º, da Constituição Política da República do Chile: “o Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, para o qual deve construir e criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional sua maior realização espiritual e material possível com pleno respeito aos direitos e garantias que esta Constituição estabelece”. (grifo nosso).

nos atos de concentração. Também é essa autarquia especial a responsável pela punição de agentes econômicos que estejam realizando condutas anticompetitivas, como o cartel e o preço predatório.

É interessante notar, sob a ótica do desenvolvimento nacional e proteção da coletividade, que quanto maior a restrição aos atos de concentração (genericamente denominadas “fusões e aquisições”), menor serão os investimentos realizados no Brasil. Quanto menor a restrição, maior serão os investimentos, porém haverá uma maior concentração de mercado em poucos agentes econômicos, levando as sociedades empresárias a terem menos investimentos em novos produtos e serviços (pesquisas e desenvolvimento), bem como restringindo novos *players* de entrarem no mercado, o que tende a desfavorecer o crescimento econômico e social, prejudicando o consumidor.

Pela ótica das condutas anticompetitivas é o contrário. Quanto maior a repressão, mais os agentes econômicos tendem a se desenvolver e criar diferenciais através de pesquisa e desenvolvimento. Por outro lado, menor a repressão, as condutas tendem a dificultar o acesso ao mercado por agentes econômicos pequenos e criam barreiras à entrada de novos *players*, diminuindo a oferta de produtos e aumentando os preços, o que tende, novamente, a desfavorecer o crescimento econômico e social, prejudicando o consumidor.

Assim, é papel do Estado e de sua visão de crescimento nacional decidir qual será sua política antitruste para incentivar os agentes econômicos e proteger a coletividade²³³.

Com o intuito de se ampliar o tema, vale se realizar mais dois apontamentos. O primeiro, que as associações e fundações são pessoas jurídicas sem fins lucrativos, que, em geral, buscam a proteção de um interesse coletivo, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social. Isso não significa descuidar das técnicas de administração e, muito menos, que os objetivos não devam ser claros e transparentes aos seus associados. A diferença básica está na não distribuição de lucro.

²³³ Nesse caminho, confirmam a passagem de Aguillar: “Revendendo os dados estatísticos compilados neste capítulo, percebe-se que o aumento de investimentos estrangeiros no Brasil tem reflexos no aumento do número de atos de concentração apresentados ao Cade. E que tem havido um aumento na formulação de exigências por parte da autarquia em relação a essas fusões e aquisições. Não se detecta, contudo, qualquer sinal de alteração estatística em relação ao número de atos reprovados pelo CADE. Uma das leituras possíveis desse quadro é a de que as pressões decorrentes da globalização fazem aumentar o fluxo de capital estrangeiro no país, elevando o número de transações na aquisição do controle de companhias sediadas no Brasil. Mas que simultaneamente as mesmas pressões impelem os julgadores a considerar a importância relativa da concentração empresarial para fazer frente às exigências da mundialização dos mercados”. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 308.

Como grande exemplo dessa vertente, escolheu-se a Organização Nacional de Cegos Espanhóis (ONCE), criada pelo governo nacionalista do General Franco em 1938, que explora o ramo de loteria, com concessão fornecida pelo governo, e tem como objetivo principal oferecer trabalho aos cegos, cujo número havia crescido de maneira exorbitante durante a Guerra Civil. A ideia foi tão vitoriosa que até hoje a loteria “ONCE” existe e emprega um grande número de cegos, investindo em outros projetos sociais.

O segundo apontamento ligado também ao desenvolvimento econômico e social é o comércio internacional. Inclusive sua promoção vem norteando as ações da Organização das Nações Unidas desde a sua criação em 1945, com fundamento na convicção de que seu objetivo – a paz internacional e a segurança duradoura – somente pode ser atingido se houver desenvolvimento econômico e bem-estar social das pessoas em todos os lugares do mundo²³⁴, incluindo, dessa forma, o comércio internacional nos programas destinados à promoção de desenvolvimento econômico, através da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)²³⁵.

Nesse caminho, trazendo um exemplo sob a ótica do *factoring* internacional para fomentar a exportação por pequenas e médias empresas e trazer segurança ao comércio internacional – sem se esquecer que é através do aumento do tráfego de negócios que se aumenta o desenvolvimento econômico e social –, confira-se a opinião de Alarcon²³⁶:

Quando pensam em operar no mercado externo, vários são os obstáculos que os empresários têm de enfrentar: diferenças em relação ao idioma, cultura, usos e costumes, leis, procedimentos judiciais, câmbio, obtenção de informações para análise de crédito ao importador, etc. Outra dificuldade é a escolha da forma de pagamento menos onerosa e mais segura ao exportador, que deseja receber o preço negociado pela venda no prazo acordado e ao importador, que não quer incorrer no risco de pagar e não receber a mercadoria conforme contratado. Acrescentemos ainda, os riscos políticos e os extraordinários e está formada uma atmosfera de grande incerteza quanto ao sucesso da operação, que obriga os empresários a buscarem formas de garanti-lo através de cartas de crédito e suas variantes, garantias bancárias à primeira demanda, dentre outras. Ocorre que para utilizar essas formas de garantia, há outros dois aspectos a considerar: o primeiro deles, é que seus custos invariavelmente serão agregados ao custo do produto e isto poderá interferir em seu poder de competitividade; e o segundo é que os requisitos exigidos pelos bancos

²³⁴ Artigo 55 da Carta da ONU. Veja no *web site* oficial da ONU Brasil, os objetivos traçados na Cúpula do Milênio de 2000 e na Cúpula das Nações Unidas sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de 2010. ONUBR. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-desenvolvimento/>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²³⁵ Conforme lembra Alarcon. ALARCON, Rosana Bastos. Factoring internacional e desenvolvimento: o impacto da Lei Modelo de Factoring de 2014. In: MENEZES, Clodoaldo Silva da Anúnciação Wagner; VIEIRA, Gustavo Menezes Vieira (Org.) **Direito internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. v. III, p. 452. E sobre a UNCTAD, veja o *website* oficial. UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2015.

²³⁶ ALARCON, op. cit., p. 452.

para concedê-las são quase sempre difíceis de serem atendidos por parte das PMEs. Tais aspectos, ao lado dos obstáculos preliminarmente elencados, constituem uma barreira à participação dos pequenos e médios empresários no comércio exterior. Nesse cenário, o factoring internacional pode servir-lhes de plataforma de acesso ao comércio exterior, na medida em que promove a cobrança para o exportador, garante o adimplemento da dívida e pode ainda, a critério dos contratantes, antecipar o valor dos recebíveis, configurando um meio de financiamento de capital de giro, vital para a sobrevivência e desenvolvimento das PMEs.

Observa-se que inúmeros são os ângulos para o desenvolvimento econômico e social, seja através da sociedade empresária privada, da empresa estatal, das associações, seja através das políticas estatais (autarquias e fundações públicas). É uma equação complexa, com inúmeras variáveis, que dependem da atuação dos agentes econômicos e da relação com o Estado.

Com efeito, dada a importância do desenvolvimento econômico e social do Estado, a principal função do direito é criar mecanismos de segurança a todos os envolvidos na equação, com a intervenção do Estado na economia mirando a segurança jurídica²³⁷ e criando um cenário confortável ao investimento, sem que haja desconfiças e surpresas, com a proteção adequada e razoável aos trabalhadores, consumidores, fisco etc.

Nesse caminho, o direito deve proteger os investimentos, regular os contratos e estabelecer limites aos sócios majoritários e também aos minoritários, criando harmonia para que o investidor tenha tranquilidade para empreender e/ou injetar seu capital. Com tranquilidade institucional, o investidor certamente buscará ambientes que promovam segurança jurídica, confiabilidade de que as leis serão interpretadas com respeito ao princípio da segurança negocial e que não haja protecionismo a qualquer parte. Principalmente em eventual litígio serão respeitados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, sendo que não haverá, de forma alguma, favoritismo, muito menos ao ente estatal, se integrante da disputa.

²³⁷ Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, protege a segurança jurídica: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A segurança jurídica também está positivada no artigo 6º, da Lei de Introdução as Normas Brasileiras e é conceituada por Silva como “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 431-432.

Portanto, cada ramo do direito contribui mais ou menos para o cálculo empresarial do empreendedor para a abertura de um novo negócio ou para conseguir aumentar o já existente. Fato é que quanto maior a segurança jurídica, quanto maior a justiça, mais os sócios e administradores podem ter tranquilidade para investir.

Não é possível também esquecer que a adoção de práticas empresariais que tragam o equilíbrio são também ao mesmo tempo técnicas que contribuem internamente para reforçar a cultura organizacional²³⁸ e motivar os colaboradores e externamente são importantes alavancas de propaganda e *marketing* com o objetivo de atração de clientela.

E, de qualquer forma, não se pode esquecer que, contribuindo para a harmonia institucional e independentemente da visão empresarial adotada pelos sócios e administradores da sociedade, deve-se sempre respeitar o princípio da segurança negocial no direito societário, alicerce para que seja protegida a manifestação da vontade e o real interesse da sociedade, sócio e administradores, protegendo, assim, os *stakeholders* e, portanto, a coletividade.

4.1 Aspectos importantes das sociedades empresárias

4.1.1 Os contratos associativos

A sociedade limitada²³⁹ é formada por um contrato²⁴⁰ plurilateral²⁴¹, em que os sócios são titulares de direito e de obrigações, bem como de deveres e responsabilidades

²³⁸ “Surge como uma técnica de gestão, que serve uma nova imagem de organização como comunidade social, tentando minimizar a oposição indivíduo-organização, pela emergência de um novo paradigma onde a organização é um local potencialmente gerador de conflitos, superáveis pela negociação abrangente e permanente. [...] A evolução das organizações e numa interpretação considerada relevante para o objectivo da reflexão sobre a cultura organizacional, passa de uma organização tradicional de sistema fechado à organização aberta, passando por uma forma intermédia, a organização contingencial”. FLEURY; SAMPAIO, 2002, p. 69-70.

²³⁹ Sempre vale a pena lembrar que a sociedade limitada é do tipo societário, do gênero pessoa jurídica, tendo como sua principal característica a responsabilidade limitada do sócio, ao capital subscrito e integralizado, conforme preceitua o artigo 1.052, do Código Civil. Confira-se: “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

²⁴⁰ Art. 997, Código Civil: “A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público [...]”.

²⁴¹ Segundo Salomão Filho, as modernas sociedades se organizam pelo “Contrato Organização”, que por suas características defende melhor as relações jurídicas da sociedade. Esta não pode se pautar pelo interesse dos sócios. Sobre o tema, conferir obra do autor “O Novo Direito Societário”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

recíprocas. A natureza institucional²⁴² do estatuto social também confere aos sócios direitos e obrigações, bem como de deveres e responsabilidades, da mesma forma. Em ambos os tipos societários existe pluralidade de interesses dos acionistas, mas que, no fim e em tese, devem sempre visar ao interesse da companhia²⁴³, já que, como lembra Vivante, a sociedade “transforma interesses individuais e divididos dos sócios em interesse coletivo”.²⁴⁴

Da convergência desses interesses e com vistas ao crescimento das sociedades, nasce o contrato associativo que permite a convergência de interesses plurilaterais e a entrada e saída de sócios, sem prejuízo da consecução da preservação da empresa e sua função social.

Nesse caminho, confira-se Marcelo La Rosa de Almeida²⁴⁵:

Os contratos associativos, então, dentre eles os contratos de sociedade, distinguem-se dos demais contratos por disciplinar não apenas relações subjetivas, ou por não atribuir direitos e obrigações que se exaurem com determinados comportamentos dos sujeitos envolvidos. Fixam, inversamente, poderes, deveres e responsabilidades destinados a perdurarem no tempo. [...] Seja como for, os contratos associativos têm aptidão à admissão de novos contratantes, sem alterar sua essência. São contratos que, como se verá, criam organização que, em qualquer momento, poderá contar com novos integrantes, ou novos contratantes. Por isso também são classificados como contratos plurilaterais. Também o conteúdo e a função do contrato associativo, e especificamente do contrato de sociedade, são distintos do que é encontrado nos demais contratos. Por consequência, a eficácia dos contratos associativos é peculiar. Dada a sua aptidão à permanência, à duração no tempo, os contratos de sociedade, em regra, têm eficácia geral e abstrata, assim como as normas jurídicas em sentido estrito. Destinam-se, no mais das vezes, a regular ações ainda não singularizadas ou especificadas, pertinentes a sujeitos indeterminados. No momento da sua celebração pode o contrato de sociedade dirigir-se a pessoas determinadas, mas este alcance limitado não permanece inalterado durante sua vigência.

²⁴² Art. 1º, da Lei das Sociedades por Ações: “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

²⁴³ Pedro A. Batista Martins faz interessante paralelo entre as sociedades anônimas e a sociedade estatal, o que ajuda, em muito a compreender o tema: “Um cotejo entre a sociedade privada e a estatal evidenciará a identidade de ambas. Os rasgos essenciais de ambas são precisamente os mesmos, como seguem: 1) fim comum; 2) existência de normas que regulem a perseguição dos fins, numa, sob a forma de contrato, a *lex privata*, na outra, sob a forma de lei, ou seja, *lex publica*; 3) no conteúdo da lei: situação jurídica, direitos e deveres da comunidade, como do indivíduo; 4) realização dessas normas contra a vontade resistente do indivíduo mediante coação; 5) administração, ou seja, a livre perseguição da finalidade com os meios da sociedade dentro dos limites fixados por aquelas normas e tudo o que a isso se prende: necessidade de um órgão especial para esse objetivo na existência de um número maior de membros (conselho administrativo, governo), alinhando-se aí a distinção entre aqueles através de quem e aquele por quem existe a administração (empregados, funcionários – acionistas, concidadãos, súditos) e o perigo, daí decorrente, de um emprego de seus meios no interesse de seus administradores, contrariando o interesse da sociedade, perigo a que a sociedade estatal, não menos do que a sociedade de direito privado, se acha exposta, e, como meio contra esse risco, há o controle dele através da própria sociedade (assembleia-geral – assembleia das classes)”. MARTINS, Pedro A. Batista, 2012, p. 42.

²⁴⁴ Retirado do artigo de Pedro A. Batista Martins. Id., 2013, p. 61.

²⁴⁵ ALMEIDA, Marcelo La Rosa de. **Interpretação dos estatutos das sociedades por ações**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 6.

Os contratos associativos, também denominados contratos plurilaterais, contribuem para as definições dos direitos, deveres, obrigações e responsabilidade dos sócios, independentemente de ser uma sociedade estatutária ou contratual, pois sempre estará presente a necessidade da consecução do objeto social.

Requião sintetiza a necessidade de formação de uma vontade comum no seio da pluralidade de anseios dos sócios para seguir os objetivos sociais²⁴⁶:

A sociedade é resultado de ato coletivo ou complexo no qual as diversas vontades individuais são fundidas para a formação de uma só vontade. Nesse caso, segundo ensinam, as vontades individuais dos sócios são paralelas, sempre destinadas à realização de um fim comum, enquanto que, nos contratos, as vontades das partes se cruzam, uma vez que os contratantes se colocam em campos opostos, perseguindo interesses próprios.

Por sua vez, Ascarelli leciona que o contrato plurilateral possui como característica a comunhão de esforços²⁴⁷:

[...] os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum.

Já Verçosa²⁴⁸ completa o raciocínio, observando o viés econômico da associação de sócios:

No caso dos contratos plurilaterais há um escopo comum entre as partes, o qual qualifica cada uma das adesões individuais ao negócio, qual seja a reunião de bens e esforços para que o objetivo social possa ser economicamente realizado – como é o caso da constituição e da permanência dos sócios em uma sociedade.

Apesar de o Código Civil não ter disciplinado o contrato plurilateral, preleciona Comparato²⁴⁹ a importância dos princípios para que seja possível sua viabilização: “Se as soluções particulares, decorrentes da própria estrutura da sociedade, enquanto contrato plurilateral, não estão todas explicitadas em lei, nem por isso devem ser afastadas pelo intérprete, que raciocina com base nos princípios gerais que informam o sistema legal”.

²⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, p. 339.

²⁴⁷ ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 271.

²⁴⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Melhoramentos, 2010. v. 2, p. 57.

²⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. São Paulo: Forense. 1978. p. 139.

Note-se que os *interesses* dos sócios podem até não se manter compatibilizados, mas devem sempre ser orientados para o *interesse* da sociedade, isso porque, graças ao princípio da autonomia privada, há uma liberdade objetiva e subjetiva de estar associado a outros sócios para a consecução de um fim comum econômico e, ao mesmo tempo, graças ao princípio majoritário, uma sujeição e não uma submissão à vontade da maioria.

Nesse caminho, Marcus Elidius Michelli de Almeida²⁵⁰ bem aponta: “Os interesses antagônicos dos contratantes são, no contrato plurilateral, coordenados pelo escopo comum. Há, portanto, uma coordenação do antagonismo”.

São inerentes a esse antagonismo as possibilidades de divergência, às vezes desastrosas, ante o caminho social que a sociedade deve trilhar, o que acaba levando às causas de saída do sócio. É pelo desfazimento das vontades que uniram os sócios (mudança na autonomia privada)²⁵¹, seja pelo ângulo do sócio retirante ou dissidente, seja pelo ângulo dos sócios remanescentes, que deve ser analisado o princípio da segurança negocial. Isso porque a desinteligência entre os sócios trará mudanças na consecução do objeto social que não mais poderá ser trilhado conjuntamente, de forma coordenada.

Mas será que a diferença entre o contrato social e o estatuto social importa a ponto de alterar a interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário? Primeiramente sobre a diferença vale lembrar as palavras de Coelho²⁵²: “diferença diz respeito à aplicação,

²⁵⁰ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Direito processual empresarial**: estudo em homenagem ao professor Manoel Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 544.

²⁵¹ Alguns doutrinadores, erroneamente sob nosso ver, acompanhando boas lições, defendem que a possibilidade de saída do sócio da sociedade está no permissivo legal do artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal: “XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”; acredita-se que este não é o entendimento correto. A um, pelo artigo constitucional tratar de associação e não de sociedade, contrastando com o também direito constitucional de livre associação (art. 5º, XVII e XXI); a dois, que é o vínculo societário que se desfez e ele somente foi feito graças à autonomia da vontade; a três, como qualquer contrato de prazo indeterminado, não há obrigação da eternidade; por último, é o artigo 170 e parágrafo único da Constituição Federal que trata sobre a atividade econômica. Nesse caminho, Gonçalves Neto: “Não há como essa orientação prevalecer, porque, com a devida vênia, revela-se totalmente equivocada. De fato, referido dispositivo constitucional trata de associações no sentido próprio da expressão, com o significado de reunião de pessoas para a realização de fins não econômicos; insere-se no contexto das disposições que asseguram e dão efetividade ao princípio da liberdade de associação, garantida no inciso XVII do mesmo artigo, e complementada pelos incisos XVIII e XXI. E é de associações, exclusivamente, e não de sociedades, que cuidam esses enunciados. A vingar entendimento contrário, as sociedades, qualquer delas, independentemente da natureza de sua atividade, não se poderiam sujeitar a uma eventual exigência de autorização para funcionar (inciso XVIII) nem ser submetidas a processo de intervenção ou de liquidação extrajudiciais (inciso XIX); teriam filiados, e não sócios, e estariam voltadas para representar e proteger os interesses deles, ao invés de perseguir os fins econômicos constitutivos de seu objeto (inciso XX). Ora, em matéria de atividade econômica, as disposições aplicáveis são as que compõem a chamada Constituição Econômica (item XIX da Introdução), onde está assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, com as limitações que a lei estabelecer (art. 170 e parágrafo único da CF)”. GONÇALVES NETO, 2010, p. 392.

²⁵² COELHO, 2014c, p. 44.

ou não, do regime do direito contratual às relações entre os sócios”. Assim, o âmago da questão está na relação entre os sócios, que reflete no direito de retirada, de recesso e na negociação de quotas ou ações.

Nesse caminho, há maior instabilidade no vínculo contratual, pois ninguém é obrigado a contratar e a permanecer contratado eternamente na sociedade de responsabilidade limitada. Já, para o vínculo institucional, a questão não é estar ou não contratado, pois se está à frente de um estatuto com regras rígidas de vínculo societário. A razão disso é que o primeiro tipo societário foi concebido para pequenas e médias empresas, com capital exclusivo dos sócios empreendedores em sua maioria²⁵³. Já o segundo tipo societário foi concebido para grandes investimentos, com capital advindo de várias fontes, principalmente o mercado de capitais²⁵⁴. Na prática, sabe-se que existem sociedades de responsabilidade limitada de grande porte e sociedades anônimas de pequeno porte²⁵⁵.

²⁵³ Não é mais correta a classificação das sociedades de pessoa e de capital. Confira-se Hermano de Villemor Amaral: “A divisão das sociedades comerciais, em sociedades de pessoas e sociedades de capitais, baseada na existência, ou não, à formação do contrato de sociedade, do elemento intuito personae, não mais expressa, no estado actual do direito, um critério racional. As sociedades comerciais, porquê tem, hoje, personalidade própria, independentemente das dos sócios que a compõem, consagrada por lei expressa, e capital seu, que é a garantia directa dos credores sociais, na publica demonstração de suas forças pessoais, isto é, da sua riqueza própria, ilimitada ou limitada, como expressão clara da garantia às suas obrigações, perante terceiros, é que apresentam o traço capaz de dividi-las, pratica e racionalmente. Esse critério, da garantia especial oferecida a terceiros, é a base do systema inglez, na divisão das sociedades commerciaes”. AMARAL, Hermano de Villemor. **Das sociedades limitadas**. Rio de Janeiro: Labor Omnia Vincit, 1921. p. 82-83. Ainda sobre o tema, Coelho conclui: “A sociedade por ações, inclusive a anônima, é sempre mercantil. [...] A sociedade limitada é sempre contratual, porque os vínculos entre seus sócios se constituem e se desfazem segundo as regras do Código Civil. A hibridez do tipo diz respeito, na verdade, ao caráter personalístico ou capitalista da sociedade”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b. v. 2, p. 179.

²⁵⁴ As negociações com ações das sociedades anônimas foram objeto de dissertação apresentada por Philomeno J. da Costa para concurso à cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que defende a liberdade de negociação das ações: “O êxito das sociedades por ações se deve notadamente a dois fatores: limitação da responsabilidade dos seus sócios ao montante da parcela do capital que cada um subscrever e facilidade genérica da substituição deles por outras pessoas na sociedade que, indiferente aos seus componentes, prossegue tranqüilamente nas suas atividades empresarias. Esse segundo fator de êxito das sociedades consistente, digamos, na fungibilidade dos indivíduos que as formam; para facilitá-la é que se dividiu o capital em frações de pequeno valor e rigorosamente iguais. Aquilo que se aliena por menos tem mais probabilidade de encontrar adquirentes e, não divergindo entre si, as transações fazem-se em consideração à coisa e não em atenção ao seu dono; as operações efetuam-se objetiva e não subjetivamente; impessoalizam-se. Essas frações, isto é, as ações são negociadas tais como quaisquer outros bens no comércio”. COSTA, Philomeno Joaquim da. **Operações da anônima com as ações de seu capital**. São Paulo, 1965.

²⁵⁵ Vale conferir Marcondes sobre o hibridismo da sociedade de responsabilidade limitada: “Com tipo intermediário entre a sociedade anônima e a sociedade em nome coletivo, a sociedade de responsabilidade limitada ocupa uma posição mista e, no esquema proposto, pode ser enquadrada como a espécie em que todos os sócios prestam contribuição-patrominial-limitada-por quotas e contribuição pessoal máxima. Na sociedade de responsabilidade limitada, affectio societatis está, para todos os sócios, em função do intuitus personae, como nas sociedades em nome coletivo, relativamente à natureza da contribuição pessoal, mas também está em função intuitus pecuniae, como nas sociedades anônimas, relevante à contribuição patrimonial, ressalvada apenas a transmissibilidade da parte social que é livre para as ações”. MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 179.

Nesse ponto, Comparato pondera que, mesmo as sociedades tidas como de capital, como, por exemplo, as sociedades anônimas, podem guardar caráter personalista²⁵⁶:

Bem se vê, portanto, que a velha classificação das sociedades mercantis em sociedades de capitais e de pessoas, que já fora aliás, criticada por Vivante, aparece agora subvertida; ou melhor, a clivagem entre as espécies passa no interior do próprio direito acionário. Se ainda é aceitável classificar a companhia aberta na categoria das sociedades de capitais, pelo caráter marcadamente institucional, a companhia fechada já apresenta todas as características de uma sociedade de pessoas, animada por uma affectio societatis que se funda no intuito personae. Ao contrário da simples consideração dos capitais, na companhia fechada prepondera, tanto entre acionistas quanto perante terceiros, a confiança e a consideração pessoal.

Independentemente da diferença entre contrato e estatuto e o reflexo disso no vínculo societário, o princípio da segurança negocial não sofre alteração, em nossa opinião, em sua interpretação, devendo sempre existir lealdade entre os sócios, temperado com vistas a resguardar o interesse da sociedade, dentro do regime jurídico comercial.

Deve-se lembrar que não é o princípio da segurança negocial, e sim as regras prescritas ou no Código Civil ou na Lei das Sociedades Anônimas que trarão as hipóteses de restrição de circulação das quotas ou ações, bem como de extinção do vínculo societário.

Ainda, a própria jurisprudência acaba por realizar os ajustes necessários ao vínculo societário quando percebe que a natureza do tipo escolhido pelos sócios não reflete o vínculo real das relações societárias²⁵⁷.

Dessa forma, não obstante a diferença entre a natureza contratual e institucional da sociedade e o reflexo disso para o vínculo societário ser mais estável ou instável²⁵⁸, tais

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 120.

²⁵⁷ Nesse caminho: “Superior Tribunal de Justiça. Direito Comercial. É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (intuito pecuniae), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não têm papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas intuito personae. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas. Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da affectio societatis como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução”. (grifo nosso). Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 111.294/PR, 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, j. 28/06/2006.

²⁵⁸ Confira-se a diferença entre o vínculo estável e instável nas palavras de Coelho: “A sociedade empresária é de vínculo estável quando a declaração unilateral da vontade de um sócio basta, a qualquer tempo, para o seu desligamento mediante o reembolso de seu capital, exceto se a sociedade é por prazo determinado. Já é de vínculo estável aquela em que o desligamento mediante reembolso de capital admite-se apenas em hipótese excepcionais, especificamente indicadas na lei (nas quais o sócio pode exercer o seu direito de recesso ou

pontos não alteram a interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário, que deverá sempre respeitar a lealdade dos sócios e a preservação da empresa, com a convergência dos interesses para a consecução do objeto social, a partir da análise do caso concreto, respeitada a legislação de regência.

4.1.2 Deveres e responsabilidades dos administradores

É o administrador, gênero da espécie administrador estrito senso, na sociedade de responsabilidade limitada e de diretor na sociedade anônima, eleito pela assembleia geral²⁵⁹, de uma sociedade quem a guia para a consecução do seu objeto social²⁶⁰, decidindo os melhores caminhos para o desenvolvimento do negócio, com base na ciência da administração de empresas, mesmo que tal conhecimento seja empírico.

Nesse caminho Abrão²⁶¹: “Administrador é aquele que, ao dirigir a sociedade à realização do objeto a que ela se propõe, coloca em prática as medidas de caráter econômico-financeiro, de comando e representação”.

E complementa²⁶²:

A profissionalização da empresa tem sido, na etapa da globalização da economia, forte fator de aperfeiçoamento, redução dos custos internos e dos conflitos da própria sociedade, de tal maneira que a atribuição da gerência a pessoa estranha ao corpo da sociedade não afigura medida excepcional, ou de terceirização da sua atividade, porém um instrumento que conserva os ingredientes de uma performance livre de eventuais obstáculos.

retirada) mesmo que a sociedade seja por prazo indeterminado”. COELHO, 2014b, p. 49. Observe-se que a vontade unilateral, na sociedade de vínculo instável, poderá ocorrer tanto no direito de retirada quanto no direito de recesso.

²⁵⁹ Tribunal de Justiça do Paraná. Direito Empresarial - Transferência de Quotas - Necessidade de realização de assembleia geral – Nomeação de nova diretoria – Obrigação Legal do sócio com a maior quantia de cotas em convocar assembleia geral enquanto vacante a diretoria - Art. 150, § 2º da lei das sociedades. Apelação: 9455632 PR 945563-2 (Acórdão). Relator: Luiz Antônio Barry. Data de Julgamento: 11/09/2012, 7ª Câmara Cível.

²⁶⁰ Conforme ensina Oliveira: “Para que a pessoa jurídica atue como sujeito de direitos e obrigações é necessária a conduta de determinado indivíduo por meio da qual a sociedade se faça presente, ou seja, seu administrador. A ação ou omissão desse indivíduo é interpretada como ação ou omissão da pessoa jurídica. Os direitos e deveres da sociedade não são os direitos e deveres dos seus administradores. Mas é por meio dessas pessoas naturais, que efetivamente compõem o órgão da sociedade, que eles se fazem presente”. OLIVEIRA, Daniele de Lima de. **Deveres e responsabilidades dos administradores da S/A**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 46.

²⁶¹ ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 112.

²⁶² *Ibid.*, p. 114.

A moderna doutrina considera o administrador um órgão da sociedade e é por esse órgão que a sociedade expressa sua vontade, não sendo mais aceita a tese de que o administrador seria um mero mandatário²⁶³.

Nesse caminho, Fazzio Júnior explica²⁶⁴:

A diretoria é órgão, ao mesmo tempo, executivo e representativo, eleito pelo Conselho de Administração ou, se este não existir, pela Assembleia Geral. Composta por, no mínimo, dois membros não necessariamente acionistas, destituíveis a qualquer tempo, tem um mandato máximo de três anos.

Assim, o administrador deve exercer suas funções de acordo com lei e com o estatuto social, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa²⁶⁵. O descumprimento da lei e do estatuto social gera o dever de indenizar a companhia.

Quanto aos deveres, são os insculpidos a partir do artigo 153 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas²⁶⁶, quais sejam: dever de diligência, dever de lealdade (proíbe, por exemplo, o conflito de interesse) e o dever de informar²⁶⁷.

O dever de diligência é a conduta pela qual o administrador deve se pautar, lembrando-se de ser ativo e probo nas atividades sociais.

²⁶³ Confira-se interessante ementa sobre o vínculo societário do administrador: “Tribunal Regional do Trabalho. 2ª Região. Diretor e Vice-Presidente de Sociedade Anônima - Vínculo Empregatício - Comprovado nos autos através das Atas das Assembleias-Gerais Ordinárias dos Acionistas que o reclamante, de julho/1975 a 28/3/1985, foi eleito e reeleito anualmente Diretor Adjunto e, a partir de então, Vice-Presidente, com pleno exercício dos atos previstos nos Estatutos Sociais da empresa, tem-se que atuou, sempre, em nome e como órgão da sociedade, nos moldes estabelecidos no art. 144 da Lei nº 6.406/1976, impondo concluir, destarte, que não caracterizada, em absoluto, a subordinação jurídica norteadora do vínculo empregatício”. Recurso Ordinário nº: 20060568008. Rel. Juíza Rosa Maria Zucarro.

²⁶⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 231.

²⁶⁵ Art. 154, da Lei das Sociedades por Ações: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

²⁶⁶ Tendo em vista que a Lei das Sociedades Anônimas disciplina a matéria dos deveres do administrador com maestria, considerando que o administrador de uma sociedade de responsabilidade limitada deve observar, por diligência, o que dispõe a legislação das sociedades por ações, e considerando também uma forma mais didática de apresentar o tema, far-se-á a abordagem com base na lei do anonimato sobre os deveres do administrador. Entretanto, observem-se os artigos do Código Civil que tratam sobre o tema: “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”. E “Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

²⁶⁷ O descumprimento dos deveres de diligência e de lealdade é considerado infração grave, conforme Instrução CVM nº. 491, de 22 de fevereiro de 2011. Confira-se: “Processo Administrativo Sancionador Comissão Valores Mobiliários Nº RJ2008/9574 Acusados: Eduardo Penido Monteiro Maria Amália Delfim de Melo Coutrim Verônica Valente Dantas Ementa: Suposta infração ao dever de diligência. Absoluções. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, decidiu: 1. Preliminarmente, rejeitar as arguições dos defendentes de prescrição e nulidade do processo; e 2. No mérito, absolver os acusados Eduardo Penido Monteiro, Maria Amália Delfim de Melo Coutrim e Verônica Valente Dantas da imputação de infração ao dever de diligência, disposto no art. 153 da Lei nº 6.404/76”. (grifo nosso).

Carvalhosa²⁶⁸ explica da seguinte forma o dever de diligência:

O princípio é originário da tradicional figura romana do *vir probus*, do *bônus pater familias*. Trata-se, evidentemente, de paradigma que não pode ser fixo e rígido, transformando-se com o passar dos tempos, dos costumes e das relações econômicas e políticas [*apud* Brunetti]. Tem o dever de diligência o sentido de cuidado ativo, zelo, aplicação aos misteres. Trata-se de conceito abstrato que não implica um comportamento determinado, mas padrão de comportamento, ao qual se referiu o Código Comercial, em seu art. 142 (ora revogado pelo art. 2.045 do CC), quando determina que o mandatário deve demonstrar, na execução do mandato “a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência de seus próprios negócios” [*apud* Bulgarelli]. Trata-se, com efeito, de regra típica do mandato que foi transposta para o âmbito da administração das companhias. (grifo nosso).

Lógico que os administradores sempre deverão se guiar através do dever de diligência²⁶⁹, que deve ser analisado caso a caso e de acordo com os preceitos da lei e do estatuto social.

Ainda sobre o dever de diligência Coelho, explica²⁷⁰:

A lei argentina fala em bom homem de negócio, e, no direito norte-americano, a doutrina registra as dificuldades derivadas da generalidade dos termos em que se costuma traduzir o *duty of care* (Hamilton, 1980: 306). [...] O administrador diligente é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da “ciência” da administração de empresas. O dever de diligência, portanto, corresponde a obrigações de meio e não de resultado (cf. Galgano, 1988: 294; Franzoni, 1994:11).

Por sua vez, o jurista italiano Bianca lembra que é diligente o administrador que persegue a realização do fim da empresa²⁷¹:

A diligência é o empenho de energia e dos meios úteis para a realização de um determinado fim, e seus elementos informadores são a atenção, a cautela, a perícia e a legalidade da conduta, mencionando, ainda, que tais meios se traduzem na diligência aplicada pelo bom pai de família.

E Eizirik pondera que o dever de diligência deve ser analisado caso a caso e depende da função que é exercida dentro da sociedade²⁷²:

²⁶⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Arts. 138 a 205. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 274; 278.

²⁶⁹ Vale conferir a decisão administrativa RDBMC 26/251: “Manutenção de contas de empréstimo que não refletiam a realidade, distorcendo as demonstrações financeiras e inobservando os princípios de contabilidade geralmente aceitos. Dever de diligência. Infração aos arts. 176, *caput* e incisos I a IV; 177, *caput*, e 153, da Lei n. 6.404/76”. (grifo nosso). (Processo Administrativo Sancionador CVM 03/97 – Relatora Diretora Norma Jansen Parente).

²⁷⁰ COELHO, 2014c, p. 273-274.

²⁷¹ BIANCA, Massimo C. **Diritto civile: Iv - Obbligazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè. 1990.

Não se pode, por exemplo, exigir de um conselheiro de administração o mesmo conhecimento sobre a gestão da companhia do que o de um diretor; como o dever de diligência constitui um standard, ele deve ser apreciado, no caso concreto, tendo em vista a posição ocupada pelo administrador.

Por sua vez, o dever de lealdade se materializa na conduta do administrador focada, sempre, no interesse social da companhia.

Nesse caminho, Lamy Filho e Pedreira²⁷³ ensinam que:

O dever de lealdade prevê que o administrador deve “servir à companhia, e não dela se servir”; e, considerando que exerce uma função, as informações que obtiver e os atos que praticar no exercício do cargo, ou em decorrência do cargo, devem se pautar pela mais estrita lealdade à companhia e observância ao interesse social. Para tanto, o administrador não só não deve obter benefícios às custas da sociedade, como deve, por outro lado, evitar que a companhia, por ato ou omissão sua, sofra prejuízo ou deixe de auferir benefício. [...] A lealdade do administrador à companhia deve ser absoluta, indivisa e integral, no sentido de que, quando se tratar do interesse da companhia propriamente dita, a lealdade é inderrogável e, em princípio, não sofre relaxamento de qualquer espécie, ressalvado o grupo de sociedade e outras situações em que haja negócios com partes relacionadas em que se receba o pagamento compensatório adequado, a teor do art. 245 da LSA. (grifo nosso).

Ainda, Negrão²⁷⁴ aduz: “O administrador deve ser leal aos interesses e finalidades da empresa, prestando fielmente os serviços necessários para que ela atinja os fins comuns para os quais foi constituída. É em razão desse dever que a lei impôs as vedações do artigo 155 da Lei das Sociedades por Ações”.

Carvalhosa²⁷⁵, em definição e ao mesmo tempo em diferenciação do dever de lealdade com o dever de diligência, explica que:

O dever de lealdade se manifesta pelo zelo, pelo cuidado, pela atenção permanente no exercício do dever fiduciário atribuído pela lei ao gestor da companhia, seja nos negócios ordinários, seja nos relevantes ou extraordinários que ocorrem no curso da existência da companhia. Esses cuidados não se confundem com o dever de diligência, caracterizado pelo dever proativo do administrador na consecução do objeto social. E, nesse mesmo sentido, o dever de lealdade também se caracteriza pela atenção permanente a fim de que os negócios da companhia não aproveitem a terceiros, para enriquecê-los ilicitamente.

Nesse passo, o administrador deve se esforçar para alcançar seus objetivos sociais²⁷⁶, não tendo benefícios à custa da companhia, nem a deixando ter prejuízos por sua culpa.

²⁷² EIZIRIKI, Nelson. **A Lei das Sociedades Anônimas comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2, p. 349.

²⁷³ LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 1.129.

²⁷⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 503.

²⁷⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Artigos 138 a 205. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 349.

Frequentemente há problemas decorrentes do descumprimento do dever de lealdade dos administradores, como, por exemplo, enumerou Corrêa-Lima²⁷⁷: “(a) situações em que o administrador compete ou concorre com a própria companhia; (b) existência de conflito de interesses entre o administrador e a companhia; (c) negociações do insider trading; (d) abuso da minoria; e (e) venda de controle”.

Também falta com a lealdade o administrador (e os sócios) que não guarda sigilo das informações sensíveis ao negócio da sociedade²⁷⁸. Tal falta de lealdade com a sociedade, obviamente, reflete na quebra do postulado pelo princípio da segurança negocial.

Sobre isso, conceituam e definem o dever de sigilo Lamy Filho e Pedreira²⁷⁹. Confira-se:

A companhia, no desenvolvimento de seus negócios, gera e adquire diversas informações que merecem tratamento confidencial. São informações que lhe pertencem e que, portanto, merecem proteção legal. Decorre daí, como desdobramento lógico do dever de lealdade, que os administradores devem guardar reserva sobre as informações que envolvam a companhia e que tenham sido obtidas durante o exercício do cargo. Evidentemente, o sigilo não se impõe a toda e qualquer informação, mas apenas àquelas que não sejam públicas. O dever de sigilo não se limita às informações que são fornecidas aos administradores pela companhia, seus empregados ou prestadores de serviços, mas se aplica, igualmente, às informações obtidas de terceiros que lhes tenham sido dadas por conta da relação que o administrador tem com a companhia. Sobre essas informações também incide a proteção para efeitos do artigo 155 da Lei das Sociedades Anônimas.

[...]

As informações a que o administrador está sujeito a guardar estrita reserva são aquelas cuja revelação pode trazer prejuízo à companhia ou limitar o seu ganho, como as relativas a segredos de negócio ou que possam ser aproveitadas pela concorrência ou por quem esteja em vias de negociar com a companhia e que poderá obter vantagem em razão da informação. O dever de sigilo, mais genérico, não diz respeito exclusivamente àquele previsto no parágrafo 1º do artigo 155. Com efeito,

²⁷⁶ Carvalhosa esclarece que a LSA “sendo praticamente uma transcrição das leis societárias e do mercado de capitais norte-americanos, traz para o nosso sistema jurídico o *standard of loyalty*, que, naquele país, constitui um dos princípios da conduta dos administradores” e esse sistema baseia-se no caráter fiduciário das funções de administrador, assim “a quebra do dever de lealdade (*breach of duty of loyalty*) é considerada lesiva não somente à companhia como também a seus acionistas” e se caracteriza, principalmente, pela prática de *insider trading*, ou seja, “negociação de compra e venda de valores imobiliários feita pelos administradores ou por quem deles obteve de qualquer forma informações relevantes, no período em que tais informações não foram ainda divulgadas junto ao mercado, de forma ordinária ou extraordinária, conforme as circunstâncias.” (grifo do autor). CARVALHOSA, 2009, p. 292-311.

²⁷⁷ CORRÊA-LIMA, apud OLIVEIRA, 2008, p. 77.

²⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. Empresarial. “1. No caso concreto, o Tribunal de origem entendeu que o risco de ofensa ao sigilo empresarial advindo com a determinação de perícia contábil poderia ser evitado pela submissão do processo a segredo de justiça. 2. **Nesses termos, a pretensão deduzida em recurso especial de que não seja realizada referida perícia para fins de preservação do sigilo empresarial esbarra, em uma primeira análise, na Súmula n. 7/STJ.** Ausente, assim, o *fumus boni iuris* necessário ao deferimento da cautelar”. (grifo nosso). Agravo Regimental na Medida Cautelar: 23194 RS 2014/0221908-9. Agravante: Sergio Renato Moraes Ferreira e outros. Agravado: Lena Maria Carvalho Severico. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 02/10/2014- Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 10/10/2014.

²⁷⁹ LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 1.145.

aquele dispositivo aplica-se somente à companhia aberta e tem por preocupação o insider trading e a repercussão de uma tal informação na cotação dos seus valores mobiliários e na decisão dos investidores a respeito de valores mobiliários.

Complementando o tema, ensina Carvalhosa²⁸⁰:

Guardar sigilo, portanto, tem na espécie um sentido próprio. Não pode representar retenção ou sonegação de informações a outros órgãos e pessoas, dentro e fora da companhia, que, naturalmente, devam tomar conhecimento de tais fatos. [...] Consequentemente, entende-se como guarda de sigilo o comportamento do administrador que o inibe de fornecer informações reservadas a pessoas que não estejam direta, específica e profissionalmente envolvidas nos fatos e negócios jurídicos relevantes da companhia e que por isso estão submetidas, todas elas, à regra de confidencialidade. Existe, portanto, vazamento de informações quando pessoas sem qualquer responsabilidade ou participação na verificação dos fatos relevantes da companhia ou na condução dos seus negócios tenham acesso a elas.

Por fim, o dever de informar, quando à frente de uma sociedade anônima aberta, é a necessidade de comunicação aos acionistas sobre a pessoa do administrador perante a sociedade, bem como quanto a alguns movimentos sociais, frente ao mercado²⁸¹.

Acerca do tema veja-se o entendimento de Lamy Filho e Pedreira²⁸²:

A LSA tem no direito à informação aos acionistas um de seus pressupostos básicos. [...] Todavia, esse direito não é absoluto [...]. A primeira observação é a de que os deveres previstos no artigo 157 são restritos aos administradores de companhias abertas e, em princípio, não se estendem às companhias fechadas. O dever de informação, na companhia aberta, se desdobra na obrigação de informação aos acionistas e na prestação de informação ao mercado. As informações decorrentes das hipóteses do dever de informar o artigo 157 são devidas, conforme o caso, de ofício ou por provocação dos acionistas e podem dizer respeito ao administrador ou à companhia. (grifo nosso).

Ainda sobre o dever de informar Requião e Coelho entendem²⁸³, respectivamente:

O dever de informar é o dever de revelar certas situações em que a companhia e os administradores estão empenhados e que podem influir no mercado, no que se refere aos valores mobiliários por ela emitidos. A Disclosure constitui, pois, um conjunto de regras que visam a proteger a lisura e a responsabilidade do mercado de capitais. Não se refere propriamente à informação sobre os negócios inerentes à realização do objeto social da companhia, pois estes integram e são protegidos pelos princípios do sigilo profissional da empresa, mas diz respeito a tudo aquilo que possa influir na cotação de valores mobiliários (ações, debêntures) emitidos pela companhia, e que são objeto de operações de mercado.

²⁸⁰ CARVALHOSA, 2014, p. 372.

²⁸¹ Azevedo e França²⁸¹ explicam que “o sistema de revelação dos fatos negociais e institucionais relevantes da companhia constitui a mais importante salvaguarda para os investidores, porque lhes permite avaliar, por si mesmos, todos os dados necessários para a verificação do efetivo preço dos valores mobiliários emitidos pela companhia.” AZEVEDO, Erasmo Valladão de; FRANÇA, Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 221.

²⁸² LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 1.171.

²⁸³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 172.

E,

O administrador deve informar à CVM – Comissão de Valores Mobiliários, bem como à bolsa de valores ou mercado de balcão em que os valores mobiliários da companhia são negociáveis, qualquer modificação em sua posição acionária; isto é, qualquer compra ou venda de ações emitidas pela companhia. Aliás, para garantir a plena informação ao mercado, idêntica obrigação é também imposta ao controlador e aos membros do conselho fiscal das companhias abertas.

Aprofundando o tema, Coelho²⁸⁴ explica que:

Em relação ao primeiro aspecto, determina a lei, inicialmente, que o administrador, no ato da posse, deve declarar se em seu patrimônio há ações ou outros valores mobiliários (bônus de subscrição, opção de compra de ações, debêntures conversíveis em ações) de emissão da companhia, de sociedades por ela controladas ou integrantes do mesmo grupo, especificando o número. Ainda, em relação aos esclarecimentos aos acionistas, concernentes a determinados negócios societários e empregatícios do administrador, prevê a lei a obrigatoriedade de prestá-los em assembleia geral, quando solicitado por quem detém pelo menos 5% do capital social.

No caso de recusa do administrador em declarar sua posição patrimonial no ato de sua posse, conforme prevê a legislação, diz Carvalhosa²⁸⁵ que o ato de investidura seria ineficaz, “já que um dos requisitos prejudiciais à sua eficácia não foi observado e cumprido”.

Por outro lado, há hipótese legal que permite a recusa dos administradores em divulgarem as informações solicitadas pelos acionistas, caso haja legítimo interesse da companhia (parágrafos 4 e 5 do artigo 157 da Lei das Sociedades Anônimas)²⁸⁶.

Não se pode esquecer, como lembra Pitta²⁸⁷, que a informação traz consigo um determinado poder de decisão:

A informação é economicamente relevante, considerando-se a influência que exerce sobre o comportamento e os processos decisórios dos agentes econômicos, que conseguem, por meio do adequado processamento das informações disponíveis, elencar suas preferências e racionalizar suas escolhas. Em contrapartida, na ausência de informação ou diante da impossibilidade de seu adequado processamento, os indivíduos são incapazes de maximizar a utilidade dos recursos disponíveis de modo racional. Sob outra perspectiva, pode-se também afirmar que a detenção de

²⁸⁴ COELHO, 2014, p. 277.

²⁸⁵ CARVALHOSA, 2014, p. 403.

²⁸⁶ Sobre este ponto ensina Carvalhosa que: “A recusa legal restringe-se à arguição dos acionistas sobre fatos relevantes nas atividades da companhia. Não poderá jamais haver recusa sobre os demais fatos previstos nas letras a, b e c do parágrafo 1. Sobre os assuntos referidos nessas três letras, nenhuma escusa poderá haver para a sonegação de informações à assembleia geral. Também nenhuma desculpa ou pretexto poderá ser apresentado pelos administradores para deixar de divulgar tais informes. Temos, assim, que as matérias previstas nas letras a, b e c do parágrafo 1 necessariamente deverão ser prestadas e divulgadas, não prevendo a norma nenhuma exceção para o não cumprimento do dever legal, por parte dos administradores, de informar”. Ibid.

²⁸⁷ PITTA, 2013, p. 49.

informação, somada à capacidade de seu processamento, é reconhecida como importante elemento protetivo dos indivíduos em determinadas situações.

Dessa forma, respeita o padrão prescrito pelo princípio da segurança negocial no direito societário o administrador que guarda as informações sigilosas e, a partir da razoabilidade e proporcionalidade, divulga informações relevantes ao mercado, sem utilizá-las em benefício próprio, não fraudando interesse dos acionistas e investidores.

Por sua vez a responsabilidade civil dos administradores estatutários deve ser apurada pela companhia, que é a parte legítima para a ação de responsabilidade civil²⁸⁸, conforme estabelece o artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas²⁸⁹.

Por outro ângulo, não se pode esquecer que os administradores deverão obedecer ao quanto estabelecido nas regras da Comissão de Valores Mobiliários com relação à sua responsabilidade se sociedade anônima aberta (e por analogia para as outras sociedades).

Por fim, observe-se que tanto a diligência quanto a lealdade e a necessidade de informação são deveres intimamente relacionados com a o princípio da segurança negocial no direito societário, pois se está diante de um dever de cuidado geral com a companhia²⁹⁰, essenciais ao compromisso assumido com a sociedade e, lógico, sua preservação.

²⁸⁸ Confira-se: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Civil. O litígio discutido versa sobre responsabilidade civil do agravado por não ter agido com os deveres de diligência e de lealdade que a função de administrador e único executivo no Brasil da empresa suplicante exigia, devendo indenizá-la pelos prejuízos causados, matéria que até a data do trânsito em julgado era atinente a uma das Câmaras numeradas de 1ª a 10ª da Seção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça. A demanda original encontra-se em fase de cumprimento de sentença, e o presente recurso versa tão somente sobre desconsideração inversa para atingir o patrimônio da empresa que o agravado detém 50% das quotas”. (grifo nosso). Agravo Instrumento: 20225670620148260000 SP 2022567-06.2014.8.26.0000. Agravante: Monarch Beverages do Brasil Ltda. Agravado: Rodolfo Simon Mareno Colches. Relator: Ricardo Negrão. Data de Julgamento: 17/03/2014 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 19/03/2014.

²⁸⁹ “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”.

²⁹⁰ As decisões tomadas sem o referendo da assembleia, em desrespeito à Lei ou ao Estatuto Social serão anuladas: “Superior Tribunal de Justiça. Societário - A cassação do pagamento de renda mensal vitalícia instituída por deliberação do conselho de administração (na época composto pelos ora recorrentes) a ex-administradores (também os recorrentes), sem ter sido tal obrigação diretamente submetida à plena aprovação da assembléia geral ordinária, estando ausente qualquer caráter que beneficie a sociedade anônima, por parte da nova diretoria da sociedade anônima, esta agiu no estrito cumprimento de seu dever regimental, tendo encaminhado a controvérsia para exame do Judiciário. A assembléia geral, como voz soberana, não ratificou a benesse instituída pelos recorrentes, persistindo a ausência da única manifestação de vontade que obriga a sociedade anônima (deliberação válida do órgão competente)”. (grifo nosso). Recurso Especial: 704975 SP 2004/0164783-0. Recorrente: José Estanislau Queiroz Guimaraes e outro. Recorrido: Aços Vilares S.A. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 19/08/2008, Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 08/09/2008.

4.1.3 Poder de controle e seu abuso

A Lei das Sociedades Anônimas procurou prever condutas esperadas entre controladores e minoritários aptas a estabelecer equilíbrio nas relações e dar efetividade à função social da empresa e sua preservação.

Para tanto, disciplinou os direitos essenciais dos acionistas, que nem o estatuto social, nem a assembleia geral poderão alterar, tais como participar dos lucros sociais, preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, retirar-se da sociedade nos casos previstos nessa Lei etc.

Esse equilíbrio não só traz estabilidade e garantias às relações *interna corporis* da sociedade, como também estabelece um padrão de conduta, pois a simples tentativa de driblar esses direitos encontra óbice na Lei.

Entretanto, patente que é impossível o legislador regradar toda e qualquer conduta que poderá prejudicar os acionistas minoritários. Por outro lado, tem o controlador o direito e o dever de direcionar a companhia da melhor forma possível para o cumprimento de seu objeto social.

Ora, o acionista controlador, ou seja, aquele que é titular do direito de sócio que lhe assegura, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia²⁹¹; e usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia, conforme estabelece o artigo 116, da Lei das Sociedades Anônimas²⁹², deve ter liberdade restrita aos direitos essenciais para suas escolhas, desde que não haja abuso em suas decisões.

²⁹¹ Nesse sentido, vejam-se os ensinamentos de Fazzio Júnior²⁹¹: “Controlador é o que controla. Controlar é ter a disponibilidade sobre os bens de outrem; não significa, necessariamente, ser dono. Controlar uma Companhia é exercer o jus abutendi sobre os seus bens, orientando-lhe a atividade econômica”. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

²⁹² Art. 116, da LSA: “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Inúmeros mecanismos societários podem ser utilizados para se deter o controle, como a emissão de ações ordinárias, com direito a voto e preferências, sem direito a voto e acordo de acionista (ou quotista)²⁹³. Observe-se que deter ou não o controle não é relacionado tão somente ao poder econômico. É possível ter o controle sem necessariamente ser o maior investidor da companhia.

Direção e propriedade do capital, como já Marx previa, são totalmente dissociáveis²⁹⁴: “A produção capitalista chegou a um ponto em que o trabalho de direção, completamente separado da propriedade do capital, é por todos admitido, de tal arte que doravante o capitalista não tem mais necessidade de exercer pessoalmente esta função”.

Nesse passo, Carvalhosa explica sua visão de poder de controle²⁹⁵:

Controle societário pode ser entendido como poder de dirigir as atividades sociais. Essa noção tem sentido material ou substancial e não apenas formal. Assim, o controle é o poder efetivo de direção dos negócios sociais. Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido. É controlador aquele que exerce, na realidade, o poder. Internamente, mediante o prevalectimento dos votos. Externamente, por outros fatores extra-societários. Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objeto.

Borba sintetiza o conceito²⁹⁶: “Trata de uma definição eminentemente centrada na realidade material, porquanto apenas considera-se controlador quem tem a maioria dos votos nas assembléias e, ao mesmo tempo, usa essa matéria para comandar a sociedade”.

Vale complementar que a natureza jurídica do controle é imaterial e que ele traz um sobrevalor para as ações. É esta a lição de Requião²⁹⁷: “O controle é bem imaterial pelo fato de que o acionista, detendo ações, graças a estas, adquire o poder de deliberar pela sociedade, e assegura, com isso um sobrevalor mensurável em termos econômicos ao qual se apropria”.

²⁹³ Comparato explica que existem outras formas de se controlar o controle da companhia: “As possíveis formas de exercício do poder na sociedade anônima existem em diversos planos, não restando apenas com seus fundadores ou acionistas, pois o legislador atribuiu poderes-funções essenciais aos diferentes órgãos sociais da companhia (assembleia geral, conselho de administração, diretoria, conselho fiscal e auditores independentes)”. COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Forense: Rio de Janeiro. 2009. p. 16.

²⁹⁴ MARX, Karl. **Oeuvres**: Economie II. Tradução Maximilien Rubel. Paris: Gallimard. 1968. p. 1.147.

²⁹⁵ CARVALHOSA, 2009, p. 420-430.

²⁹⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 336.

²⁹⁷ REQUIÃO, 2011, p. 183.

O poder de controle refletirá dentro da sociedade e na influência na condução dos negócios, dividindo-se em quatro modalidades²⁹⁸: (i) totalitário: quase a totalidade das ações com direito a voto na mão de uma só pessoa; (ii) majoritário: cinquenta por cento mais um das ações com direito a voto; (iii) minoritário: menos que cinquenta por cento das ações com direito a voto, mas elegem os negócios sociais e elegem os órgãos de administração (alto grau de dispersão); e (iv) gerencial: próprios administradores se perpetuam na administração.

A Lei societária, em seu artigo 116, abarca as três primeiras modalidades, sempre lembrando que deve existir a permanência nas deliberações sociais, bem como na eleição dos administradores.

Prado finaliza²⁹⁹:

A caracterização do poder de controle não prescinde da circunstância fática de que ele seja efetivamente exercido; além do titular dos direitos de sócio que lhe permita dirigir ou eleger quem irá dirigir a Companhia, o acionista deve efetivamente eleger a maioria dos administradores ou efetivamente dirigi-la.

Por fim, no mesmo caminho de Requião, vale ressaltar que as ações componentes do bloco de controle de uma sociedade valem mais do que as ações que não estão nesse grupo, como é natural pensar. Lógico que, afora o valor econômico da ação, o poder de controle é um *plus* para quem as adquire. Ademais, a venda do controle de sociedade anônima aberta

²⁹⁸ Coelho observa quatro tipos de poder de controle: “Partindo das lições de Berle e Means (1932:85/98), e de Comparato (1977:34/61), e fazendo alguns ajustes de ordem didática, pode-se apontar quatro modalidades de poder de controle da sociedade anônima: totalitário, majoritário, minoritário e gerencial. O controle totalitário caracteriza-se pela concentração da quase-totalidade das ações com direito de voto na propriedade de uma única pessoa. O majoritário corresponde ao controle exercido por quem é titular de mais da metade das ações com direito de voto. Controle minoritário, por sua vez tem o acionista que, embora possuindo menos da metade das ações com direito de voto, dirige os negócios sociais e elege a maioria dos administradores. Isso somente é possível nas grandes companhias, com alto grau de dispersão de ações. Quer dizer, os seus acionistas, são tantos, e se encontram espalhados por todo o mundo, que se torna difícil reunir, em assembléia, votos em quantidade superior ao do controlador. Berle e Means exemplificam essa modalidade de controle, mencionando que John Rockefeller Jr. controlava a Standard Oil Company, nos anos 1920, com menos de 15% das ações votantes (1932:93). Por fim, o poder de controle gerencial, em que a dispersão das ações é tão grande que os próprios administradores devem ser considerados os controladores da sociedade anônima, na medida em que acabam por se perpetuar na direção da companhia. Berle e Means ilustram-no com a Pennsylvania Railroad, em que o maior acionista, no exercício 1929, detinha apenas 0,34% das ações, sendo significativo também que os vinte maiores acionistas, juntos, possuíam 2,7% das ações (1932:94/95). A tese de Berle e Means, no sentido da separação entre a propriedade acionária e o controle da empresa, embora desqualificada por alguns (Posner, 1973:411), tem sido testada por pesquisadores de outros países relativamente à sua própria economia. No Reino Unido, por exemplo, constatou-se que, nos anos 1930, pelo menos metade das maiores companhias encontrava-se, ainda, sob o controle de acionista com participação societária dominante. Nos anos 1950 e 1960, o percentual de grandes companhias nessa condição havia descido para 1/3. Estudos de 1975, sob outros critérios, e levando em conta o novo perfil da atuação de investidores institucionais, apontaram ligeira reversão na tendência de crescimento do controle minoritário e declínio do majoritário (Farrar-Hannigan, 1985:565/567). O controle gerencial, portanto, parece ser característico de empresas norte-americanas”. COELHO, 2014c, p. 286.

²⁹⁹ PRADO, Roberta Niodac. **Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.**: tag along. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 126.

deve seguir alguns preceitos da Lei, como a necessidade do *tag along*, conforme estabelece o artigo 254-A³⁰⁰, da Lei do Anonimato, bem como a jurisprudência³⁰¹.

Já o abuso de poder previsto no artigo 117 da referida Lei³⁰² é a forma abusiva de exercer o poder dentro da sociedade guiando-a ou para fora de seu objeto social ou de forma oblíqua, sem seguir os melhores padrões de lealdade para a consecução do objeto.

³⁰⁰ “Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutive, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. § 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade”.

³⁰¹ A) “Rio de Janeiro. Processo Administrativo Comissão de Valores Mobiliários nº: RJ 2005/4069; Interessado: Companhia Brasileira de Distribuição; Relator: Pedro Oliva Marcilio de Sousa. **Trata-se de recurso interposto pela Companhia Brasileira de Distribuição, em razão de decisão da Superintendência de Empresas e da Superintendência de Registro, que determinou a realização de oferta pública de aquisição de ações decorrente de alienação de controle (art. 254-A da Lei 6.404/76), em virtude da implementação do Joint Venture Agreement celebrado**, em 03.05.05 (‘Acordo de Associação’). Outro ponto importante desse primeiro requisito é a necessidade de permanência do poder. Em razão dele, vencer uma eleição ou preponderar em uma decisão não é suficiente. É necessário que esse acionista possa, juridicamente, fazer prevalecer sua vontade sempre que desejar [...] Por esse motivo, em uma companhia com ampla dispersão, ou que tenha um acionista, titular de mais de 50% das ações, que seja omissos nas votações e orientações da companhia, aleatório acionista que consiga preponderar sempre, não está sujeito aos deveres e responsabilidades do acionista controlador, uma vez, que preponderará por questões fáticas das assembleias não preenchendo o requisito da alínea ‘a’ do art. 116, embora preencha o da alínea ‘b’. Esse acionista seria considerado, para determinação de sua responsabilidade, como um acionista normal (sujeito, portanto, ao regime do art. 115)”. (grifo nosso).

B) “Rio de Janeiro. Processo Administrativo Comissão de Valores Mobiliários nº: RJ 2009/0471; Interessado: Companhia Energética do Ceará – COELCE; Recorrente: Fundo Fator Sinergia III – Fundo de Investimento em Ações; Relator: Otavio Yazbek; Trata-se de **recurso apresentado pelo Fundo Fator Sinergia III – Fundo de Investimento em Ações (‘Recorrente’), na qualidade de acionista minoritário da Companhia Energética do Ceará – COELCE (‘COELCE’), contra decisão** da Superintendência de Registro (‘SER’) no âmbito do Processo Administrativo nº RJ 2008/9211, **que não caracterizou alteração do quadro acionário de companhia aberta estrangeira controladora da COELCE como alienação indireta do controle** da sociedade brasileira, **desobrigando os acionistas adquirentes a realizar oferta pública de aquisição de ações (‘OPA’) na forma do artigo 254-A da Lei nº 6.404. A prevalência meramente aleatória em alguma deliberação social não configura controle**”. (grifo nosso).

³⁰² “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que

Nesse passo, Bulgarelli assim define o abuso de poder de controle: “O abuso do poder de controle caracteriza-se pela prática de uma infração no exercício da prerrogativa legal do controle acionário”.

Outro ponto importante é saber se o parágrafo primeiro do artigo 117 é taxativo ou exemplificativo sobre hipóteses de abuso de poder de controle, lembrando-se que o controlador responderá civilmente por atos de abuso de poder de controle quanto pelos danos causados.

Carvalhosa comenta a exemplificação feita pela Lei societária sobre hipóteses de abuso de poder de controle³⁰³:

Discute-se, desde o tempo do anteprojeto de 1975, se a enumeração constante do §1º do artigo ora comentado é taxativa ou exemplificativa. É evidente que só se pode entendê-la como enunciativa. A orientação de 1976 foi sempre a de adotar padrões amplos (standards). Esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas (CVM) incluir, nas enunciações que a lei traz, os atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores.

E complementa o autor³⁰⁴:

Enunciando a lei diversas modalidades de exercício abusivo de poder do controlador de que podem advir prejuízos para a economia nacional e para o mercado de valores mobiliários, tem a União legitimidade para propor as medidas judiciais e administrativas contra os controladores, com fundamento nos padrões gerais de ilicitude ali previstos. A mesma legitimidade têm os Estados e os Municípios, quando a lesão atingir norma da esfera de sua competência. [...] Obviamente, têm legitimidade a própria companhia e os demais acionistas lesados com a conduta abusiva do controlador.

A Comissão de Valores Mobiliários³⁰⁵ estabelece o princípio básico de que constitui abuso do poder de controle qualquer decisão que não tenha por fim precípua o interesse

saiba ou devesse saber precedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade; h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997) § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo”.

³⁰³ CARVALHOSA, 2009.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Instrução CVM 247/1996 – “Art. 32 - Os componentes do ativo e passivo, as receitas e as despesas das sociedades controladas em conjunto deverão ser agregados às demonstrações contábeis consolidadas de cada investidora, na proporção da participação destas no seu capital social. § 1º Considera-se controlada em conjunto aquela em que nenhum acionista exerce, individualmente, os poderes previstos no artigo 3º desta Instrução”. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM 247. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst247.html>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

social, visando a beneficiar exclusivamente o acionista controlador, em detrimento da sociedade, dos acionistas minoritários e de terceiros³⁰⁶.

Desviar os objetivos da companhia pode consistir no favorecimento de outra sociedade ou terceiros, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários e da própria sociedade, chegando ao extremo de prejudicar a economia nacional (lembre-se da Petrobras nos dias atuais). O desvio dos lucros ou bens, através de negócios simulados ou fraudulentos, implica exercício abusivo de poder, mesmo que não venha a caracterizar-se como distribuição disfarçada de lucros.

Assinala Requião interessante exemplo que se encaixa com perfeição ao *standard* traçado para o tráfego comercial³⁰⁷:

Não é plausível que um sócio, participando da administração de uma sociedade, venha a se tornar sócio da sociedade concorrente. A própria segurança e o segredo de negócio estão a repelir naturalmente tal franquia. Essa proibição, a nosso ver, é implícita, deduzindo-se da simples regra moral que inspira a boa fé e os bons costumes no âmbito do direito comercial.

Vale lembrar que o conceito de poder de controle também é utilizado na sociedade limitada, sendo que o artigo 116 da LSA é usado como um padrão a ser seguido pela sociedade limitada, bem como para explicar a relação de poder nesse tipo societário.

Sobre o tema Simão Filho³⁰⁸:

Observe-se que esse poder de controle deve ser usado com o fim de fazer a sociedade realizar o seu objeto e cumprir sua função social, gerando deveres e responsabilidades para os demais sócios da empresa, bem como para os que nela trabalham e para a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender, como dispõe o parágrafo único do art. 116 da Lei nº. 6.404/76 ora visto em caráter supletivo para a construção do raciocínio acerca do poder de controle na sociedade limitada.

³⁰⁶ “Processo Administrativo Sancionador Comissão de Valores Mobiliários nº: 07/05 Acusados: Eugênio José Bocchese Mendes, Jesús Murillo Valle Mendes, Mendesprev Sociedade Previdenciária, Mendes Júnior Participações S.A., Sergio Cunha Mendes. Relator: Luiz Antonio de Sampaio Campos. **Não convocação de AGO no prazo legal.** Infração ao disposto no art. 132 da Lei 6.404/76. Multas. **Violação do direito dos minoritários de eleger conselheiro fiscal. Infração ao art. 161, § 4º, alínea (a), da Lei 6.404/76.** *Enfatiza-se que, nos termos da lei, para que se caracterize o acionista controlador, é necessário que o acionista reúna essas condições acima apontadas, cumulativamente, notadamente; (I) que seja titular de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral; (II) detenha o poder de eleger a maioria dos administradores”.* (grifo nosso).

³⁰⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 133.

³⁰⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2004. p. 154.

O sócio controlador³⁰⁹ deve, assim, orientar a sociedade sempre em atendimento aos princípios da preservação da empresa e função social da empresa, sob pena de abuso de poder de controle³¹⁰.

Assim, o controle e a repressão ao seu abuso juntamente com os direitos essenciais são uma garantia ao minoritário de lealdade na condução dos negócios sociais.

Outrossim, também é possível visualizar o abuso do minoritário. Basta pensar que o estatuto social determina quórum qualificado para determinada decisão estratégica, comprovadamente de interesse da companhia, que sócio ou sócios minoritários negam-se a aprovar como forma de barganha de membros para o conselho de administração ou fiscal ou, ainda, aumento da distribuição de lucros. Aqui, óbvio, também há patente desrespeito ao princípio da segurança negocial no direito societário.

4.1.4 Governança corporativa

Um último ponto que deve ser abordado neste capítulo sobre aspectos importantes para a interpretação das normas e contratos atinentes às sociedades é o movimento, nascido nos Estados Unidos e no Reino Unido³¹¹, em meados dos anos 1990, e que se manifestou inicialmente no Brasil em 1999, “com a criação do Instituto Brasileiro de Governança

³⁰⁹ Existindo a desconsideração da personalidade jurídica, será o sócio controlador quem terá a constrição nos seus bens pessoais e não o sócio minoritário: “Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Societário. **Desconsideração da Personalidade Jurídica.** A Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedade Anônima não pode atingir patrimônio pessoal de Acionista Minoritário, Que não ocupa cargo de direção ou administração, e cuja participação em algumas assembleias limitou-se a deliberações concernentes a aspectos formais da sociedade. Nos termos da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, os acionistas controladores, que detêm a maioria dos votos nas deliberações em assembleias, e os respectivos administradores, é que deverão responder, pessoalmente, pelos atos de má gestão que ocasionaram prejuízos a terceiros, em decorrência de obrigações contraídas em nome da sociedade (Artigos 116, 117 E 158 da Lei nº 6.404/76)”. (grifo nosso). Agravo de Instrumento nº: 252663720118070000 DF 0025266-37.2011.807.0000. Agravante: Valter Egídio da Costa. Agravado: Bolívar dos Santos Siqueira. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Data de Julgamento: 09/05/2012, 4ª Turma Cível. Data de Publicação: 30/05/2012, DJ-e Pág. 86.

³¹⁰ “Superior Tribunal de Justiça. Empresarial. **Ação de Responsabilidade Civil Contra Administrador (Lei 6.404/76, ART. 159) ou Acionistas Controladores. Aplica-se, por analogia, a norma do art. 159 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) à ação de responsabilidade civil contra os acionistas controladores da companhia por danos decorrentes de abuso de poder**”. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 1207956 RJ 2010/0143815-3. Recorrente: Rádio Clube de Pernambuco S.A. e Outros. Recorrido: Martinho de Luna Alencar. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 23/09/2014, Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 06/11/2014.

³¹¹ O primeiro Código de Governança Corporativa foi denominado CadBury Report, na Inglaterra, em maio de 1992. Há 39 anos (1976) nascia, nos Estados Unidos, a National Association of Corporate Directors que somente em 1996 publicou seu Código de Melhores Práticas. A General Motors em 1996 publicou seu Corporate Governance Guidelines.

Corporativa (IBGC) e a publicação do primeiro Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa³¹², que é a governança corporativa.

Não obstante ela não ser positivada no ordenamento jurídico brasileiro, certo é que o não seguimento de suas regras acaba por comprometer a atração de investimentos e a produtividade interna da sociedade.

Vale aqui fazer um parêntese para destacar dois pontos: (i) o primeiro caso que motivou o estudo nos Estados Unidos, da Governança Corporativa, foi Caso Texaco³¹³, onde se provou uma manipulação das ações da companhia pela diretoria; (ii) já em 2002, a quebra da companhia Enron motivou a criação de uma lei americana – Sarbanes-Oxley Act³¹⁴ – que criou mecanismos para fiscalizar organizações e evitar fraudes, eliminando qualquer dúvida de que cabe aos conselheiros assegurar que a situação fiscal de suas empresas esteja em ordem. Essa lei foi redigida com o objetivo de evitar o esvaziamento dos investimentos financeiros e a fuga dos investidores causada pela aparente insegurança a respeito da governança adequada das empresas.

A Lei Sarbanes-Oxley, apelidada de Sarbox ou SOX, visa à garantia da criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis nas empresas, incluindo regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, de modo a minimizar riscos aos negócios, evitar a ocorrência de fraudes ou assegurar que haja meios de identificá-las quando ocorrem, garantindo a transparência na gestão das empresas.

³¹² COELHO, 2014b, p. 352.

³¹³ O caso Texaco constituiu, segundo Carlsson, em sua obra “Ownership and value creation: strategic corporate governance in the new economy chop”, em um dos mais importantes vetores de impulsão do movimento de Governança Corporativa. “Em 1984, a diretoria e o conselho de administração da Texaco utilizaram uma prerrogativa legal norte-americana – o American Companies Act – para recomprar ações da companhia a um valor substancialmente acima do valor de mercado, de modo a evitar sua aquisição por parte de um acionista minoritário denominado Bass Brothers, visto como uma ameaça à posição corporativa de diretores conselheiros. A operação de compra custou aos acionistas da Texaco US\$ 137 milhões de ágio, pago aos minoritários da Bass Brothers pelas ações. A operação citada provocou protestos veementes, inclusive na esfera política, e deflagrou o início de um movimento pelo Califórnia Public Employes Retirement System – Cal PERS –, um dos grandes fundos de pensão dos EUA, cujo conselho se posicionou: como investidor de longo prazo, o CalPERS não admitiria comportamento similar ao ocorrido na Texaco, espécie de chantagem financeira, em outras companhias do seu portfólio de investimentos, esperando ainda que as mesmas adotassem práticas que resguardassem os direitos dos acionistas”. CARLSSON, Rolf H. **Ownership and value creation: strategic corporate governance in the new economy**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2001. p. 22.

³¹⁴ Sarbanes-Oxley Act é uma Lei estadunidense, assinada em 30 de julho de 2002 pelo senador Paul Sarbanes e pelo Deputado Michael Oxley.

Faz-se referência ao termo em inglês em função da salutar crítica de sua tradução realizada por Adamek³¹⁵:

“Corporate Governance”: as boas práticas administrativas. Em tempos mais recentes os deveres dos administradores novamente se tornaram assunto do momento, agora sob a pomposa expressão inglesa “*corporate governance*” – que, entre nós, foi servil e literalmente foi traduzida pela horripilante expressão “governança corporativa” –, sinalizando a necessidade de adotar procedimentos de boa gestão societária tendentes a garantir que os administradores atuem realmente no interesse dos sócios e, atualmente, sopesem os interesses de colaboradores da empresa (stakeholders), em especial os trabalhadores. Preconiza-se, por esse movimento (de difícil definição jurídica), o reforço dos deveres fiduciários (como o de diligência e o de lealdade) e das medidas de transparência (disclosure); o aperfeiçoamento dos sistemas de informações sobre a gestão social (accountability) e dos mecanismos de fiscalização e controle (sobretudo com a presença de conselheiros independentes, sem funções executivas); a melhor divisão de poderes e atribuições de órgãos, visando preservar a independência de cada qual; e a implementação de várias medidas tendentes a devolver à assembleia geral o papel central que tradicionalmente sempre se lhe reconheceu. Para que esses objetivos sejam alcançados, várias são as medidas e sugestões desenvolvidas por órgãos e institutos. No entanto, assim como a globalização não é fenômeno dos tempos recentes, essas preocupações são tão antigas quanto o surgimento das grandes companhias da época do mercantilismo. O que aconteceu foi que agora entraram novamente em moda, em função da passagem da economia mundial por nova etapa do ciclo capitalista de produção e por efeito dos recentes escândalos financeiros.

Sócios e administradores que não seguem as regras de governança, verdadeiros usos e costumes, geralmente, estão, os primeiros agindo com abuso de poder e os segundos contra o estabelecido nos deveres e responsabilidades dos administradores na Lei do Anonimato.

Segundo o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (doravante denominado IBGC)³¹⁶, governança corporativa é³¹⁷: “O sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e

³¹⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

³¹⁶ IBGC. Princípios básicos. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18163>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

³¹⁷ “De acordo com o IBGC, há, no entanto, duas grandes categorias que abrigam os principais modelos adotados no mundo:

a) Outsider System, modelo de governança anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido)

- Acionistas pulverizados e tipicamente fora do comando diário das operações da companhia;

- Estrutura de propriedade dispersa nas grandes empresas;

- Papel importante do mercado de ações no crescimento e financiamento das empresas;

- Ativismo e grande porte dos investidores institucionais;

- Mercado com possibilidade real de aquisições hostis do controle; e

- Foco na maximização do retorno para os acionistas (orientado para o acionista).

b) Insider System, modelo de governança da Europa Continental e Japão

- Grandes acionistas tipicamente no comando das operações diárias, diretamente ou via pessoas de sua indicação;

- Estrutura de propriedade mais concentrada;

- Papel importante do mercado de dívida e títulos no crescimento e financiamento das empresas;

- Frequente o controle familiar nas grandes companhias, bem como a presença do Estado como acionista relevante;

incentivadas, envolvendo o relacionamento entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle.”

Cabe destacar também a definição de Coelho³¹⁸, sobre governança corporativa, atrelando a um movimento cujo objetivo é: “Identificar e sistematizar as melhores práticas de gestão da empresa e relacionamento com os acionistas”.

A própria Comissão de Valores Mobiliários conceitua em sua cartilha³¹⁹:

Governança Corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.

Quatro são os princípios básicos da governança corporativa para o IBGC: (i) transparência: divulgação de informações necessárias às partes; (ii) equidade: tratamento justo entre todos os sócios; (iii) prestação de contas: deveres e responsabilidades dos agentes da sociedade; (iv) responsabilidade corporativa: respeitar e zelar pela sociedade, seus valores e sua função social³²⁰. Procuram trazer mais proteção ao investidor, através de regras relativas à transparência das informações – fatos relevantes, que impactem nos negócios e que envolvam resultados, oportunidades e riscos (*disclosure*); conformidade no cumprimento de normas reguladoras – estatuto social, regimento interno, legislação, regulamentação e instituições legais (*compliance*); senso de justiça, equidade no tratamento dos acionistas – respeito aos direitos dos minoritários (*fairness*); e, prestação responsável de contas – fundamentada nas melhores práticas contábeis e de auditoria (*accountability*).

No âmbito mundial, merece destaque a “Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OECD”, cuja missão é promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social de pessoas em todo o mundo³²¹. O Brasil, que ainda não é

- Presença de grandes grupos-conglomerados empresariais, mas muitas vezes altamente diversificados;
 - Baixo ativismo e menor porte dos investidores institucionais;
 - Reconhecimento mais explícito e sistemático de outros stakeholders não-financeiros, e principalmente funcionários (orientado para as partes interessadas)”. IBGC. Principais modelos. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18167>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

³¹⁸ COELHO, 2014b, p. 352.

³¹⁹ CVM. **Cartilha Recomendações CVM sobre Governança Corporativa**, p. 1, jun. 2009.

³²⁰ IBGC, op. cit., 2015.

³²¹ OECD. The Organisation for Economic Co-operation and Development. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

membro da OECD, assinou recentemente, aos 03 de junho de 2015³²², um acordo de cooperação que aumenta sua participação nos seus comitês e áreas de trabalho.

Nesse sentido, a OECD estabeleceu alguns princípios de governança corporativa, editando normas e avaliações temáticas destinadas a facilitar a aplicação efetiva desses princípios, bem como para ajudar os participantes do mercado a responder a riscos de governança corporativa emergente³²³. São eles:

- 1) *Ensuring the basis for an effective corporate governance framework* (assegurar a base para um quadro eficaz de governança corporativa): a ideia desse princípio é que as bases da governança corporativa estejam atreladas ao desenvolvimento econômico não só da empresa, como também na legislação e nos aspectos regulatórios do mercado em que ela atua;
- 2) *The rights of shareholders and key ownership functions* (os direitos dos acionistas e as principais funções da propriedade acionária): procura trazer informação clara e precisa ao acionista, permitindo sua participação, com debates e votos em assembleias gerais ordinária ou extraordinária; e, também, permitir a distribuição de lucros, a possibilidade de saber de transações importantes para empresa, como a venda de ativos ou aquisição de participação societária;
- 3) *The equitable treatment of shareholders* (o tratamento equilibrado – justo – dos acionistas): busca defender que acionistas com a mesma espécie e classe de ações tenham os mesmos direitos. E, ainda, proibir a utilização de informações privilegiadas (*insider trading*) para aquisição ou venda de ações, bem como exigir informações claras e precisas dos membros da direção e conselho de administração sobre as operações da sociedade e possível conflito de interesse;
- 4) *The role of stakeholders in corporate governance* (o papel das partes interessadas em governança corporativa): propõe o respeito aos direitos do acionista garantidos pela lei, pelo estatuto social ou pelo acordo de acionistas. E, também, dar liberdade ao acionista para que ele possa denunciar atos ilegais ou antiéticos sem ser punido, bem

³²² OECD. Signing of cooperation agreement between the OECD and Brazil. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/signing-of-cooperation-agreement-between-oecd-and-brazil.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

³²³ OECD. G20/OECD Principles of Corporate Governance. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

como a possibilidade de ser reparado (indenização) pela sociedade em caso de abuso de poder de controle;

- 5) *Disclosure and transparency* (divulgação e transparência): a ideia desse princípio é garantir a divulgação e a transparência de toda e qualquer informação relevante para a sociedade, tais como, mas não se limitando a: (i) relatório financeiro e operacional; (ii) objetivos da companhia; (iii) quem detêm o controle e os direitos de voto; (iv) política de remuneração; (v) transações com parte relacionadas; (vi) estrutura de governança; e (v) etc. Reflete também a necessidade de se ter canais abertos de comunicação e denúncia, bem como a necessidade de auditoria e consultoria independente (externa).;
- 6) *The responsibilities of the board* (a responsabilidade dos conselhos de administração): deseja assegurar que o conselho de administração atue com boa-fé e diligência, sendo o responsável pela liderança da sociedade. Deve ter independência para traçar os planos estratégicos, alterar a diretoria e revisar os relatórios econômicos e financeiros. Reflete também o dever de o conselho de administração coibir abusos contra acionistas e de partes relacionadas.

Em resumo, tais princípios estabelecem que devam ser assegurados: o tratamento equitativo a todos os acionistas, com especial destaque à atribuição conferida ao órgão de administração, no sentido de acompanhar e gerir potenciais conflitos de interesse, incluindo a utilização indevida de ativos corporativos e abuso em transações com partes relacionadas.

Ainda, segundo a OECD, o cumprimento dessas responsabilidades de supervisão de controle é importante para estimular a comunicação de comportamento antiético/ilegal sem receio de represálias, sugerindo-se, inclusive, a adoção de um código de ética da empresa, a fim de ser garantir a efetividade desse processo, sem prejuízo da proteção legal garantida aos interessados.

Interessante para reflexão o documento denominado “Transações com Partes Relacionadas e Direitos do Acionista Minoritário”, elaborado pela OECD, consistente em um relatório focado na estrutura de governança corporativa que gerencia transações com partes relacionadas, com o objetivo de proteger os investidores minoritários e evitar favoritismos, um claro viés do dever de lealdade, como já explicado.

Tal documento foi elaborado em parte com base em questionários respondidos pelas jurisdições participantes da OECD, analisando a experiência de cinco países (Bélgica, França,

Índia, Israel e Itália) na gestão de operações com partes relacionadas, frente à aplicabilidade dos princípios da OECD de governança corporativa.

Observe-se que esses princípios – tanto do IBGC quanto da OECD – podem (e devem) se traduzir em normas e diretrizes para as corporações, tendo grande realce a necessidade de divulgação e transparência de informações, bem como o tratamento equilibrado e justo entre os acionistas, evitando-se o abuso de poder de controle.

Por outro prisma, mas também com o intuito de valorizar a transparência e evitarem-se abusos, foi promulgada a Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A Lei Anticorrupção é clara, no seu artigo 7º, inciso VIII³²⁴, no sentido de que a sociedade que tiver um mecanismo de controle e procedimentos que visem diminuir eventuais condutas de irregularidade poderá ter sua pena atenuada. Ou seja, é uma forma de a própria Lei incentivar condutas transparentes e leais no seio da sociedade.

A elaboração de códigos de ética também pode prevenir condutas anticompetitivas, como o cartel e o preço predatório, de acordo com a Lei Antitruste (Lei nº. 12.529/11). Não é incomum que condutas anticompetitivas sejam incentivadas através da corrupção.

Ainda, a própria Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) incentiva regras de governança corporativa certamente porque entende que elas servem para o crescimento e fortalecimento do mercado de capitais. Para incentivar as sociedades que negociam seus valores mobiliários a seguirem os preceitos da governança corporativa, a Bovespa a governança em três níveis (“Nível 1”, “Nível 2” e “Novo Mercado”), que são gradativos e permitem que cada sociedade escolha o seu grau de comprometimento.

O “Nível 1 – Governança Corporativa – Bovespa” exige os seguintes requisitos: (i) *Free Float* – Manutenção em circulação de parcela mínima de ações (25% do capital social); (ii) Informações Adicionais – Além das obrigatórias (trimestrais anuais), abrir – para o mercado demais informações; (iii) Dispersão – Mecanismos de OPAs que favoreçam a maior dispersão do capital; (iv) Partes Beneficiárias – Proibição de emissão e inexistência; (v) *Disclosure* – Operações que envolvem ativos da companhia, por parte dos acionistas,

³²⁴ Confira-se: “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

controladores ou administradores; (vi) Subsídios para Análise – Nos prospectos de OPAs abrir informações e elementos que subsidiem o processo de precificação; (vii) Posições Acionárias – Abertura da posição acionária do acionista que detiver mais de 5% do capital votante; (viii) Acordos de Acionistas – Divulgação; (ix) *Stock Options* – Divulgação; (x) Negócios com Ações – Divulgação mensal obrigatória; (xi) Reunião Pública – Mínimo de uma reunião anual com analistas do mercado; (xii) Calendário Anual – Divulgação dos principais eventos (assembleias etc.); e (xiii) Sanções – Divulgação dos nomes das companhias às quais forem aplicadas pela Bovespa.

Já o “Nível 2 – Governança Corporativa – Bovespa” exige: (i) Além dos Requisitos do Nível 1; (ii) Padrões Internacionais – Elaboração das demonstrações financeiras de acordo com padrões internacionais (IASB e US GAAP); (iii) *Tag Along* – Em caso de venda do controle acionário, extensão da oferta de compra para todos os acionistas detentores de ações ordinárias, com pagamento do mesmo valor de aquisição das ações do grupo de controle. Para os preferencialistas, pagamento de no mínimo 80% do valor das ações ordinárias; (iv) Direito de Voto – Concessão de direito de voto aos preferencialistas, para matérias e alta relevância corporativa: transformação, incorporação, fusão ou cisão, aprovação de contratos entre a companhia e seu controlador ou outros com que possa haver conflitos de interesse, avaliação de bens que concorram para aumento do capital, escolha de empresa para *valuation*, no caso do fechamento do capital; (v) Fechamento do Capital – OPA de ações em circulação, com base no valor econômico da companhia, avaliado por empresa especializada, selecionada pela assembleia, de uma lista tríplice indicada pelo Conselho de Administração; (vi) Controle Difuso – a Bovespa conduzirá o processo de OPA para a saída – do seguimento, no caso em que não há acionista controlador; (vii) Conselho de Administração – Mínimo de 5 membros, com 20% de – conselheiros independentes, mandato de 2 anos; (viii) Arbitragem – Adesão à Câmara de Arbitragem do Mercado.

Por sua vez, o Novo Mercado, nível mais alto de governança corporativa para a Bovespa exige: (i) Além dos requisitos dos Níveis 1 e 2; (ii) Apenas Ações Ordinárias – Todos os Acionistas com Direito a voto; (iii) *Tag Along* – Em caso de venda do controle acionário, o comprador estenderá a oferta de compra a todos os demais acionistas, assegurando-lhes o mesmo tratamento dado ao grupo controlador.

Em suma, as regras de governança corporativa devem ser seguidas, não só por estarem incorporadas no tráfego comercial, através dos usos e costumes, o que é uma

característica do direito comercial, mas também por ser certamente um dos ângulos em que o princípio da segurança negocial deverá incidir.

Estudadas as principais bases da sociedade e o forçoso equilíbrio que deve existir entre sócios e entre sócios e administradores, lembrando a necessidade de coordenação dos interesses individuais para o interesse coletivo da sociedade e sua necessária preservação, no próximo capítulo far-se-á uma análise crítica do princípio da segurança negocial no direito societário a partir de selecionada doutrina.

CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL NO DIREITO SOCIETÁRIO

O ponto nevrálgico desta tese é o estudo do princípio da segurança negocial no direito societário. Como deve ser feita a interpretação desse princípio diante dos inúmeros fatos societários que acontecem diariamente com o objetivo de unir, desunir e pacificar a relação entre sócios, entre sócios e sociedade e entre sócios, administradores e sociedade?

A depender da proposição a ser defendida neste estudo, algumas possibilidades podem ocorrer: um prestígio maior ao sócio pode trazer insegurança aos investimentos e aos planos da sociedade, bem como instabilidade no exercício da função (executiva) do administrador; uma força maior ao administrador poderá desencorajar o emprego de capital na sociedade pelos sócios e, ao mesmo tempo, retirar a importância de mecanismos de fiscalização, como os órgãos a tal destinados; já colocar a sociedade no centro da análise poderá desestimular os sócios quanto à injeção de capital e estimular os administradores a perseguir, a qualquer custo, o objeto social.

Mas como se chega à harmonia? É possível? Entende-se que sim, como demonstrado no capítulo III, quando se teve a oportunidade de conceituar o princípio da segurança negocial no direito societário.

Vale destacar que, entre o sócio e a sociedade, prevalece a última. O mesmo se diga entre administrador e sociedade. No embate entre sócio e administrador prevalece a vontade de quem persegue o melhor para a manutenção da atividade econômica. Ou seja, primeiro se persegue o interesse primário da sociedade, sendo o secundário dos acionistas ou administradores.

Com o objetivo de testar e, espera-se, provar nossa tese, foram colhidas algumas passagens principalmente do Curso de Direito Comercial, de Fábio Ulhoa Coelho, no volume que trata das sociedades. Não se desconhece que existem outras doutrinas sobre os temas selecionados e muito menos que alguns dos tópicos a seguir possuem patente posição conflitante com a opinião de outros também renomados professores de direito comercial.

Porém, a ideia aqui é, por meio dos assuntos selecionados, realizar comentários a partir do *standard* de conduta traçado a todos os envolvidos com a sociedade empresária, chegando à nossa conclusão de qual deveria ser a melhor interpretação para cada tópico.

Após, será discutido se, detectada a ofensa ao princípio ora defendido, é o caso de responsabilidade civil dos sócios ou administradores ou anulação da assembleia geral.

Ainda no intuito de provar a nossa tese, no próximo capítulo destacar-se-ão 4 (quatro) recentes e importantes decisões dos tribunais pátrios, relacionadas puramente ao direito societário, e será exposta a nossa interpretação a partir do princípio da segurança negocial no direito societário.

No fim do capítulo, sugerir-se-á como haverá de decidir o juiz (ou o árbitro) se identificada a quebra do princípio da segurança negocial.

Lembre-se que nos capítulos III e IV, em que se estudaram, respectivamente, o princípio da segurança negocial e os alicerces do direito societário, também se ilustraram aspectos práticos do mundo corporativo e demos nossa opinião sempre almejando a melhor interpretação da norma e do contrato em prol da sociedade.

5.1 Pontos controvertidos do direito societário

5.1.1 Ações e quotas como investimento para sócio e captação de recurso para a sociedade

Dentro de conceito de sociedade anônima e de sociedade limitada está a inerente característica de contrato colaborativo em que todos os sócios (sentido lato) trabalham em prol da sociedade. Por outro lado, nenhum sócio (empreendedor, rendeiro ou especulador) investirá capital se não vislumbrar que o negócio trará retorno. Um último ponto é que, certamente, pelas características da sociedade anônima e da sociedade limitada, quanto à diferença entre a circulação da ação e da quota, a primeira facilita a venda da participação societária e na segunda encontra-se mais dificuldade.

Vejam-se os ensinamentos de Coelho³²⁵:

Ao se definir o valor mobiliário como alternativa de investimento, destaca-se uma importante característica da participação societária: ser sócio é uma forma de dar emprego remunerado ao dinheiro. Na sociedade limitada, esse aspecto dos vínculos constituídos entre os sócios, embora existente, não é sempre o mais visível. Na anônima, ganha relevância, porque é mais usual a figura do sócio, cujo interesse não se volta à empresa mesma, mas exclusivamente aos resultados econômicos que ela pode gerar. A disciplina da participação societária da sociedade anônima, por isso, tem o objetivo de proporcionar sua circulação mais ágil, com vistas à facilitação da

³²⁵ COELHO, 2014c, p. 88.

liquidação do investimento. Vender a participação societária representada pela quota de uma sociedade limitada é, normalmente, mais difícil que vender uma ação.

Aqui, destaca-se o outro aspecto do valor mobiliário: se, para quem o titulariza, ele é uma alternativa de investimento, para a sociedade que o emite, representa um instrumento de captação de recursos³²⁶.

Nesse aspecto complementar-se-ia a passagem citada com dois pontos: (i) a sociedade, independentemente do seu tipo societário, deve respeitar os princípios da preservação e da função social da empresa. Dessa forma, a venda de participação societária deve ser realizada sempre prestigiando a sociedade, evitando-se a sua desvalorização no mercado para impedir desconfiças e problemas nos seus investimentos estratégicos e na captação de recursos³²⁷; e (ii) ao sócio se impõe o dever inerente da prestação de informação clara e precisa aos outros sócios sobre as características do negócio entabulado (valor, prazo e condições), ainda mais na sociedade de responsabilidade limitada, confirmando que não haverá prejuízo para a consecução do objeto social, pesquisando o novo sócio (assegurando-se, por exemplo, que não seja um competidor) e dele protegendo a sociedade. Já o novo sócio, mesmo antes do ingresso na sociedade, logo deve se assegurar de que o sócio retirante não vá concorrer (assinatura de cláusula de não concorrência) com ela.

Assim, cumprindo os requisitos expostos, estarão sócios e sociedade respeitando o princípio da segurança negocial no direito societário, preservando a empresa e afastando qualquer vício na manifestação da vontade, seja do sócio retirante, seja do novo sócio.

³²⁶ COELHO, 2014, p. 89.

³²⁷ Não se pode ignorar que as ações das sociedades anônimas possuem valor diferente, dependendo da espécie e de estarem ou não no bloco de controle (quanto a esse último ponto o mesmo ocorre com a sociedade de responsabilidade limitada): “Superior Tribunal de Justiça. Comercial – Sociedade Anônima – Transferência de Controle Acionário – Lei n. 6.404/76 (ARTS. 254, 255 e 257) – No art. 255 da Lei n. 6.404/76, a expressão ‘acionistas minoritários’ constante do § 1º significa a totalidade dos acionistas, uma vez que o pretendido é salvaguardar direito patrimonial inerente a toda ação: o direito à quota-parte sobre os intangíveis da companhia (intangíveis especialmente valiosos no caso das instituições financeiras). Não há direito subjetivo de os titulares de ações preferenciais serem incluídos na oferta pública para fins de aquisição de instituição financeira, porque não são necessariamente acionistas minoritários no sentido estrito da expressão, seja também em razão de tal procedimento somente abranger as ações ordinárias (Lei n. 6.404/76, art. 257, § 2º)”. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 710648 MG 2004/0176928-0. Recorrente: Ítalo Aurélio Gaetani e outros. Recorrido: Banco Central do Brasil e outros. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 26/06/2007. Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 12/11/2007 p. 220.

5.1.2 *Affectio societatis*

As sociedades de responsabilidade limitada e algumas sociedades anônimas de capital fechado são *intuito persona*, sendo a relação de confiança recíproca entre os sócios a condição para a existência delas. Essa confiança recíproca é denominada *affectio societatis*.

Quebrada a relação de confiança³²⁸, cabe a um sócio: sair amigavelmente da sociedade (dissolução parcial extrajudicial), ou requerer judicialmente a dissolução parcial ou a dissolução total da sociedade³²⁹.

³²⁸ Nesse caminho: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Total baseado na quebra da affectio societatis. Sentença de procedência. Reforma. Hipótese que é de dissolução parcial da sociedade limitada, em consagração ao princípio da preservação da empresa, mantida a continuidade da sociedade, ainda que com apenas um sócio, mas pelo período de 180 dias (artigo 1033, V, do Código Civil)”. (grifo nosso). Apelação nº: 994050558238 SP. Apelante: Oswaldo Costa. Apelado: Eudenir Aparecido Ferreira Guimarães. Relator: Paulo Alcides. Data de Julgamento: 16/09/2010, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/09/2010.

³²⁹ O Novo Código de Processo Civil disciplinou o tema, antes somente regulado no Código Adjetivo de 1939. Confira-se: “Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto: I - a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e II - a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou III - somente a resolução ou a apuração de haveres. § 1º A petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado. § 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim. Art. 600. A ação pode ser proposta: I - pelo espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade; II - pelos sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido; III - pela sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social; IV - pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito; V - pela sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial; ou VI - pelo sócio excluído. Parágrafo único. O cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio. [...] Art. 604. Para apuração dos haveres, o juiz: I - fixará a data da resolução da sociedade; II - definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social; e III - nomeará o perito. § 1º O juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos. § 2º O depósito poderá ser, desde logo, levantando pelo ex-sócio, pelo espólio ou pelos sucessores. § 3º Se o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa. [...] Art. 609. Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 2º do art. 1.031 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

Igualmente, o Projeto do Código Comercial: “Art. 198. São causas da dissolução parcial da sociedade limitada: I – a expulsão de sócio; II – o falecimento de sócio; e III – o exercício do direito de retirada. Parágrafo único. Com a dissolução parcial, desliga-se da sociedade o sócio falecido, expulso ou retirante. Art. 199. Quando o sócio desligado da sociedade titulava participação não necessária para compor a exigida, pelo próprio contrato social ou pela lei, para a alteração do contrato social, a dissolução parcial é formalizada pelo arquivamento do respectivo instrumento no Registro Público de Empresas. § 1º Nos demais casos, a dissolução parcial é formalizada pelo arquivamento, no Registro Público de Empresa, de decisão judicial. § 2º A decisão judicial só será arquivada acompanhada do correspondente instrumento de alteração contratual, assinado pelo sócio ou inventariante que a requereu. Art. 200. A dissolução parcial importa a redução do capital social no montante equivalente às quotas do sócio desligado da sociedade. Parágrafo único. Os sócios que permanecerem na sociedade podem evitar a redução do capital social subscrevendo novas quotas”.

A importância do tema ainda é reforçada na 1ª Jornada de Direito Comercial, em que se observam os Enunciados 13 e 17, respectivamente:

Conceitua Coelho³³⁰: “A *affectio societatis* é a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade uns com os outros. Quando não existe ou desaparece esse ânimo, a sociedade não se constitui ou deve ser dissolvida (total ou parcialmente)”.

Esse postulado do direito societário é extremamente importante, tendo em vista que nasce, muitas vezes, da desinteligência entre os sócios a quebra da confiança, do que decorre a paralisação da sociedade, podendo levá-la à bancarrota.

Como a quebra da empresa não é interessante para nenhuma das partes, tampouco o sendo para a própria sociedade e a coletividade que a contorna, certo é que deve remanescer na corporação o sócio que mais coopera com o desenvolvimento dela, coadunando-se perfeitamente ao princípio da preservação da empresa. Deve-se, portanto, prestigiar a sociedade, ficção jurídica com personalidade própria, deixando-a a um ou mais sócios que estejam contribuindo para o sucesso empresarial.

Assim, demandas judiciais devem excluir, a princípio, o sócio capitalista ao invés do sócio empreendedor. Deve-se, também, punir o sócio que deu causa à quebra da *affectio societatis*, se possível. Fato é que se deve perseguir o objetivo de manter o mais competente para a manutenção da sociedade.

E se os dois deram causa ao dissenso? Há de se deixar com a sociedade aquele, como mencionado, que pelas provas contribui para a sua conservação e para o seu desenvolvimento (sem embargo das apurações e dos pagamentos dos haveres decorrentes, é claro).

O princípio da segurança negocial no direito societário é uma janela para que o juiz, após analisar os deveres inerentes aos sócios e à sociedade para com os sócios, proteja a sociedade em primeiro plano para depois proteger os sócios³³¹.

“13. A decisão que decretar a dissolução parcial da sociedade deverá indicar a data de desligamento do sócio e o critério de apuração de haveres.

17. Na sociedade limitada com dois sócios, o sócio titular de mais da metade do capital social pode excluir extrajudicialmente o sócio minoritário desde que atendidas as exigências materiais e procedimentais previstas no art. 1.085, caput e parágrafo único, do CC.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Total baseado na quebra da *affectio societatis*. Sentença de procedência. Reforma. Hipótese que é de dissolução parcial da sociedade limitada, em consagração ao princípio da preservação da empresa, mantida a continuidade da sociedade, ainda que com apenas um sócio, mas pelo período de 180 dias (artigo 1033, V, do Código Civil)”. (grifo nosso). Apelação nº: 994050558238 SP. Apelante: Oswaldo Costa. Apelado: Eudenir Aparecido Ferreira Guimarães. Relator: Paulo Alcides. Data de Julgamento: 16/09/2010, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/09/2010.

³³⁰ COELHO, 2003, p. 390.

³³¹ Nesse caminho: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Sociedade limitada. Exclusão de sócios que teriam constituído e exercido atividades em prol de sociedade empresária concorrente. Verossimilhança das alegações recursais. Aparente incontrovérsia quanto ao empreendimento concorrente e à quebra da *affectio*

5.1.3 Valor de negociação das ações e quotas e as operações societárias

O valor de negociação das ações é fruto da autonomia privada e, a princípio, não depende de qualquer cálculo. Vale o quanto é interessante para a sociedade ou ao sócio pagar para deter aquela específica participação societária³³².

Uma sociedade que produza leite pode pagar mais pelas ações de uma sociedade que produza garrafas para o armazenamento de leite do que outro possível comprador que não teria qualquer vantagem competitiva com a integração de operações após a aquisição.

Tudo dependerá, portanto, da análise crítica da situação factual, que será certamente ponderada com inúmeras variáveis, tais como, mas não se limitando a, valor patrimonial ou econômico das ações, sinergia entre os negócios, localização, possibilidade de economia do custo etc.

Confira-se com Coelho:

O valor atribuído à participação acionária, nesse momento, dependerá unicamente do encontro de vontades desses sujeitos de direito. A ação vale, ao ser negociada, o que o comprador está interessado em pagar, e o vendedor em receber. Os demais critérios de avaliação (nominal, patrimonial, econômico ou de emissão) podem eventualmente servir de referência às partes para formularem suas propostas iniciais ou transigirem durante as conversações³³³.

Em negociações racionais, o fator econômico predominante na formulação de propostas e nas transigências, de parte a parte, é a expectativa de ganhos ligados ao investimento (são “racionais” as negociações desenvolvidas entre pessoas não sujeitas a nenhuma pressão, que guiam suas decisões por critérios de otimização dos recursos disponíveis)³³⁴.

Isso posto, pode-se separar ao menos em duas situações. A primeira é um acionista, pessoa física, adquirindo ações de determinada companhia. Ele fará ponderações com base na lucratividade da ação e no interesse maior ou menor de participar da gestão da empresa como

societatis. Risco à preservação da empresa na manutenção da administração social conjunta dos dois grupos de sócios, prestigiando-se, por ora, a situação dos sócios autores”. (grifo nosso). Agravo Regimental nº: 20492573820158260000 SP 2049257-38.2015.8.26.0000. Agravante: Stefanny Ianez Petrasoli e outros. Agravado: Alyne Marques Francisco Rosa. Relator: Claudio Godoy. Data de Julgamento: 29/04/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 01/05/2015.

³³² Nesse caminho: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Sociedade empresarial. Ação de cobrança. Saldo remanescente decorrente da compra e venda de quotas sociais Sociedade por quotas de responsabilidade limitada Alteração contratual com transferência das cotas do autor a um dos corréus, conferindo plena e irrevogável quitação de pagamento quanto às quotas alienadas”. (grifo nosso). Apelação nº: 00220829820128260068 SP 0022082-98.2012.8.26.0068. Apelante: Fabio Fernandes Quiles e outro. Apelado: Rogério Batista. Relator: José Reynaldo. Data de Julgamento: 10/04/2015, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 13/04/2015.

³³³ COELHO, 2014c, p. 108.

³³⁴ Ibid., p. 109.

administrador. Mas, observe-se que ele somente deve atenção, sob a ótica do padrão de conduta traçado, dentro do regime jurídico comercial, à guarda do sigilo do *know how* da sociedade e ao dever de esclarecimento. Um mau negócio tão somente atinge a ele, pois ele não representa qualquer sociedade empresária.

A segunda situação é o caso de sociedade adquirindo a participação de outra sociedade ou realizando uma mutação societária, como a fusão ou a incorporação. Nesse caso, é pacífico que compete ao administrador o dever de diligência (em um grau muito mais elevado). Faz-se necessária a prova patente da razão da operação societária dever ser realizada e quais serão as vantagens para a companhia.

A lealdade, a expectativa legítima e a integridade do administrador são condutas essenciais para a empresa que ele dirige. A operação somente poderá ser levada a cabo se for revestida da diligência, ou seja, for fundamentada por análises técnicas e conjunturas, financeiras, econômicas e operacionais plausíveis³³⁵.

Não se pode esquecer que a preservação da empresa é o objetivo final. Uma operação societária fracassada pode levar a empresa a graves crises internas e externas.

Ao mesmo tempo que o administrador procurará a melhor negociação possível para desenvolver a operação societária, ele não poderá se descuidar da lealdade aos sócios que somente injetaram capital na sociedade com vistas à lucratividade. Melhor: a sociedade somente existe com o objetivo de dar lucro. Nesse caminho, feriria a segurança negocial a operação societária que desvalorizasse as ações da corporação.

Vale lembrar que as operações societárias somente são aprovadas pelos sócios após a análise do protocolo e da justificativa elaborada pelo administrador. Nesse caso, cabe também ao sócio somente aprovar a operação societária se vislumbrar vantagens à sociedade, sob pena de abuso do poder de controle.

Assim, para o princípio da segurança negocial no direito societário, deve o administrador na operação societária, sob pena de responsabilidade civil, revestir-se de

³³⁵ Sobre a necessidade do dever de diligência e confiança no tráfego comercial: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial – Contrato de Cessão de Quotas de Sociedade e Outras Avenças – Alegação de inexigibilidade do valor executado, por desconhecimento da real situação financeira da empresa quando da assinatura do instrumento”. (grifo nosso). Apelação nº: 00281270420108260161 SP 0028127-04.2010.8.26.0161. Apelante: Alvaro de Mário Mendes. Apelado: Renato Senri Kodato. Relator: José Aparício Coelho Prado Neto. Data de Julgamento: 22/05/2015, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Data de Publicação: 22/05/2015.

cuidado extra para as informações serem corretas e precisas aos sócios, bem como apresentar justificativa para a aquisição da outra sociedade.

5.1.4 Diluição da participação acionária

A diluição de participação societária pode ocorrer de duas formas: com a emissão de novas ações (quotas) abaixo do valor patrimonial das existentes, momento em que o valor de cada ação da sociedade será diminuído, ou através da emissão de ações com a redução proporcional do número de ações de um acionista (quotista).

Coelho³³⁶ somente concorda com a primeira parte de dessa afirmação. Confira-se:

A diluição, tal como definida acima, é um fato econômico e opera-se sempre que presente a condição delimitada, isto é, sempre que o preço de emissão das novas ações é inferior ao valor patrimonial das existentes. Para o direito, contudo, interessa distinguir entre diluição justificada e injustificada, porque somente esta última é vedada, enquanto baliza na definição do preço de emissão (LSA, art. 170, § 1º, caput). A justificação é função das necessidades de recursos da companhia emissora e da capacidade de absorção da ação pelo mercado (cf. Borba, 1986:158). Sopesando-se os dois elementos, pode-se justificar a diluição. Isto é, se a sociedade anônima necessita de recursos para a sua capitalização e estima-se não haver mercado para novas ações, senão a preço inferior ao valor patrimonial das existentes, então é justificável que os antigos acionistas suportem o prejuízo imediato, como forma de assegurarem ganhos futuros para a companhia e, indiretamente, para eles próprios. Ausentes esses pressupostos, não é justificável a diluição, e o acionista prejudicado tem direito a ser indenizado pelos responsáveis pela precificação das novas ações (os acionistas que a aprovaram na assembleia geral ou os membros do conselho de administração, conforme o caso).

Antes de encerrar, cabe esclarecer que a diluição da participação acionária a que se refere o art.170, § 1º, da LSA não pode dizer respeito à redução proporcional da participação do acionista (como parece a muitos profissionais), mas sim à redução do valor patrimonial de suas ações. Isto porque o problema de o minoritário acompanhar ou não o aumento de capital não se encontra relacionado ao preço de emissão das novas ações, mas sim ao volume total de recursos correspondentes ao aumento.

Em nossa opinião as duas formas de diluição são possíveis. A primeira afeta o valor da ação dos acionistas da companhia. A segunda afeta o controle da companhia com a diluição da proporção de ações³³⁷.

³³⁶ COELHO, 2014c, p. 118-119.

³³⁷ Nesse caminho: “Superior Tribunal de Justiça. Direito Societário. Aumento de Capital de Sociedade Anônima. Emissão de Novas Ações. Diluição da Participação Acionária de Minoritários. O art. 170, § 1º, da LSA, não garante a equivalência na participação societária dos antigos acionistas, depois de se proceder ao aumento de capital, apenas impede a diluição injustificável dessa participação, geralmente, em abuso de poder dos controladores. A equivalência da participação acionária é garantida pelo exercício do direito de preferência na aquisição dessas novas ações”. (grifo nosso). Recurso Especial: 1190755 RJ 2010/0070811-8. Recorrente:

Ambas somente devem ser reprimidas se injustificadas. Existindo necessidade de captação de recursos, mesmo por valor menor que o patrimonial ou com a diluição da proporção das ações de acionistas que não possuem ou não querem aportar mais recursos, não há que se imputar ilegalidade do aumento de capital social, pois este se vincula à necessidade da empresa e a sua manutenção no mercado³³⁸.

Observe-se que sob a ótica da autonomia privada haveria patente falta de lealdade na diluição acionária com a desvalorização das ações existentes ou com a diminuição da proporção acionária, quebrando a manifestação da vontade que fez aquele acionista querer se sujeitar (não submeter) às decisões assembleares.

Ademais, a aprovação de um aumento de capital social injustificado também é coibida sob a ótica do abuso do poder de controle.

Assim, patente é que a diluição injustificada quebra os alicerces do princípio da segurança negocial, prejudicando a relação entre os sócios, trazendo conflito ao seio da sociedade, prejudicando a consecução do objeto social.

5.1.5 Direitos essenciais

Os direitos essenciais, de que nem o estatuto social ou a assembleia geral podem privar o acionista, disciplinados no artigo 109, da Lei das Sociedades Anônimas³³⁹, servem

Fundo Fator Sinergia e outro. Recorrido: Portobello S.A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 21/06/2011, Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 01/08/2011.

³³⁸ Confira-se quanto ao tema: “Tribunal Regional Federal. Administrativo e Comercial - Aumento de Capital de Sociedade Anônima. Justificada a diluição da participação dos antigos acionistas no seu patrimônio pela necessidade de livrar-se a sociedade de dívidas que representavam 12% (doze por cento) do seu passivo e consumiam 71% (setenta e um por cento) do seu lucro operacional em razão de encargos financeiros de 123% (cento e vinte e três por cento) ao ano, a fixação do preço de emissão de novas ações preferenciais, com deságio de 15% (quinze por cento) em relação ao preço de mercado para tornar viável acordo com credores para quitação de débitos, além de usual, satisfaz as exigências legais que lhe são peculiares”. (grifo nosso) Embargos Infringentes na Apelação: 9468 DF 96.01.09468-7. Relator: Juiz Catão Alves, Data de Julgamento: 23/10/1996, primeira seção, Data de Publicação: 19/12/1996 DJ p.98671.

³³⁹ “Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172; (Vide Lei nº 12.838, de 2013) V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei. § 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares. § 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral. § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001).

para trazer estabilidade aos acionistas majoritários e minoritários, protegendo enfim a própria sociedade.

Questão interessante é: pode a assembleia geral suspender direito essencial do acionista se ele não estiver cumprindo suas obrigações?

Coelho faz síntese da opinião doutrinária:

Pois bem, discute a doutrina se essa prerrogativa da assembleia geral, de suspender direitos societários, poderia alcançar, também, os essenciais. Para Modesto Carvalhosa (1977, 2:491/492), Sampaio Lacerda (1978:19) e Miranda Valverde (1959, 2:33), a resposta é afirmativa. Eles entendem que também os direitos essenciais podem ser suspensos, pela assembleia, como meio de pressionar o acionista a cumprir suas obrigações. Já, para Waldemar Ferreira (1961, 4:337) e Fran Martins (1977, 2.1:134), a resposta é diversa. Os direitos essenciais não se incluem entre os suscetíveis de suspensão. Na medida em que se consideram os direitos essenciais como estabilizadores das relações de poder, no interior da sociedade anônima, é claro que se deve adotar este último entendimento, concluindo pela impossibilidade de sua suspensão³⁴⁰.

Em nossa visão, a assembleia geral pode e deve suspender direito essencial, como a participação nos lucros ou de fiscalização ao acionista que não cumpre com suas obrigações com a sociedade.

Tal postulado faz conexão com o princípio da segurança negocial no direito societário por três razões: (i) não cumprimento de obrigação pelo acionista é patente quebra da lealdade e da expectativa legítima dos outros acionistas; (ii) prejudica a sociedade o não cumprimento de obrigação e, conseqüentemente, fere o princípio da preservação da empresa; e (iii) lesa o dever de colaboração que nasce a partir da sujeição ao princípio majoritário.

Assim, pode a assembleia geral, órgão soberano da sociedade, suspender direito essencial do acionista, até como forma de obrigá-lo a cumprir suas obrigações.

5.1.6 Circulação das ações ou quotas

A circulação das ações ou das quotas deve ser vista ao menos sob dois prismas, o do sócio que quer vendê-las e o do possível benefício para a sociedade.

Coelho explica, em sua visão, a diferença do regime de circulação entre a sociedade anônima e a sociedade limitada:

³⁴⁰ COELHO, 2014c, p. 319-320.

Da permissão legal para o estatuto da companhia fechada limitar a circulação das ações não cabe concluir a existência de sociedades anônimas de pessoas. Isto porque as limitações autorizadas por lei, para as fechadas, não validam dispositivo estatutário que condicione a venda da ação à concordância dos demais acionistas. As limitações abrangidas na autorização excepcional da lei dizem respeito, basicamente, à possibilidade de o estatuto assegurar o direito de preferência aos demais acionistas, em igualdade de condições, na alienação de ações a terceiros estranhos ao quadro de sócios. Ora, uma coisa é o direito à preferência para adquirir ações; outra é o direito de negar autorização à negociação, inviabilizando-a. Na sociedade de pessoas, o sócio pode vetar a cessão da participação societária a terceiros, mas não está obrigado, nessa hipótese, a adquirir as quotas do sócio interessado em (e, por vezes, com necessidade de) vendê-las³⁴¹.

Em nossa opinião, mesmo não ignorando que o artigo 36 da Lei das Sociedades Anônimas não permite que a circulação fique condicionada à aprovação dos administradores ou sócios da sociedade, pelo princípio da segurança negocial, outra é a conclusão. Tanto a sociedade anônima fechada quanto a sociedade de responsabilidade limitada que tiver disposição quanto à recusa de novo sócio no estatuto/contrato social poderão fazê-lo, pois é manifesto, até pela organização da economia brasileira, que existem sociedades anônimas de pessoas e a permissão da entrada de qualquer sócio desrespeitaria o princípio da razoabilidade.

Ademais, prestigiar a forma como os sócios entendem que deva ser realizada a circulação da ação é prestigiar, automaticamente, o princípio da preservação da empresa. Sócios que se escolhem por afinidade certamente não querem conviver com novo sócio com quem inexistente relação de confiança. Ocorreria, de pronto, a quebra da *affectio societatis* ora estudada³⁴².

Resta ao descontente, na sociedade anônima fechada *intuitu persona* e de responsabilidade limitada, o direito da dissolução parcial da sociedade (já tratada e ampliada no próximo capítulo com análise da jurisprudência sobre o tema ligado aos dois tipos societários).

³⁴¹ COELHO, 2014c, p. 139-140.

³⁴² Por outro lado, não existindo qualquer disposição, prevalece a letra fria da Lei das Sociedades Anônimas: “Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito Empresarial. Sociedade Anônima de Capital Fechado. Limitação à Circulação de Ações. Sociedade empresária personificada anônima de pessoas: verificação da ‘affectio societatis’. Inexistência de norma estatutária restritiva à circulação das ações da companhia de capital fechado ou definindo regras para exercício de direito de preferência. Impossibilidade de vedação à circulação das ações. Sentença de improcedência que merece ser mantida”. (grifo nosso). Apelação nº: 04155308820118190001 RJ 0415530-88.2011.8.19.0001. Apelantes: Rádio Tupi e outros. Apelado: Os mesmos. Relator: Des. Claudio Luis Braga Dell Orto, Data de Julgamento: 14/01/2015, Décima Oitava Câmara Cível. Data de Publicação: 16/01/2015.

Nesse caminho, não existindo previsão no estatuto/contrato social sobre a circulação das ações, devem-se respeitar as disposições legais. Existindo e com base na relação de confiança que nasce antes mesmo de assinados os documentos societários, pela expectativa do negócio, deve-se respeitar o quanto estipulado, sob pena de ofensa ao consentimento dado e, conseqüentemente, ao princípio da segurança negocial no direito societário.

5.1.7 Emissão e subscrição de ações ou quotas e adesão às regras estatutárias ou contratuais

É necessário lembrar que a emissão de ações ou quotas pela sociedade faz com que o subscritor concorde com as condições negociais da operação.

Observe-se Coelho nesse sentido:

A subscrição é ato unilateral de vontade da pessoa interessada em se tornar titular da ação emitida. Por meio dele, o subscritor adere às condições estabelecidas pela sociedade emissora, isto é, manifesta a sua concordância com o preço de emissão, condições de pagamento, datas de vencimento das obrigações etc. Quando se trata de ingresso de novo investidor no quadro de acionista, o ato de subscrição também tem o sentido de adesão às regras do estatuto da sociedade emissora³⁴³.

Esclarece-se que o mesmo ocorre com o acionista/quotista que compra participação societária, quanto a dever aderir às condições estipuladas no estatuto/contrato social.

Assim, é graças à autonomia privada, objetiva e subjetiva que o sócio subscreve novas ações, sujeita-se às regras da sociedade ou adquire participação societária (vide item 4.4).

É dever do sócio, independentemente se na emissão de novas ações ou se ingressante na sociedade, ser diligente, auditando e estudando a sociedade para saber se vale ou não a pena o negócio proposto e, conseqüentemente, empregar seu capital e esforço naquela empresa.

Assim, não observar as regras de emissão e o disciplinado no estatuto/contrato social é certamente contrário aos deveres inerentes à segurança negocial, como a lealdade, cooperação e cuidado, pois a sociedade deve estar sempre em primeiro lugar. Para tanto,

³⁴³ COELHO, 2014c, p. 137.

devem a sociedade e os sócios possuir, sempre, o maior número de informações claras e precisas³⁴⁴.

5.1.8 Deveres dos administradores

O administrador de uma sociedade, seja ela anônima, seja de responsabilidade limitada, deve atuar com diligência, lealdade e sem desvio de finalidade e, especificamente, quando atuante em sociedade anônima aberta, prestando informações aos acionistas e ao mercado.

Devem, também, os administradores respeitar a lei e o estatuto/contrato social. O desrespeito a esses postulados gera a sua responsabilização civil.

Confirmam-se os ensinamentos de Coelho sobre a responsabilidade civil, o dever de diligência, a lealdade e o dever de informação do administrador:

Responsabilidade civil:

As duas hipóteses elencadas pelo art. 158 da LSA na definição da responsabilidade dos administradores são interdefensíveis. Com efeito, a ação culposa ou dolosa é, forçosamente, ilícita, violadora da lei. Se, por exemplo, o administrador deixa de aplicar disponibilidades financeiras da sociedade, age com negligência ou até imperícia. A natureza culposa de sua omissão é, assim, clara e indiscutível. Contudo, esse mesmo comportamento também caracteriza a inobservância dos deveres de diligência e de lealdade estabelecidos em lei (arts. 153 e 155 da LSA). [...] Em outros termos, o fundamento para atribuir ao administrador a obrigação de ressarcir danos originados de ação ou deliberação sua, no exercício de cargo da sociedade anônima, será sempre o descumprimento de um dever prescrito em lei. Presente esse pressuposto, deve-se seguir a imposição da sanção civil. Isto é, resultando da ação judicial que o administrador demandado não observou qualquer dever legalmente estabelecido, caberá sua condenação pelos danos daí derivados (salvo, na hipótese de demanda promovida pela própria companhia ou por acionista substituto processual, se ao juiz ficar claro que o administrador agiu de boa-fé e visando aos interesses sociais, conforme estabelece o art. 159, §6º, da LSA). O descumprimento do estatuto deve ser tratado do mesmo modo que o dever legal. Embora não exista norma expressa, no direito brasileiro, determinando que os administradores

³⁴⁴ O mesmo vale para outras operações de subscrição de ação, debêntures ou mesmo bônus de subscrição, já se advertindo que não é permitido à sociedade comportamentos contraditórios que criem expectativas ilegítimas aos acionistas: “Superior Tribunal de Justiça. Empresarial. Sociedade Anônima – Bônus de Subscrição. - A Corte Estadual, ao examinar a controvérsia, lastrou-se nas seguintes teses, a saber: 1) distinção entre bônus de subscrição, destinado ao mercado em geral, e opção de compra, restrita a administradores e empregados da companhia; [...]; 3) os investidores titulares de bônus de subscrição, ao adquiri-los tinham inteiro conhecimento de anterior oportunidade de subscrição de ações por empregados a preços inferiores; 4) inexistência de comportamento da sociedade a gerar justas expectativas aos investidores”. (grifo nosso). Agravo Regimental no Recurso Especial nº: 1325151 SP 2012/0103371-2. Recorrente: Eonomus Instituto de Seguridade Social. Recorrido: Companhia de Bebidas das Américas. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 25/11/2014, Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 10/03/2015.

obedeçam ao estatuto, é claro que esse dever lhes é imposto, pela natureza do cargo³⁴⁵.

Dever de diligência:

O administrador diligente é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da “ciência” da administração de empresas. O dever de diligência, portanto, corresponde a obrigações de meio e não de resultado (cf. Galgano, 1988:294; Franzoni, 1994:11)³⁴⁶.

Dever de lealdade:

O dever de lealdade traduz-se, em termos concretos, também por uma lista de condutas proibidas (art. 155). Será desleal com a companhia o administrador que: não guardar reserva sobre os negócios sociais; usar em seu benefício, ou de outrem, oportunidades negociais a que teve acesso em função do cargo que exerce; negligenciar no exercício ou na proteção de direitos da sociedade; deixar de aproveitar oportunidade negocial, em nome da companhia, com o objetivo de obter vantagem para si ou para outra pessoa; comprar, para revender à companhia com lucro, um bem de que ela necessite, ou no qual tenha interesse. Muitas vezes, o descumprimento do dever de lealdade se caracteriza, também, como falta de diligência, revelando-se, nessa hipótese, mais fácil fundamentar a responsabilidade do administrador em função da inobservância deste último (Clark, 1986:126)³⁴⁷.

Dever de informar ao mercado:

O aspecto mais importante do direito de informar, contudo, diz respeito às comunicações ao mercado. [...] O regular funcionamento do mercado de capitais depende da transparência no acesso às informações sobre as companhias abertas emissoras dos valores mobiliários nele negociados³⁴⁸.

Note-se que, para responsabilizar o administrador, é necessária a demonstração da culpa ou do dolo, ou seja, da responsabilidade subjetiva.

Um dos pontos que certamente influirão para se aferir a culpa é o respeito ao princípio da segurança negocial, que tem como alicerce o dever de lealdade³⁴⁹. Isso porque o

³⁴⁵ COELHO, 2014c, p. 288-289.

³⁴⁶ Ibid., p. 274.

³⁴⁷ Ibid., p. 275 - 276.

³⁴⁸ Ibid., p. 277-278.

³⁴⁹ Nesse caminho, realçando o dever de diligência: “Superior Tribunal de Justiça. Ação de Responsabilidade Civil ajuizada contra ex-administrador de Sociedade Anônima de Capital Fechado, visando ressarcimento por quantia paga à título de prejuízo patrimonial resultante de multa aplicada pela CVM (Operações de Day - Trade) - Nos termos da Lei nº 6.404/76 (que dispõe sobre as sociedades por ações), em regra, ‘o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão’, porém, responde civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo (art. 158, I), ou com violação à lei ou ao estatuto/contrato social (art. 158, II)”. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 1475706 SP 2013/0029904-5. Recorrente: Álvaro de Souza Barros. Recorrido: Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 06/11/2014. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 27/02/2015.

correto tráfego de informação bem como o dever de cooperação e a perseguição do objeto social da sociedade serão determinantes para a caracterização da responsabilidade civil.

Um administrador diligente não faz com que a sociedade se manifeste de forma contraditória ou mesmo não tenha um trato leal com os acionistas, possuindo grande relevância a forma correta e íntegra para a condução dos negócios, visando à preservação da empresa.

5.1.9 Poder de controle e seu abuso

Como visto no capítulo III, o controle de uma sociedade é exercido por quem elege a maioria dos administradores, bem como tem a prevalência na maioria das assembleias gerais. Como visto também, nada há de errado em deter o controle, devendo, entretanto, o acionista (quotista) ou grupo de acionistas (quotistas) utilizarem esse poder para guiar a sociedade em direção à consecução de seu objeto social, isto é, a preservação da empresa em moldes benéficos aos acionistas e à sociedade, visando, também, ao lucro. Não é possível, portanto, utilizar o controle para fins diversos, prejudicando a sociedade ou outros acionistas minoritários.

Confira-se no ensinamento de Coelho:

A lei, contudo, reconhecendo a importância de acionistas dos mais variados perfis para o pleno desenvolvimento da empresa, e preocupada com o equilíbrio das relações de poder no interior da companhia, imputa ao controlador responsabilidade por danos causados com abuso de poder (art.117)³⁵⁰.

Assim, a correta interpretação do controle é que o acionista sempre deve buscar ser leal com sociedade, minoritários e administradores. Deve, portanto, cooperar e informar os caminhos que pretende seguir, com zelo, pois algumas informações são sensíveis ao futuro da sociedade e, por isso, confidenciais, agindo conforme a expectativa e de forma correta, mantendo-se sempre fiel as suas manifestações para que não haja qualquer vício na manifestação de vontade dos minoritários.

³⁵⁰ COELHO, 2014c, p. 313.

5.1.10 Governança corporativa

Inicialmente, cabe destacar a definição de Coelho³⁵¹ sobre governança corporativa como um movimento, cujo objetivo é:

Identificar e sistematizar as melhores práticas de gestão da empresa e relacionamento com os acionistas. E complementa: O acesso ao crédito bancário, por exemplo, atualmente é mais facilitado a empresas que adotam governança, isto é, em que estão separados com clareza, de um lado, os bens e interesses dos sócios e, de outro, os indispensáveis ao regular desenvolvimento da atividade econômica (que alguns poderiam chamar de “bens e interesses da sociedade”)³⁵².

Observe-se que a governança corporativa se une perfeitamente ao princípio da segurança negocial no direito societário, na medida em que prega a transparência na condução da empresa, bem como a distinção clara e precisa dos bens e interesses dos sócios na consecução da atividade econômica.

Seguindo essas diretrizes, já estudadas no capítulo IV, com a refinada distinção entre poder de controle e administração, certamente haverá mais lealdade e confiança entre sócios (empreendedores, rendeiros e capitalistas) e administradores, visando à consecução do objeto social.

Se o princípio da segurança negocial exige como deveres essenciais que haja cooperação, proteção ao *know how* e sigilo, certamente toda e qualquer sociedade deve instituir regras de governança para suas situações específicas, é o que se espera até dos usos e costumes ligados ao regime jurídico comercial.

5.1.11 Arbitragem no direito societário

A possibilidade de arbitragem no direito societário foi reforçada com a inserção do artigo 136-A, na Lei das Sociedades Anônimas³⁵³, que dá direito de recesso ao acionista

³⁵¹ COELHO, 2014b, p. 352.

³⁵² *Ibid.*, p. 352.

³⁵³ “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 da companhia, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações (art. 45). § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da ata da Assembleia Geral que a aprovou. § 2º O direito de retirada previsto acima não será aplicável:

I – caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% das ações de cada espécie ou classe; II – caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia

dissidente de deliberação da assembleia que aprove a inclusão de cláusula de arbitragem no estatuto social.

A doutrina já defendia a vinculação do acionista à cláusula de arbitragem mesmo antes da reforma legislativa, defendendo, entre outros argumentos, que a arbitragem serve para direitos disponíveis, a prevalência do princípio majoritário e que o instituto, como outros dispositivos estatutários, deve coadunar com o objetivo social.

Nesse caminho, confira-se Cahali³⁵⁴:

Considerando o princípio basilar do direito societário, a *affectio societatis*, e considerando o princípio majoritário, que regem as sociedades, deve ela obedecer aos votos da maioria, que guiarão à vontade da sociedade. Nesta linha de raciocínio, nos parece plenamente válida a defesa de que mesmo o dissidente deve se submeter à cláusula arbitral. Se insatisfeito com esta votação, da mesma forma como poderia estar insatisfeito com o resultado de outra assembléia (p.e. aumento da remuneração dos administradores), o acionista sempre poderá vender sua participação societária.

Nesse ponto já se conclui³⁵⁵:

O reforço ao instituto da arbitragem, que acabou introduzindo modificação na Lei das Sociedades Anônimas, sob a ótica societária é interessante, pois reforça a possibilidade de arbitragem no direito societário e permite claramente ao acionista dissidente, em sociedade por ações, o direito de retirada da sociedade mediante reembolso de suas ações. Poderia, entretanto, desmistificar a importância do acionista, que, como vimos, faz parte de um todo e está inserido dentro de uma sociedade, graças à sua autonomia privada, realizando negócio jurídico. Desta forma, não existe uma submissão do acionista vencido nos órgãos de deliberação e sim uma sujeição consentida, de claramente aceitar a vontade da maioria. Também, como dito, não há que se falar em renúncia de direitos e sim, mais uma vez, na sujeição à vontade dos acionistas que compõem a maioria social. Em prol da sociedade e de sua função social, se é a vontade da maioria a inclusão de cláusula compromissória, pelas qualidades da arbitragem, não deverá isto ser impossibilitado.

aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso II do art. 137 desta Lei”.

E a justificativa que constava no Projeto de Lei nº. 406/2013: “Preenche lacuna atualmente existente em benefício das companhias, permitindo, de forma clara e organizada, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos societários, mediante modificação estatutária, aprovada em Assembleia Geral, com *quorum* qualificado de pelo menos metade das ações com direito a voto, que obrigará a todos os acionistas. Protege, todavia, os acionistas minoritários, ao assegurar a eles o direito de retirada se discordarem da deliberação que institui a convenção de arbitragem. Suspende ainda a eficácia da deliberação que aprovar a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social, até o decurso do prazo de trinta dias previsto na lei societária para o exercício do direito de retirada, evitando que entre a data da deliberação e o término do prazo do recesso exista dúvida sobre a competência do Poder Judiciário para resolver eventuais conflitos”. CALHEIROS, Renan. Projeto de Lei do Senado nº 406, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em: 18 jul. 2015.

³⁵⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 343.

³⁵⁵ BUSHATSKY, Daniel. **A reforma da lei e a arbitragem no direito societário**: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regramento do instituto e proteção ao acionista minoritário. No prelo 2015.

Aqui interessa frisar que o acionista ou administrador vinculado à cláusula compromissória não pode desrespeitá-la, sob pena de ferir o princípio da segurança negocial. Se os sócios, em maioria, decidiram apoiados nas vantagens (celeridade, tecnicidade e sigilo) da arbitragem que a solução de eventual conflito será por esse instituto, somente há uma opção: seguir a orientação que é melhor para a sociedade e, conseqüentemente, para a preservação da empresa.

Se o sócio descontente em solucionar conflito pela arbitragem quiser demandar no judiciário, é medida de segurança negocial enviar carta com a sua posição de renúncia à cláusula de arbitragem, esperando que sociedade ou outros sócios façam o mesmo. Havendo recusa destes, somente poderá existir a solução pela via arbitral.

Entretanto, poder-se-ia questionar se a existência de cláusula de arbitragem extremamente complexa e custosa para sua operacionalização não ofenderia os direitos dos sócios minoritários e, conseqüentemente, o princípio da segurança negocial no direito societário. Exemplificando: cláusula de arbitragem que estipulasse, para a sociedade brasileira, que possuía em seu quadro societário também brasileiros, a eleição da Câmara Internacional de Comércio (CCI), na França, com três árbitros, língua alemã e como eleição de lei aplicável o direito alemão. Para piorar: sede da arbitragem em Frankfurt, Alemanha.

Em uma primeira análise, a resposta seria positiva. Porém, é necessário dividir a resposta em duas. Apresentada justificativa plausível ao sócio minoritário sobre o motivo das disposições da cláusula (futura internacionalização da sociedade com empresas alemãs) e ele teve a oportunidade de utilizar seu direito de recesso na introdução do termo no Contrato/Estatuto Social e não utilizou ou, se a previsão já existia no momento de seu ingresso na sociedade, considerou-se que a cláusula é plenamente válida.

Por outro lado, se a cláusula foi inserida sem justificativa plausível ou quando não era possível o direito de recesso e, portanto, à revelia (tácita ou expressa) do acionista minoritário, parece que ela deve ser anulável, evitando-se abusos de poder de controle.

Abre-se mais uma dúvida: anulada a cláusula pelo juiz estatal, deve a solução do conflito societário ser resolvida pela arbitragem ou pela jurisdição comum? Se a vontade majoritária é a solução pela arbitragem, parece que é este o instituto que deve ser privilegiado,

adequando-o às possibilidades do minoritário, nos termos do artigo 7º, da Lei de Arbitragem³⁵⁶.

Mais dois pontos devem ser levantados: (i) afóra a arbitragem existem outros métodos adequados de solucionar conflito³⁵⁷ (conciliação, mediação, consulta ao especialista etc.). É sempre salutar e alinhado com padrão de conduta esperado pelos envolvidos na operação de uma sociedade, antes do ajuizamento de ação judicial ou do início do procedimento arbitral, tentar solucionar o conflito por um método autocompositivo, sem a imposição por terceiro da solução final; e (ii) as pacificações através dos métodos alternativos ao judiciário ganharam tanta força, que o Novo Código de Processo Civil³⁵⁸ incentiva até

³⁵⁶ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

³⁵⁷ Levi aborda outros métodos de solução de conflitos: “(i) *rent-a-judge* também denominado *private judging* consiste em um meio híbrido (privado e público) por meio do qual as partes elegem um árbitro, que informam o tribunal, que expede uma espécie de autorização para que o processo no âmbito privado aconteça. A sentença estará sujeita a recurso perante as cortes públicas e a decisão é de domínio público, o que significa dizer, constitui precedentes. (ii) *baseball arbitration*: as partes elegem um terceiro, árbitro, e fazem as ofertas em envelopes selados. O árbitro julgará a controvérsia escolhendo um dos valores apresentados que mais se aproximar do veredicto que daria. Uma variação desse modelo é o *night baseball arbitration*, que também prevê a entrega pelas partes das ofertas em envelopes fechados, só que nesse caso, o árbitro procede ao julgamento da controvérsia da maneira convencional e, com a sentença em mãos, abre os envelopes e verifica qual das ofertas é mais próxima à sua decisão, sendo então essa a proferida. (iii) *High-Low Arbitration* ou *Bracketed Arbitration* consiste em um procedimento pelo qual as partes concordam previamente com as faixas dos valores que serão apurados na sentença. O requerido estipula o valor máximo que pagará e o requerente o valor mínimo que aceitará em pagamento. O árbitro pode ou não conhecer os parâmetros estabelecidos pelas partes. Se a decisão do árbitro previr um valor menor do que o mínimo estabelecido pelas partes, ficam valendo o valor mínimo e do mesmo modo, se o valor for maior, vale o máximo ofertado. Entretanto, se a decisão do árbitro contiver um valor dentro da faixa preestabelecida, a decisão do árbitro é a que vincula as partes. (iv) *Mini-trial*, embora seja denominado como um pequeno julgamento, se apresenta como uma forma de negociação estruturada com procedimentos que podem variar a depender da vontade das partes. Essa dinâmica se afigura como uma oportunidade para que as partes negociem e cheguem ao acordo, mas caso isso não aconteça, elas podem buscar outros meios para a resolução do conflito. Já o *judicial mini-trial* é um procedimento híbrido que ocorre dentro do juízo estatal. (v) *Early neutral evaluation* ou *neutral evaluation* que consiste em submeter a controvérsia a uma avaliação vinculante, realizada por terceiro imparcial (de preferência com expertise no tema em questão e em outros meios de resolução de conflitos) que avalia os pontos fracos e fortes fazendo um prognóstico das chances de sucesso que cada uma das partes possui em possível demanda. (vi) *Neutral fact finding*, geralmente composto por um painel conduzido por advogados, investigadores experientes, que atuam de modo imparcial, contratados em geral por órgãos públicos e grandes organizações, de modo a esclarecer fatos e oferecer respostas claras a quem possa interessar. (vii) *Disputes Boards* surgem no contexto das grandes obras de construção civil e de infraestrutura, tendo em vista a necessidade de uma ferramenta para tratar as inúmeras controvérsias que naturalmente surgem ao longo do extenso período das relações contratuais. (viii) *Facilitação*: atua de modo a tornar a conversação mais fluída, manter o foco das discussões e o ambiente mais favorável às negociações. (ix) A construção de consenso (*consensus building*) se identifica por um conjunto de técnicas que possibilitam a construção de uma decisão conjunta a ser tomada por várias pessoas (grupos ou organizações), não pelo voto da maioria, mas sim pela participação de todos os envolvidos, que oferecem suas opiniões e são escutados em prol da construção de um acordo ou decisão com a qual todos possam conviver”. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118-124.

³⁵⁸ Trazem-se alguns dos artigos do novo Código de Processo Civil tratando a questão:

“Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Art. 319. A petição inicial indicará:

judicialmente a conciliação e a mediação, deixando ao juiz a possibilidade de indicar também a arbitragem.

Assim, a melhor interpretação da arbitragem no direito societário é aquela que se interliga ao princípio da segurança negocial. É leal, cumpre a expectativa e é correto o sócio ou administrador que observa as disposições estatutárias e se sujeita a participar do melhor método adequado de solução de controvérsias possível para determinado problema em prol da sociedade³⁵⁹.

5.1.12 Responsabilidade civil do sócio ou administrador e anulação da deliberação

É importante que, após traçada a definição do princípio da segurança negocial no direito societário e analisados alguns pontos controvertidos nesse ramo do direito, seja possível identificar qual será a consequência prática do desrespeito aos postulados mencionados. Ou seja, existindo lesão ao princípio da segurança negocial no direito societário, o que deve ocorrer?

Duas são as possibilidades, mas tudo a depender da situação, caso a caso: responsabilização civil e/ou anulação de assembleia geral. Mas, primeiramente, vale realçar que alguns fatos da vida societária, como o excesso de poder de um administrador, somente poderá ser resolvido através da responsabilidade civil, pois isso não é matéria de assembleia. Porém o voto abusivo em assembleia geral pode, em tese, ser resolvidos tanto pela imposição de indenização por perdas e danos quanto pela anulação da assembleia. Nesse caso, entretanto, adianta-se, deverá sempre ser respeitada a preservação dos negócios da empresa. Se anular a assembleia implicar em mais danos para a sociedade do que a indenização, sempre será preferível esta a aquela. É o exercício do dever de diligência do sócio e do administrador, focado no custo/benefício para a sociedade que definirá qual é o melhor caminho, respeitado o tráfego comercial, a lealdade e a conduta íntegra.

[...]

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”.

³⁵⁹ Expor, graças à publicidade do processo judicial, os problemas societários pode ser desleal e, portanto, prejudicial à sociedade.

a) Responsabilidade civil

Diz-se que a responsabilidade civil essencialmente considerada é a responsabilidade civil subjetiva, aquela que tem por base a culpa e que não dispensa a vinculação entre a pessoa e seu ato³⁶⁰. Assim, a responsabilidade deriva de *ato ilícito*, este como fonte de obrigações, pois sua prática faz surgir uma relação jurídica que tem por objeto o ressarcimento do dano, isto é, a própria indenização.

Todavia, faz-se necessária a distinção entre a obrigação e a responsabilidade para melhor entender o tema. Confira-se Cavalieri³⁶¹: “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”.

Veja-se o conceito de responsabilidade³⁶² propriamente dito, pelos ensinamentos de Gagliano³⁶³: “É uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.

Assim, quebrado o processo obrigacional, lesionado o princípio da segurança negocial, deve-se reparar o dano (atendendo o anseio de justiça), obrigando o agente causador a ressarcir o que causou³⁶⁴, sob pena de enriquecimento indevido³⁶⁵, já que o ilícito causa um

³⁶⁰ Confira-se o artigo art. 186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 2.

³⁶² A doutrina, com suas sutis variações:

1) Venosa assim define: “[...] ao conferir à vítima de um dano injusto o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro do seu causador (e não mais retribuição do mesmo mal causado), independentemente de relação obrigacional preexistente”. VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2006. v. 2, p. 27.

2) Para Gonçalves: “é parte do direito obrigacional, pois a principal consequência prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4, p. 20.

3) Para Rodrigues: “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.” RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 6.

³⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 3.

³⁶⁴ Sob outra ótica, o Projeto de Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011) determina punição ao empresário que descumpra o dever de boa-fé: “Art. 289. O juiz poderá condenar o empresário ao pagamento de razoável indenização punitiva, como desestímulo ao descumprimento do dever de boa fé”. E, ainda, no caso de descumprimento da boa-fé na relação contratual: “Art. 315. Em caso de descumprimento do dever de boa fé, o outro contratante terá direito à indenização por perdas e danos. Parágrafo único. A revisão das cláusulas ou a anulação do contrato empresarial somente poderá ser requerida no caso de dolo, provado pelo demandante, descumprimento do dever de estrita boa fé”. Projeto de Código Comercial nº. 1572/2011. Cartilha do Novo

dano³⁶⁶ e este por sua vez rompe o equilíbrio jurídico-econômico composto anteriormente entre o agente e a vítima³⁶⁷. A função da responsabilidade civil é conforme Cavaliere³⁶⁸: “Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão”.

Para Gagliano e Pamplona³⁶⁹:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente dano).

Nesse passo, provada a responsabilidade subjetiva dos sócios, administradores ou sociedade, haverá o dever de indenizar³⁷⁰ pelas perdas e danos causados³⁷¹, com o pagamento

Código Comercial: o que muda no dia-a-dia das empresas e do cidadão com o Novo Código. Brasília, 2 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/cartilha-do-novo-comercial-comercial.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

³⁶⁵ Confira-se Cavaliere: “Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

³⁶⁶ Álvaro Villaça Azevedo explica os vários significados da palavra dano e define as que interessam ao direito: “[...] A palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultado de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa, econômica, política etc); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se a detrimência econômica ou moral.” AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 238.

³⁶⁷ Para existir o dever de reparar, são necessários três pressupostos: (i) conduta – ação ou omissão praticada por quem comete o dano; (ii) nexo causal – ligação lógica entre a conduta e o dano causado; e (iii) dano – que só existe por ter ocorrido determinada conduta.

³⁶⁸ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14.

³⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 9.

³⁷⁰ Nesse caminho, o artigo 402, do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” Pereira comenta que: “[...] no dano é ressarcível o prejuízo sofrido pela vítima, e tanto é reparável quando implica na diminuição ou não incremento do patrimônio (dano patrimonial), quanto na hipótese em que este não é afetado, direta ou indiretamente (dano moral).” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 235-243.

³⁷¹ Venosa comenta que “perda” e “dano” são palavras sinônimas: “Perdas e danos, em nossa lei, são expressões sinônimas. É a configuração de uma perda em prejuízos. Lucro cessante constitui a indenização de que a lei fala no que a parte razoavelmente deixou de lucrar.” A discussão se as palavras são sinônimas ou não perde o interesse no mundo jurídico, pois o que se protege é o ressarcimento dos prejuízos e o enriquecimento indevido. Parece, entretanto, que dano é gênero que inclui a espécie perda. VENOSA, 2006, p. 327.

de uma indenização ou uma compensação³⁷², o que inclui o que se perdeu e o que se razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes), bem como eventual dano moral.

Nessa esteira, Pereira³⁷³ comenta que: “[...] no dano é ressarcível o prejuízo sofrido pela vítima, e tanto é reparável quando implica na diminuição ou não incremento do patrimônio (dano patrimonial), quanto na hipótese em que este não é afetado, direta ou indiretamente (dano moral)”.

Acrescenta-se ao caldo que a quebra do princípio da segurança negocial no direito societário certamente é poderoso ingrediente para aferição de culpa ou dolo na apuração da responsabilidade civil.

Antes de se passar para a anulação da assembleia geral, vale realizar pequeno comentário sobre a responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras sujeitas a regime especial. Isso porque a doutrina, ao analisar os artigos 39 e 40 da Lei nº. 6.024/76³⁷⁴, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, divide-se em responsabilidade objetiva e subjetiva. Na primeira hipótese, encontram-se os objetivistas propriamente ditos, sendo necessária a ocorrência de ato ou omissão para a responsabilização, e os solidaristas, que não exige ato ou omissão, pois iguala

³⁷² O artigo 287, da Lei das Sociedades Anônimas trata da prescrição para ajuizamento da ação de responsabilidade civil: “Art. 287. Prescreve: I - em, 1 (um) ano: a) a ação contra peritos e subscritores do capital, para deles haver reparação civil pela avaliação de bens, contado o prazo da publicação da ata da assembleia-geral que aprovar o laudo; b) a ação dos credores não pagos contra os acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da companhia. II - em 3 (três) anos: a) a ação para haver dividendos, contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista; b) a ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes, fiscais ou sociedade de comando, para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção de grupo, contado o prazo: 1 - para os fundadores, da data da publicação dos atos constitutivos da companhia; 2 - para os acionistas, administradores, fiscais e sociedades de comando, da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido; 3 - para os liquidantes, da data da publicação da ata da primeira assembleia-geral posterior à violação. c) a ação contra acionistas para restituição de dividendos recebidos de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da assembleia-geral ordinária do exercício em que os dividendos tenham sido declarados; d) a ação contra os administradores ou titulares de partes beneficiárias para restituição das participações no lucro recebidas de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da assembleia-geral ordinária do exercício em que as participações tenham sido pagas; e) a ação contra o agente fiduciário de debenturistas ou titulares de partes beneficiárias para dele haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei ou da escritura de emissão, a contar da publicação da ata da assembleia-geral que tiver tomado conhecimento da violação; f) a ação contra o violador do dever de sigilo de que trata o artigo 260 para dele haver reparação civil, a contar da data da publicação da oferta; g) a ação movida pelo acionista contra a companhia, qualquer que seja o seu fundamento”.

³⁷³ PEREIRA, 1998, p. 235-243.

³⁷⁴ “Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido. Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante e dos prejuízos causados”.

a figura do fiador. Na segunda hipótese também se encontram duas variações: subjetiva pura, em que o ônus da prova segue o estabelecido no Código de Processo Civil; e subjetivista com inversão do ônus da prova, defendendo que existe uma presunção *juris tantum* contra o administrador.

Waisberg³⁷⁵, após pontuar o interesse público no mercado bancário, faz sugestão de alteração legislativa, que obviamente já possui em seu conteúdo a sua visão sobre o tema:

De tudo quanto exposto e após a conclusão pelo subjetivismo da responsabilidade do administrador de banco comercial no direito posto, em termos de futuras revisões legislativas, é nossa opinião que a culpa deve continuar sendo o fundamento dessa responsabilidade, mas que a lei deve prever a inversão do ônus da prova, sem retirar o efeito de estímulo ao zelo que a culpa propicia.

Não obstante não ter existido alteração legislativa, foi esta a tese que foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. nº. 447.939/SP, relatado pela Ministra Nancy Andri ghi:

Em conclusão, sem querer solucionar a intensa controvérsia acerca da natureza objetiva ou não da responsabilidade prevista no artigo 40 da Lei nº. 6.024/76, determina-se o dever de reparação, calcado no inadimplemento contratual, cujos prejuízos dele decorrentes são presumidos juntamente com a culpa dos administradores. A estes competirá demonstrar, no processo, que não agiram com culpa para afastar sua responsabilização.

Pelo princípio da segurança negocial no direito societário, será possível ao administrador se defender de que não agiu com culpa ou dolo, mesmo com a inversão do ônus da prova, e sim com diligência em prol da instituição financeira.

b) Anulação da assembleia de sócios ou reunião de quotistas

A possibilidade de anulação da assembleia geral também deve ser sopesada pela análise de custo benefício pela ótica dos sócios. Lembre-se que a assembleia é a reunião dos acionistas da companhia que tem por objetivo deliberar acerca do desenvolvimento das atividades empresárias. Os acionistas tomam conhecimento de assuntos relativos aos negócios sociais, debatem as questões colocadas e decidem os rumos da companhia. A deliberação em assembleia é um processo complexo pela composição da exposição, debate e votação de cada matéria colocada em pauta.

³⁷⁵ WAISBERG, Ivo. A evolução da jurisprudência sobre responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras sujeitas a regime especial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 11, n. 40, p. 186-201, abr./jun. 2008.

Prevista no art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas: “A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”.

Carvalhosa³⁷⁶ consigna que a assembleia geral é: “um órgão necessário, que não pode faltar em nenhuma companhia, nem ser substituído, quanto à sua competência e funções, por qualquer outro”.

E, Pontes ensina ainda que a assembleia é: “O poder legislativo da sociedade, pois ela é que faz os estatutos, ‘que são as leis da sociedade, reformam-nos, realizam os contratos mais importantes que afetam a sociedade ou aqueles outros que, por sua condição legal, não os podem realizar os administradores’”.

Interpretando a norma e as doutrinas referidas, aduz-se que a assembleia deve respeitar³⁷⁷ aspectos formais e legais para que suas deliberações sejam consideradas válidas.

Ocorrendo qualquer irregularidade na convocação da assembleia³⁷⁸, ou na hipótese de sua instalação ocorrer sem a presença do quorum³⁷⁹ legal mínimo³⁸⁰, ou, ainda, se algum

³⁷⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 510.

³⁷⁷ “Art. 127. Antes de abrir-se a assembleia, os acionistas assinarão o ‘Livro de Presença’, indicando o seu nome, nacionalidade e residência, bem como a quantidade, espécie e classe das ações de que forem titulares; e Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”.

³⁷⁸ “Art. 123. Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia-geral.

Art. 124. A convocação far-se-á mediante anúncio publicado por 3 (três) vezes, no mínimo, contendo, além do local, data e hora da assembléia, a ordem do dia, e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria”.

³⁷⁹ “Art. 126. As pessoas presentes à assembléia deverão provar a sua qualidade de acionista, observadas as seguintes normas:

I - os titulares de ações nominativas exibirão, se exigido, documento hábil de sua identidade;

II - os titulares de ações escriturais ou em custódia nos termos do art. 41, além do documento de identidade, exibirão, ou depositarão na companhia, se o estatuto o exigir, comprovante expedido pela instituição financeira depositária.

III - os titulares de ações ao portador exibirão os respectivos certificados, ou documento de depósito nos termos do número II;

IV - os titulares de ações escriturais ou em custódia nos termos do artigo 41, além do documento de identidade, exibirão, ou depositarão na companhia, se o estatuto o exigir, comprovante expedido pela instituição financeira depositária.

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”.

³⁸⁰ “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Ação Anulatória de Assembleia. Impugnação à forma de convocação para assembleia geral extraordinária de sociedade anônima Inexistência de nulidade na convocação de assembleia mediante publicação de anúncios em jornais, em observância à LSA”. (grifo nosso). Apelação nº: 01631446420118260100 SP 0163144-64.2011.8.26.0100. Apelante: Stanislau Ronaldo Paolucci. Apelado:

acionista votar contrariamente aos interesses da companhia³⁸¹, por exemplo, a deliberação tomada ou todo o conclave poderão ser invalidados judicialmente.

Assim, a competência da assembleia geral³⁸² é indelegável por versar sobre matérias consideradas essenciais à vida da companhia.

Nesse caminho, o desrespeito às disposições legais e estatutárias confere aos acionistas o direito de pleitear judicialmente a anulação dessa assembleia irregular – ou da deliberação inválida, visando à defesa da companhia ou proteção do seu interesse particular.

Azevedo e França³⁸³ ensinam os vícios que podem acarretar a anulação de assembleia, subdividindo-os em três espécies:

a) vício da própria assembleia – que pode ter sido irregularmente convocada (ou mesmo, não convocada) ou instalada, por força de violação da lei ou do estatuto, hipótese em que o vício, obviamente, atingirá todas as deliberações que nela forem tomadas;

b) vício das deliberações – nessa hipótese, os vícios dizem respeito às próprias deliberações assembleares, que podem ter sido tomadas, todas ou algumas delas apenas, com violação da lei ou do estatuto;

c) vício de voto – um ou alguns dos votos que concorreram para a formação da deliberação (ou mesmo todos eles, em alguns casos), podem ter sido viciados em razão de erro dolo, fraude, ou simulação (ou, ainda, em virtude da incapacidade dos votantes, ou de violação do disposto nos §§1ºs, do art. 115 e do art. 134, ou no § 2º do art. 228).

Assim a doutrina mais visada defende, embora não esteja expressamente prevista na Lei das Sociedades Anônimas, a possibilidade de anulação da assembleia no todo ou em parte

Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio. Relator: Francisco Loureiro. Data de Julgamento: 03/04/2014 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 04/04/2014.

³⁸¹ “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Ação anulatória de Assembleia. Sociedade anônima. Inexistência de vício quanto ao dever de informação previsto no art. 133 da LSA. Impossibilidade de acionista administrador votar nas deliberações relativas à aprovação de suas contas e ao aumento de sua remuneração, segundo regra prevista nos artigos 115, § 1º e art. 134, § 1º da LSA”. (grifo nosso). Apelação nº: 01631411220118260100 SP 0163141-12.2011.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro. Data de Julgamento: 09/12/2014 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 09/12/2014.

³⁸² Art. 122, da Lei das Sociedades Anônimas: “Compete privativamente à assembléia-geral: I - reformar o estatuto social; II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto no § 1º do art. 59; V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120); VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias; VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata. Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembléia-geral, para manifestar-se sobre a matéria”.

³⁸³ AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, No vaes. **Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.** São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85.

das deliberações dependendo da espécie de vício. Concorde-se plenamente com essa assertiva, pois prestigia a função social da empresa e sua preservação, a anulação de algumas ou todas as matérias colocadas na ordem do dia.

Completando o tema e citando Valverde, Carvalhosa defende que é possível pleitear a anulação das deliberações de assembleia, se comprovado o interesse de agir (prejuízo atual ou futuro), mesmo sem prejuízo financeiro, visando a manter a ordem jurídica. Confira-se³⁸⁴:

A ação anulatória das deliberações da assembleia geral ou especial pressupõe, em regra, a existência de prejuízos delas decorrentes para o autor, acionistas, ou para a sociedade. Todavia, casos haverá em que a ação visará, exclusivamente, a restabelecer a ordem jurídica na sociedade anônima, turbada por uma deliberação violadora da lei, ou dos estatutos. Prejuízo pecuniário atual não existe, mas tão somente a possibilidade de se consolidar uma situação que poderá dificultar a vida da sociedade ou sacrificar o legítimo interesse de seus acionistas.

Conforme previsão contida no art. 286 da Lei das Sociedades Anônimas o prazo de prescrição para anulação da assembleia é de 2 (dois) anos contados da deliberação: “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

O exame das questões envolvendo a legitimidade, prazo de prescrição e pedido dependerá da identificação dos vícios para que seja adequada a utilização da ação judicial.

A ação de anulação representa um valioso instrumento contra atos praticados nas assembleias de sociedades anônimas, que se caracterizem como abusivos à lei ou ao estatuto e principalmente ao interesse da sociedade.

Dessa forma, como mencionado no início deste tópico, tanto a responsabilidade civil quanto a anulação da assembleia eivada de vício são importantes instrumentos para assegurar os direitos e deveres dos envolvidos dentro de uma sociedade³⁸⁵.

Cumpra lembrar que, *mutatis mutandis*³⁸⁶, o mesmo vale para a sociedade de responsabilidade limitada, pois a convocação irregular³⁸⁷ ou o voto abusivo³⁸⁸ podem tanto ser

³⁸⁴ CARVALHOSA, 1998, p. 510.

³⁸⁵ Lembrando-se sempre que é necessário provar o vício da assembleia e/ou o prejuízo para que seja possível anular o conclave ou requer indenização: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Direito Empresarial. Ação declaratória cumulada com pedido de indenização por danos materiais. Autor pleiteia anulação de assembleia da BM&F, regularmente realizada. Questões aprovadas por maioria de votos”. (grifo nosso). Apelação nº: 01840691820108260100 SP 0184069-18.2010.8.26.0100. Apelante: Marcos Bianco Bastos. Apelados: Associação BM&F e BM&F Bovespa S.A. Relator: Teixeira Leite. Data de Julgamento: 15/05/2014 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 20/05/2014.

anulados (prazo prescricional de 2 (dois) anos³⁸⁹) quanto podem gerar a responsabilização civil³⁹⁰ (prazo prescricional de 3 (três) anos³⁹¹) dos envolvidos³⁹².

³⁸⁶ Como já se teve oportunidade de expressar no capítulo III, não se ignoram as diferenças entre as sociedades de responsabilidade limitada e anônima, mas a base de ambas é o contrato plurilateral e a convergência dos interesses visando à preservação da empresa. Por ser a Lei das Sociedades Anônimas mais rica em detalhes, preferiu-se dar mais atenção a essa legislação do que às disposições do Código Civil, mas no fundo a regra é a mesma, não pode haver vício de convocação ou instalação da assembleia ou voto abusivo.

³⁸⁷ “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Ação Anulatória de Assembleia Geral Extraordinária. Sociedade limitada que, por deliberação de 60,38 % do capital social, aprovou a constituição de subsidiária integral Pleito ajuizado por dois sócios minoritários. Alegações que indicam: a) a falta de convocação para a assembleia; b) a ausência de disponibilidade de informações importantes acerca da proposta de constituição da subsidiária integral; c) a irregularidade da elaboração de laudo de avaliação dos bens oferecidos como aporte para a subscrição do capital da subsidiária integral; d) a inobservância do quórum especial de três quartos do capital social legalmente previsto para alteração do objeto social Sentença de procedência Inconformismo de ambas as partes. Acolhimento Ausência de convocação dos autores que foi justificada, em face da existência de discussão judicial acerca de sua condição de sócios. Convocação para a Assembleia Geral Extraordinária realizada em 31 de março de 2006 que ocorreu com relativa antecedência e foi publicada em jornais de grande circulação Acessibilidade de consulta à proposta de constituição da subsidiária integral aos sócios minoritários. Ausência de exigência legal ou contratual no sentido de que é necessário quórum especial de três quartos do capital social para a constituição de subsidiária integral. Observância da função social da empresa e do princípio de preservação desta última”. (grifo nosso). Apelação nº: 17825920088260326 SP 0001782-59.2008.8.26.0326. Relator: Viviani Nicolau. Data de Julgamento: 27/11/2012 - 3ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 29/11/2012. E, “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Reunião de sócios, em que se deliberou a destituição do administrador. Alegação, pelo administrador, de irregularidade na convocação. Superveniência de reunião, agora por ele convocada, em que os sócios detentores de 75% do capital social decidiram novamente pela sua destituição do cargo”. (grifo nosso). Agravo de Instrumento: 1675397420128260000 SP 0167539-74.2012.8.26.0000. Agravante: Javier Ruano Perez. Agravado: Marcio Benvenuti. Relator: Teixeira Leite. Data de Julgamento: 13/11/2012 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 14/11/2012.

³⁸⁸ “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Sociedade Limitada. Assembleia Geral Reunião realizada sem a presença dos sócios minoritários Falta de prova de sua convocação com a antecedência mínima de 15 dias, conforme previsão contratual Improcedência do argumento de que convocação prévia era desnecessária porque deliberações eram verbais, com posterior assinatura das atas, conforme ajustado em 'acordo de acionistas' Ausência de respaldo legal ou contratual para a informalidade noticiada Reuniões imprescindíveis Interpretação contrário senso do art. 1.072, § 3º, do CC Hipótese, ademais, em que reuniões realizadas nos anos anteriores contava com a presença de todos os sócios, inexistindo prova de que tais atas tenham sido assinadas posteriormente a deliberações verbais Prejuízo aos sócios minoritários consistente no tolhimento do direito essencial ao voto sobre matérias importantes (alteração da sede social, aprovação de balanço patrimonial e resultados econômicos, bem como distribuição de lucros) Ressalva de que distribuição de lucro aos sócios minoritários não ilide o prejuízo, uma vez que tal distribuição ocorreu sem prévia aprovação das contas da administração Intenso conflito societário Evidente intuito de alijar sócios minoritários das deliberações sociais - Abuso de direito da sócia majoritária”. (grifo nosso). Apelação nº: 00611514420128260002 SP 0061151-44.2012.8.26.0002. Apelantes: Profacos Importação e Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda e outros. Apelados: Takaeda Pharma Ltda e outros. Relator: Ricardo Negrão. Data de Julgamento: 17/02/2014 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 19/02/2014.

³⁸⁹ Conforme o artigo 1.078, parágrafo 4º, do Código Civil: “Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: [...] § 4º Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente”.

³⁹⁰ “Tribunal de Justiça do Paraná. Direito Empresarial e Processo Civil. Ação Proposta por Sócio `Minoritário'. Pretensão Baseada na Prática de Atos Ilícitos pelos à empresa lesada. Responsabilidade dos Sócios Falecidos”. (grifo nosso). Apelação Cível nº: 742.812-4. Apelantes: Adilson Pedro Pizzato; Altamir José Pizzato e outros. Apelados: Os mesmos. Relator: Lauri Caetano da Silva. Data de Julgamento: 06/07/2011 - 17ª Câmara Cível.

³⁹¹ “Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: [...] b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;”

³⁹² Confira-se Gonçalves Neto sobre o tema na sociedade de responsabilidade limitada: “As deliberações eivadas de vício, não formam a vontade social e, por isso, não vinculam os sócios nem os administradores perante a

A melhor opção prática é a que torna efetiva a possibilidade de se alcançar um resultado satisfatório para a preservação da empresa³⁹³. De nada adianta anular uma assembleia, com base na alegação de existir voto abusivo ou vício de convocação, que decidiu pela venda de determinado produto perecível, se a alienação já se concretizou. A melhor saída será optar pela responsabilidade civil. Por sua vez, a deliberação que aprova distribuição de dividendos acima do mínimo legal ou o aumento de capital social sem justificativa, se anulada com celeridade (ou no mínimo suspensa através de uma medida cautelar ou de uma antecipação de tutela), certamente pode ter mais resultado do que a responsabilidade civil.

Complicada questão é se a demora no ajuizamento da ação judicial (seja de responsabilidade civil, seja de anulação de assembleia) já não é por si só uma conduta abusiva. Certo é que a Lei das Sociedades Anônimas acaba por trazer prazos prescricionais muito elásticos para ajuizamento de uma ou de outra ação, o que não se coaduna com a agilidade esperada hoje no mundo negocial.

Somos da opinião de que fere o princípio da segurança negocial no direito societário a demora, sem justificativa, para o ajuizamento da ação judicial e que isso se reflete diretamente no interesse da sociedade. Como anular um aumento de capital 2 (dois) anos depois da sua ocorrência, recordada porquanto incidente, a morosidade do Judiciário? Não é o padrão de conduta esperado, diligente e prol da sociedade.

Nesses casos, a única opção seria a perseguição da responsabilidade civil, para o que já se recomenda que se julgue a causa de forma temperada, pois o acionista, administrador ou

sociedade. Se o fato ocorrer, não será preciso que o sócio busque a invalidação de uma deliberação que fere seus interesses. Pode ignorá-la; sendo forçado a buscar proteção do Poder Judiciário, não precisará conforme o vício, a nulidade ou anulação da assembleia ou das decisões nela tomadas, sendo-lhe permitido, desde logo, pedir o que lhe competiria em razão da existência de qualquer deliberação a respeito. E, complementa: ‘Infringentes do contrato ou da lei, tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovam. [...] em regra, os sócios são responsáveis solidariamente pelos danos que a deliberação cause a sócio, a terceiro ou à própria sociedade.’ [...] A norma do art. 180, como observa Fábio Tokars, é o corretivo para afastar a abusividade comum no exercício do direito de voto. Por último, o direito de anular as deliberações ilícitas tomadas pela sociedade limitada desaparece em três anos, contados a partir da data do registro da ata ou alteração contratual que contiver a deliberação, por aplicação subsidiária da norma contida no art. 48, parágrafo único, do Código Civil”. GONÇALVES NETO, 2010, p. 379-400.

³⁹³ É comum na prática o requerimento da anulação da assembleia com pedido subsidiário de indenização: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Direito empresarial - Anulatória de Assembleia com pedido subsidiário de indenização - Insurgência quanto à forma de cálculo do título de sócio efetivo patrimonial - Atualização dos títulos dos associados da BM&F desvinculada do patrimônio, em observância a deliberações societárias anteriores à própria admissão do autor em seu quadro associativo, ocorrida em 2002. Inexistência de irregularidades na convocação, precedida, inclusive, por uma pré-convocação, sendo descabido o pedido de anulação da 52ª Assembleia Geral Extraordinária”. (grifo nosso). Apelação nº: 1840830220108260100 SP 0184083-02.2010.8.26.0100. Apelante: Ricardo Lombardi de Barros. Apelados: BM&FBovespa S.A. Bolsa de Valor e outros. Relator: Enio Zuliani. Data de Julgamento: 08/05/2012 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 15/05/2012.

sociedade usufruíram durante o lapso temporal do resultado da assembleia ou da “culpa” ou “dolo” de determinado ato enquanto não ajuizavam ação judicial.

Por fim, vale ressaltar que o acionista pode não comparecer a uma assembleia, comparecer e opinar (direito de voz) ou comparecer e votar. O acionista que tem direito a comparecer, opinar e votar deve fazê-lo para poder ajuizar ação judicial? E o acionista que não possui direito de voto, deve comparecer e opinar para ter legitimidade ativa no ajuizamento da ação?

Em nossa opinião, o acionista pode não comparecer (esta pode até configurar forma de protesto) à assembleia, mas, comparecendo, deve opinar e votar (se puder) contra a matéria abusiva para ter legitimidade no ajuizamento da ação. Não faria sentido comparecer a uma assembleia e não opinar e votar no que lhe incomode e depois buscar satisfação em juízo. Pior ainda seria votar a favor de determinada matéria e depois tentar anulá-la no judiciário (*venire contra factum proprium*)³⁹⁴.

O princípio da segurança negocial no direito societário exige posturas pró-ativas entre todos que participam dos alicerces da sociedade para que seja possível exprimir a manifestação da vontade sem vícios de consentimento.

³⁹⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Anulação de assembleia Alegação de vício de convocação - Interesse de agir do autor verificado, a despeito de ter comparecido em referida assembleia, votando favoravelmente às matérias postas em deliberação. Vício de convocação não verificado. Observância da antecedência mínima prevista no estatuto social da antecessora das rés. Inexistência de exigência de que a matéria da sessão deliberativa em discussão deveria ser decidida em assembleia geral ordinária. Hipótese, ademais, em que o autor compareceu à assembleia, tendo votado favoravelmente às propostas Pretensão anulatória que consiste em afronta ao princípio da boa-fé objetiva, notadamente em sua vertente do ‘venire contra factum proprium’ Pedido subsidiário de condenação das rés no pagamento de indenização correspondente aos danos decorrentes da distribuição abusiva do patrimônio acumulado pela associação”. (grifo nosso). Apelação nº: 01840700320108260100 SP 0184070-03.2010.8.26.0100. Apelante: Alexandre de Fretas Nuzzi. Apelados: BM&F S.A. e outros. Relator: Luiz Antonio de Godoy. Data de Julgamento: 03/02/2015 - 1ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 04/02/2015.

CAPÍTULO VI – A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA SOCIETÁRIA

Neste capítulo serão abordadas quatro decisões que envolvem o direito societário e possuem total relação com a tese defendida neste estudo. A primeira decisão envolve a alienação de participação societária sem, a princípio, abordar o direito de preferência dos demais sócios. Será visto que o acórdão indiretamente recepciona o princípio da segurança negocial harmonizado ao direito societário exatamente na forma proposta nos capítulos anteriores. Já a segunda decisão abarca a relação da sociedade com seu administrador, incluindo os deveres de diligência e lealdade. Não obstante a decisão ser extremamente bem fundamentada, ter-se-á a oportunidade de observar que o resultado em alguns aspectos teria sido diferente se aceitas as bases prescritas nesta tese. A terceira decisão trata da forma como são calculados os haveres do sócio retirante de sociedade limitada, alinhando-se perfeitamente com o ora defendido, pois atenta-se para a relação leal societária entre os sócios e a sociedade no momento do pagamento do reembolso. A última trata da possibilidade de rescisão do vínculo societário entre sócios de sociedade anônima, com ênfase no *affectio societatis*, base da união dos sócios e que, quando quebrada, leva não só a atos de desinteligência entre eles, como também à queda da produtividade da empresa.

Cabe esclarecer que naturalmente não se teve acesso aos processos judiciais e, conseqüentemente, não se analisou a documentação acostada. Por outro lado, as ementas são extremamente ricas em detalhes e tomou-se a liberdade de transcrevê-las integralmente no corpo do trabalho em razão da sua importância.

O formidável, entretanto, é notar que as quatro decisões são praticamente contemporâneas, separadas por meros 4 (quatro) anos, invocam ora renomados professores de direito comercial, ora são embasadas por pareceres encomendados pelas partes para provarem seus pontos, mas todas constituem novas frentes no estudo do direito societário.

Fato é que as decisões discutem as bases das relações societárias e, a partir de suas análises, será possível traçar mais uma vez a melhor interpretação das normas e dos contratos societários, preservando sociedade, sócios e administradores com lealdade.

6.1 Caso Schincariol – venda do controle societário

O caso Schincariol permite a análise da relação societária entre acionistas, o alcance da cláusula de preferência e a melhor interpretação do princípio da segurança negocial no direito societário.

Trata-se de transferência do controle societário supostamente sem observância do direito de preferência do acionista minoritário³⁹⁵, estipulado no Estatuto Social da Schincariol. Pelo que se extrai na leitura do acórdão, o grupo minoritário requereu a nulidade do negócio, com a possibilidade do exercício do direito de preferência, com o depósito futuro do valor justo da participação societária ao grupo majoritário, após a determinação do judiciário da forma de avaliação da sociedade e que ela seja realizada por empresa idônea.

Pela importância do caso, reproduz-se a ementa:

Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Negócio de transferência do controle acionário da controladora pela holding e que violaria direito de preferência estabelecido em benefício dos demais sócios (intuitu personae). Ponderação que obriga entender como mais razoável para as partes e a sociedade a continuidade da transformação social. (grifo nosso). Agravo de Instrumento nº: 2176353020118260000 SP 0217635-30.2011.8.26.0000. Agravante: Alexandre Schincariol. Agravado: Jangadil Participações Ltda. Desembargador Relator Enio Zuliani. Data de Julgamento: 11/10/2011. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 13/10/2011.

Observa-se da análise do caso que certamente é o princípio da segurança negocial no direito societário que define a revogação da liminar e a permissão do registro da cessão de quotas do grupo majoritário. Isso porque o quarteto lealdade, confiança, correção e real vontade das partes não foi desrespeitado pela sociedade *holding* (ré).

³⁹⁵ O artigo 36 da Lei das Sociedades Anônimas possui a seguinte disposição: “Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas”. E ainda outra jurisprudência sobre a possibilidade de restrição das ações: “Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação. Direito Empresarial. Sociedade Anônima de Capital Fechado. Limitação à circulação de ações. Hermenêutica dos artigos 1.057 do CCB e 36 da Lei das Sociedades Anônimas. Sociedade empresária personificada anônima de pessoas: verificação da ‘affectio societatis’. Inexistência de norma estatutária restritiva à circulação das ações da companhia de capital fechado ou definindo regras para exercício de direito de preferência. Impossibilidade de vedação à circulação das ações. Alegação de que a referida empresa, embora tenha sido constituída como uma sociedade anônima, ostenta características de uma sociedade de pessoas, eis que privilegia a figura dos sócios e preserva a affectio societatis. Reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência de que a sociedade anônima pode assumir, de forma excepcional, um caráter pessoal”. (grifo nosso). Apelação nº: 04155308820118190001 RJ 0415530-88.2011.8.19.0001. Apelantes: S.A. Rádio Tupi e outros. Apelados: Os mesmos. Relator: DES. Claudio Luis Braga Dell Orto. Data de Julgamento: 14/01/2015 - Décima Oitava Câmara Cível. Data de Publicação: 16/01/2015.

No capítulo III se teve oportunidade de criticar a disposição contratual “*venda direta ou indireta do controle*”, afirmando que não era plausível clausular todo e qualquer movimento societário, pois é impossível e contrário ao dinamismo próprio da ciência do direito comercial, bem como isso não era necessário frente ao princípio da segurança negocial.

Porém, no caso concreto ora em exame percebe-se que não houve qualquer tentativa de frustrar a lealdade entre as partes.

Assim, concebido que todos os sócios da Schincariol participaram das reuniões com o possível novo controlador, acrescentando-se que uma operação societária dessa envergadura, em atenção aos deveres de diligência dos administradores, é precedida de carta de intenções, auditorias legais, contábeis e econômicas, bem como inúmeras negociações e garantias são outorgadas entre as partes para assinatura dos contratos finais, não é verossímil conceber que os sócios minoritários desconheciam a operação em curso.

Ademais, como uma afronta ao princípio da segurança negocial no direito societário, o ajuizamento de ação judicial um dia após o fechamento da operação, com petição inicial com mais de 105 laudas, comprova que havia um planejamento prévio dos minoritários, uma espécie de abuso no manejo de ação judicial e do poder minoritário, certamente, com o intuito de obter alguma vantagem (a venda de sua participação ou acordo de acionistas mais profícuo, por exemplo) na negociação com os novos controladores, empresa mundialmente famosa e reconhecida.

Mais dois pontos chamam atenção: (i) o autor não depositou o valor da participação societária do réu – observe-se que não parece correto o litígio sem a prova de segurança negocial, com o depósito decorrente da possível compra que se discute³⁹⁶; e (ii) uma sociedade grande e conhecida como a Schincariol não possui em seu estatuto social cláusula

³⁹⁶ Bem aponta o voto: a questão da ausência do depósito deve ser encarada com uma atenção peculiar, porquanto sempre que o legislador admite a preferência, exige o depósito como requisito de procedibilidade da preempção, conforme art. 504, do CC: “Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência”. O próprio art. 515, do CC, estabelece: “Aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado”, sendo que o art. 33, da Lei do Inquilinato (n. 8245/91) também informa o seguinte: “O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos, ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Registro de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel”. O art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra (Lei 4504/64) garante a preferência ao arrendatário na aquisição do imóvel arrendado, desde que deposite o preço.

que disponha a forma de avaliação da ação³⁹⁷ e, conseqüentemente, a companhia, sempre lembrando que há um *plus* no valor das ações que fazem parte do bloco de controle, se a tivesse, poderia ter sido outro o desfecho do conflito.

Por fim, o acórdão acaba por corroborar a tese aqui defendida, pois como destacado no capítulo anterior, o padrão de conduta dos sócios deve estar atrelado à preservação da empresa, o que é justamente prestigiado. Confira-se parte do voto:

A liminar, a pretexto de salvaguardar um discutível direito de preferência (teórico) e que pretende ser exercido sem o seu mais acentuado componente de seriedade e disposição de adquirir as ações transmitidas (depósito do valor), construiu uma situação que favorece, única e exclusivamente, os interesses dos minoritários, constituindo um perigo para a instituição e para a segurança do negócio jurídico concretizado. O impasse provocado pela decisão em reexame poderá paralisar a administração, diante de não ser instantânea e ou natural a irreversibilidade de negócio envolvendo quantia vultosa, o que desestrutura a potencialidade administrativa, com inegável prejuízo para o desenvolvimento do objetivo social, prejudicando a sociedade e os contratantes. Isso significa que o juízo de ponderação que é necessário realizar na análise do cabimento da liminar acusa não ser razoável estagnar os planos sociais e das partes envolvidas para proteger um eventual direito de preferência que não foi exercido (total ou parcial) mediante depósito do preço. (grifo nosso).

Dessa forma, tendo sido prestigiada a preservação da atividade econômica e a função social da empresa, percebido que não houve violação ao princípio da segurança negocial no direito societário, pois não faltou lealdade, foi expressa a real intenção do vendedor e houve transparência na celebração do negócio jurídico, o acórdão foi impecável.

6.2 Caso Caninha 51

O caso da Caninha 51 é interessante sob o ponto de vista societário no que diz respeito à relação da sociedade com seus administradores. Como já se teve oportunidade de explicar, os administradores são, na sociedade anônima, denominados diretores, e são, pela teoria mais moderna aceita pela doutrina, um órgão da sociedade. É através deles que a sociedade se obriga e, como é natural, os diretores devem agir com diligência e lealdade, sempre buscando a melhor forma possível de atingir o objeto social da sociedade.

³⁹⁷ Ainda o voto, citando Barbi Filho: “Causa espécie não determinar o estatuto da Schincariol o critério de aferição do valor para exercício do direito de preferência, tendo em conta que essa é uma opinião comum ou ainda como lembra o autor ao comentar a opção de compra de ações: “Com relação especificamente ao preço, da mesma forma que no acordo de preferência, é admissível e conveniente a prefixação do critério de sua apuração, através, v.g., da cotação de bolsa, valor nominal, patrimonial etc.” BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 121.

Ainda, o artigo 154, da Lei das Sociedades Anônimas é claro no sentido de que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para a consecução das atividades empresárias. Confira-se: “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Assim, o administrador que age em conformidade com os preceitos da ciência da administração, com diligência e lealdade, cumprindo o estabelecido pelo estatuto social, acordo de acionista (quotista) e a Lei, não pode ser réu em ação de indenização.

O problema é quando o administrador extrapola seus deveres e direitos e, utilizando os seus poderes estatutários, obriga a sociedade a cumprir obrigação que em nada vai contribuir para a consecução do seu objeto social. Seja pela culpa (negligência, imprudência ou imperícia), seja pelo dolo (a intenção de prejudicar), deverá o administrador indenizar a companhia pelos prejuízos causados.

É nesse caminho que assinala Coelho³⁹⁸:

O administrador não é responsável pelas obrigações assumidas pela companhia por ato regular de gestão, mas responderá por ato ilícito seu, pelos prejuízos que causar, com culpa ou dolo, ainda que dentro de suas atribuições ou poderes, ou com violação da lei ou estatuto. É o que proclama o artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas. A companhia pode promover responsabilização judicial de seu administrador, por prejuízo que este tenha lhe causado, mediante prévia deliberação da assembléia extraordinária. Em qualquer caso, o administrador será destituído, nos termos estatutários.

Completa o pensamento Campinho³⁹⁹, ao dispor sobre a responsabilidade do administrador:

Impõe-se-lhe (ao administrador) exercer suas atribuições e poderes, conferidos por lei ou pelo contrato, sempre no interesse da sociedade, direcionando-a para realização do seu fim, do seu objeto social. Não pode, pois o administrador praticar atos de liberalidade à custa da sociedade, tomar por empréstimo, sem consentimento expresso de todos os sócios, recursos ou bens da pessoa jurídica, ou usar, em proveito próprio ou de terceiros, seus bens, serviços ou créditos [...] Portanto, sempre que descumprir desses deveres e, em razão disso, a sociedade vier a sofrer danos, ficará o administrador responsável pela devida reparação. Responderá por culpa no desempenho de suas funções. Ficarà obrigado a reparar o dano causado à sociedade ou a terceiros quando verificado ato irregular de gestão ou proceder com violação da lei ou do contrato social (artigos 1.016 do Código Civil e 158 da Lei 6.404/76). [...] É expressa a regra do inciso III, do parágrafo único, do seu artigo

³⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014d. p. 245.

³⁹⁹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247; 257; 258.

1.015: tratando-se o negócio jurídico de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade, o excesso do administrador poderá ser oposto ao terceiro, que fica, assim, obrigado a verificar, perante a Junta Comercial, o objeto declarado no contrato social, antes de negociar com a sociedade, sob a pena de o ato firmado ser inimputável à pessoa jurídica, quando efetivamente extrapolar os limites de seu objeto.

Na decisão do caso da Caninha 51, a seguir transcrita a ementa, serão destacados três principais pontos: (i) teoria dos atos *ultra vires*⁴⁰⁰; (ii) responsabilidade interna corporis do administrador; e (iii) se houve ou não retorno financeiro para a companhia.

Isso porque o diretor de *marketing*, herdeiro do fundador da sociedade, investiu verbas da companhia em ações de propaganda e *marketing* na SPFW, em contratos celebrados com a Campari Itália S.P.A, viagens e festas internacionais de promoção da Caninha 51, bem como contratos de publicidade celebrados com as agências de publicidade África São Paulo Ltda. e 3P Comunicações Ltda.

O acórdão foi claro no sentido de que não houve retorno para a companhia e fugiam de seu objeto social os três primeiros fatos levantados, consignando que deveria o diretor indenizar a companhia pelos prejuízos causados; quanto aos contratos celebrados com as agências de publicidade África e 3P, houve retorno financeiro e mercadológico para a Caninha 51 e, assim, não havia que prosperar direito à indenização à companhia advinda do diretor, sob pena de enriquecimento indevido daquela.

Pela relevância, transcreve-se a ementa:

⁴⁰⁰ Bugarelli explica: “A doutrina *ultra vires* só apareceu tarde no direito inglês; no início do Século XVII, uma decisão afirmava – ao contrário pois da doutrina atual – que a pessoa jurídica (uma sociedade criada por Carta Real) possuía capacidade igual à de uma pessoa física, na medida em que ela pudesse materialmente exercer seus atributos. Também não se desenvolveu a doutrina em relação à sociedade em nome coletivo (*partnership*) pois pelo menos o sócio que excedia os seus poderes ficava responsável. Ela só apareceu com a sociedade moderna na qual a responsabilidade dos sócios é limitada e em que a responsabilidade jurídica resulta de um simples registro. É em 1885 que se afirma – com base numa doutrina bem concebida – que uma sociedade constituída para um objetivo determinado não pode dispor de seus fundos para outro objetivo, por mais desejáveis que possa parecer. [...] Como [nos Estados Unidos], se o ato for considerado ‘*ultra vires*’, os administradores respondem pessoalmente, ‘eles preferem se limitar a prática estrita daqueles atos a que estão autorizados. Quando [eles] têm dúvida sobre a natureza de um determinado ato, solicitam ao acionista – para quem a ‘*ultra vires*’ foi concebida – a autorização para realizá-lo. [...] Não cuidou a lei dos efeitos do ato ‘*ultra vires*’. Apenas responsabilizou os administradores pelos atos praticados ‘com violação da lei ou do estatuto’. Sobre a validade desses atos silenciou. [...] Contudo, a jurisprudência admite a eficácia dos atos ‘*ultra vires*’ em relação à sociedade anônima, ressalvado ação de regresso em face do diretor.” BULGARELLI, Waldirio. A teoria “*ultra vires*” societatis perante a Lei das Sociedades por Ações. **Revista Forense**, v. 273, p. 75, jan./mar. 1981. E, ainda, Tepedino: “A teoria ‘*ultra vires*’ ‘originada no direito inglês, objetiva [...] evitar o desvio de finalidade nos atos dos administradores, a preservar os interesses e capitais investidos pelos sócios’. [...] A definição do objetivo social encontra-se no cerne desta teoria, delimitando-se a partir daí os atos considerados *ultra vires*. Em razão desta relevância, impõe-se à sociedade o dever de descrever de modo preciso e completo as atividades (gênero e objeto) por ela desempenhadas”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa; MORAES, Maria. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3, p. 100.

Superior Tribunal de Justiça. Direito Empresarial. Responsabilidade Civil. Sociedade Anônima. Diretoria - Atos Praticados com Excesso de Poder e Fora do Objeto Social da Companhia (Atos Ultra Vires). Responsabilidade Interna Corporis do Administrador. Ônus que cabia ao diretor que exorbitou de seus poderes. Atos de má gestão. Os atos praticados com excesso de poder ou desvio estatutário não guardam relação com a problemática da eficiência da gestão, mas sim com o alcance do poder de representação e, por consequência, com os limites e possibilidades de submissão da pessoa jurídica - externa e internamente. Com efeito, se no âmbito externo os vícios de representação podem não ser aptos a desobrigar a companhia para com terceiros - isso por apreço à boa-fé, aparência e tráfego empresarial -, no âmbito interno fazem romper o nexo de imputação do ato à sociedade empresarial. Vale dizer, com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, eventuais acréscimos patrimoniais à pessoa jurídica constituem fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, os quais devem ser provados pelo réu (art. 333, inciso II, CPC). 6. Assim, no âmbito societário, o diretor que exorbita de seus poderes age por conta e risco, de modo que, se porventura os benefícios experimentados pela empresa forem de difícil ou impossível mensuração, haverá ele de responder integralmente pelo ato, sem possibilidade de eventual “compensação”. Tendo o acórdão recorrido assentado peremptoriamente que as festas promovidas pelo diretor em nome da companhia eram estranhas ao objeto social, tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 1349233 SP 2012/0113956-5. Recorrente: Luis Augusto Muller. Recorrido: Benedito Augusto Muller. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 06/11/2014 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 05/02/2015.

Em nossa opinião, a teoria ultra vires está sendo interpretada pelos tribunais de forma muito rígida, pois qualquer obrigação assumida pela companhia através de seu diretor já rende à companhia a necessidade de cumprimento da obrigação⁴⁰¹.

A argumentação do acórdão analisado é sempre no sentido da boa-fé, manutenção do tráfego comercial e que internamente deve o administrador ser punido. Não se pode concordar com essa visão. A boa-fé e a manutenção do tráfego comercial devem ser invocados com

⁴⁰¹ “Superior Tribunal de Justiça. Direito Empresarial. Negócio Jurídico Celebrado por Gerente de Sociedade Anônima. Ausência de Poderes. Limitação Estatutária. Matéria, em princípio, Interna Corporis. Terceiro de Boa-fé. Teoria da Aparência. No caso em exame, debatem as partes em torno de aditivo que apenas estabeleceu nova forma de reajuste do contrato original - em relação ao qual não se discute a validade -, circunstância a revelar que o negócio jurídico levado a efeito pelo então Gerente de Suprimentos, que é acessório, possui a mesma natureza do principal - prestação de serviços -, o qual, a toda evidência, poderia ser celebrado pela sociedade recorrente por se tratar de ato que se conforma com seu objeto social. As limitações estatutárias ao exercício de atos por parte da Diretoria da Sociedade Anônima, em princípio, são, de fato, matéria interna corporis, inoponíveis a terceiros de boa fé que com a sociedade venham a contratar. Por outro lado, a adequada representação da pessoa jurídica e a boa-fé do terceiro contratante devem ser somadas ao fato de ter ou não a sociedade praticado o ato nos limites do seu objeto social, por intermédio de pessoa que ostentava ao menos aparência de poder. Aplicação da teoria da aparência”. (grifo nosso). Recurso Especial: 887277 SC 2006/0200405-7. Recorrente: Portobello S.A. Recorrido: Empreiteira de Mão de Obra Albanaz Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 04/11/2010 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 09/11/2010. E, ainda: “Tribunal de Justiça de São Paulo. Empresarial. Assinatura por somente um dos diretores da empresa executada. Contrato social que prevê a necessidade de dois. Validade. Responsabilidade da empresa Apelante pelo cumprimento das obrigações assumidas por sua sócia perante terceiros de boa-fé, no interesse da sociedade, ainda que estivesse caracterizado o excesso de mandato”. (grifo nosso). Apelação nº: 91484285320098260000 SP 9148428-53.2009.8.26.0000. Apelantes: Cia. Davox de Caminhões S.A. e Outros. Apelado: Banco Bradesco S.A. Relator: Tasso Duarte de Melo. Data de Julgamento: 17/04/2013, 12ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 18/04/2013.

parcimônia após análise cuidadosa dos fatos, o que inclui a envergadura das partes e o tipo de negócio que está sendo celebrado.

No caso da Caninha 51, os valores dos contratos firmados com agências de publicidade estavam acima da alçada do diretor e herdeiro da companhia, grande e reconhecida no mercado. Por sua vez, as agências de publicidade são de alto renome, reconhecidas, quiçá, internacionalmente⁴⁰².

Não é difícil supor que ambas contaram com experientes profissionais para a discussão do projeto de propaganda e seus reflexos, como também corpo jurídico para análise dos contratos, o que, diga-se de passagem, aumentou ainda mais os gastos para a companhia, já não permitidos pelo estatuto social. Se não o fizerem, faltam com o dever de diligência.

Nesse sentido, a opinião de Carvalhosa⁴⁰³:

Para os atos de administração ordinária, isto é, aqueles que constituem a atividade empresarial da companhia, deve prevalecer a teoria da aparência, de modo a ser válido o ato, obrigando a sociedade, pois não se pode presumir que terceiros contratantes de boa-fé irão examinar os estatutos e as atas de eleição dos diretores. Já para os atos de administração extraordinária, para os quais é exigida específica autorização da assembleia geral ou do conselho de administração, não prevalecerá a teoria da aparência, mas sim o princípio da publicidade, não sendo o ato válido contra a companhia, pois é exigível que o terceiro contratante tome as mínimas cautelas devidas antes da celebração do negócio.

Nesse passo, duas são as consequências. Uma delas é que as agências de publicidade deveriam indenizar a Caninha 51 pela propaganda realizada. Como é vedado o enriquecimento indevido, mas, ao mesmo tempo, houve um dano – outras propagandas poderiam ter sido feitas e além do mais tudo que é veiculado em rede de televisão (argumento vazio) acaba por se ter algum retorno, mesmo que mínimo mercadológico. Lesado nesse ponto o princípio da segurança negocial, pois faltou lealdade, real intenção e transparência na celebração do negócio jurídico. A outra é que o administrador, mesmo que tenha existido

⁴⁰² Não é o caso do descrito por Barbi Filho e Eizirik, certamente se referindo a atos de não tanta envergadura: “[...] embora o estatuto social devidamente registrado tenha presunção de publicidade, a dinâmica da vida comercial não permite que, a todo momento, o empresário esteja examinando os estatutos das empresas com as quais contrata, para verificar se está ou não havendo exorbitância de poderes por parte dos administradores.” BARBI FILHO, Celso. Apontamentos sobre a teoria “ultra vires” no direito societário brasileiro. **Revista Forense**, ano 85, v. 305, p. 23-28, jan./mar. 1989. E, “A teoria ultra vires foi se revelando inadequada, eis que há grande dificuldade de se estabelecer com precisão critérios de pertinência de determinados atos ao objeto social previsto no estatuto, pois, o objeto social é definido em função da atividade empresarial, não de atos isolados, por vezes instrumentais.” EIZIRIK, Nelson. **A Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2, p. 308.

⁴⁰³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 178-179.

retorno para a companhia, deveria indenizar a Caninha 51 pela celebração de contrato fora de seu poder. A saída tangencial do Ministro Luis Felipe Salomão, invocando que não houve prejuízo à companhia, é de veras subjetiva e não pune o comportamento oportunista do diretor, o abuso de direito e, lógico, não prestigia o padrão comportamental esperado do homem de negócios.

Seguindo o raciocínio do voto, abrem-se precedentes para a quebra da confiança interna corporis e a repetição de atos exorbitantes ou falta do dever de diligência, lealdade ou de informar sempre que, até por sorte, o ato danoso transformar-se em ato frutífero.

Considerando que houve proveito, diga-se, novamente, imensurável e subjetivo, para a companhia do projeto de propaganda elaborado pelas agências de publicidade e tendo em vista a proibição do enriquecimento indevido, mas, por outro lado, sabendo das proibições estatutárias para a assinatura dos contratos, uma indenização que parece justa seria o diretor e as agências de publicidade indenizarem, solidariamente, a companhia no valor gasto a mais da alçada permitida no estatuto social pelo diretor.

Dessa forma, como se defende nesta tese, o princípio da segurança negocial deve ser estudado com íntima relação com o princípio da preservação da empresa (sua atividade), não há o que se falar em benefícios genéricos à sociedade. A Caninha 51 para sua preservação planejava, queria e obrigava a assinatura de mais de um administrador e/ou aprovação de seus sócios para se comprometer em contratos acima de determinada alçada.

O mesmo caso poderia ter desfecho diferente se não se estivesse falando de grandes agências de publicidade. É notório que pequenas empresas nem sempre possuem *know how* para negociar com grandes companhias ou não podem arcar com os custos de consultores e advogados. Provado que este era o caso a partir da análise dos fatos, somente o diretor deveria recompensar a sociedade pela exorbitância dos poderes.

Como se percebeu após os comentários expostos, o princípio da segurança negocial no direito societário acaba por reconhecer por outro ângulo o acerto na decisão ou a necessidade de reformá-la, mas, como se disse no início desta tese, o mais importante é que seja analisada caso a caso a real intenção das partes para que não haja a interpretação deturpada e nebulosa de documentos societários ou da Lei para burlar direitos e obrigações assumidos com boa-fé pelas partes.

6.3 Caso Semp Toshiba

O caso Semp Toshiba possui especial relevância por três motivos: (i) é a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da apuração de haveres e seu critério de avaliação; (ii) é o único neste capítulo que trata de sociedade de responsabilidade limitada; (iii) discute a vinculação do princípio da autonomia privada e a necessidade ou não de se submeter à cláusula contratual.

É isso que decorre da análise dos votos conferidos pelos ministros, destacando-se em especial os critérios para apuração de haveres – se é possível ou não a utilização do método do fluxo de caixa descontado a valor presente, permitindo-se, assim, que a sociedade não fosse avaliada como dissolução total, mas sim como dissolução parcial.

Pela importância, confira-se a ementa:

Superior Tribunal de Justiça. Direito Empresarial. Dissolução Parcial de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. 1. Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado. 2. Em caso de dissenso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa. 3. O fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 1335619 SP 2011/0266256-3. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Data de Julgamento: 03/03/2015 – Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 27/03/2015.

À primeira indagação realizada, se os sócios vinculam-se ao combinado no contrato social, parece que a decisão foi acertada, mas a justificativa, data venia, poderia ter sido melhor explorada, sob pena de ofensa ao *standard* de conduta e transparência defendido nesta tese para os envolvidos com a empresa.

Se as cláusulas do contrato social não vão ser cumpridas, como parece fazer crer a leitura do acórdão, não haveria motivo, no extremo, para discuti-las e elaborá-las. Cairia por terra em decorrência desse entendimento o princípio basilar do direito comercial que é a autonomia privada. Mais: se a sujeição e não submissão às regras contratuais não valem ou podem ser facilmente alteradas, por que se preocupar com as decisões das maiorias? Haveria, assim, lesão ao princípio majoritário.

Porém, não é exatamente esse o caso dos autos. A cláusula contratual não era clara na forma de cálculo dos haveres, deixando a critério do juiz e do perito a melhor forma de avaliação.

Vale fazer um parêntese: na prática societária, tal ponto é muitas vezes discutido e posto em acordo de quotistas ou no contrato social para não incentivar o sócio a sair da sociedade. Já se teve oportunidade de defender essa posição⁴⁰⁴:

Por fim, não poderíamos deixar de ressaltar que a grande discussão, doutrinária e jurisprudencial poderia ser mitigada através de cláusula no contrato social ou acordo de quotistas estabelecendo as regras de cálculo e a data base para cada hipótese de retirada do sócio, prestigiando a autonomia da vontade que levou a constituição da sociedade.

Nesse passo, existindo uma cláusula patológica, que não indique a forma de cálculo dos haveres, inclusive sua data base de apuração, certo que poderá haver intervenção do juiz para escolher a mais justa. No caso de sociedades empresárias operantes, parece que a mais correta é a do fluxo de caixa descontado a valor presente. Já se fosse uma *holding* patrimonial, o valor patrimonial com base nos ativos a valor real seria plenamente justo.

Seria essa a interpretação à frente do princípio da segurança negocial no direito societário, que como já se asseverou, visa à lealdade entre as partes e a sociedade, agindo todos os envolvidos como o esperado, perseguindo um comportamento correto, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade, sempre resguardado a preservação da empresa?

Sim, pois é necessário entender que não seguir o combinado no contrato social não traz segurança ao tráfego comercial, não é o esperado pelas partes e, certamente, traz um vício no consentimento. Já a empresa nem existiria sem que as partes confiassem reciprocamente nelas, o que se dizer, exercer uma atividade.

Quanto ao cálculo, é necessário relembrar que os haveres são apurados através do balanço de determinação, que possui como único objetivo técnico o cálculo do valor devido ao sócio pela sua saída. Ele pode ser apurado através de balanço patrimonial, que avaliará o

⁴⁰⁴ BUSHATSKY, Daniel. Apuração de haveres na sociedade limitada. In: MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes jurisprudenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 642.

ativo e o passivo a valor real⁴⁰⁵, ou, também, por meio do fluxo de caixa descontado a valor presente.

Essa última opção somente pode ser levantada na hipótese de se presumir o óbvio: a sociedade não se extinguirá, pelo contrário, continuará operando normalmente.

Vejam-se os ensinamentos de Coelho⁴⁰⁶:

A apuração de haveres, em outras palavras, é a simulação da dissolução total da sociedade. Por meio de levantamento contábil, que reavalia, a valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social, e da consideração do passivo da sociedade, projeta-se quanto seria o acervo remanescente caso a sociedade limitada fosse, naquele momento, dissolvida. Definido o patrimônio líquido da limitada, na data da dissolução parcial, o reembolso será a parcela deste, proporcional à quota do capital social do sócio desligado ou falecido. Se, por exemplo, o retirante tinha 20% do capital da limitada, e apurou-se o patrimônio líquido de R\$ 300.000,00, o seu crédito, em reembolso da quota, será de R\$ 60.000,00. O pagamento do reembolso deve ser feito em dinheiro no prazo de 90 dias seguintes ao evento que deu ensejo à dissolução parcial, a menos que o contrato social contemple cláusula estipulando outras condições, como prazo inferior, superior ou parcelamento. Sempre que, antes do pagamento, a situação patrimonial da sociedade sofrer oscilação que a impeça de atender ao crédito do antigo sócio, os que nela permaneceram respondem, como obrigados subsidiários, pelo valor a pagar. Isto porque, uma vez desfeito o vínculo societário, o sócio em relação ao qual a sociedade foi dissolvida (ou o sucessor do sócio morto) não pode beneficiar-se dos sucessos posteriores, nem ser prejudicado pelos insucessos. Em contrapartida, os sócios que permanecem são beneficiados pelos progressos da sociedade seguintes à dissolução parcial, e devem garantir o reembolso ao antigo parceiro, na situação inversa. São obrigações implícitas do contrato de formação de sociedade empresária.

Por outro lado, Marcus Elidius Michelli de Almeida⁴⁰⁷ explica:

Não é possível querer avaliar uma sociedade que está em pleno funcionamento como se estivesse sendo liquidada, pois nos parece óbvio que o valor de uma sociedade, que gera riquezas e está ativa no mercado, é bem diferente daquela que está sendo liquidada, vendendo o seu patrimônio e não o seu negócio.

⁴⁰⁵ **“Já no balanço de determinação, além da atualização dos fatos contábeis verificados entre a data do encerramento do último exercício e a data do seu levantamento, alteram-se os critérios de avaliação e apropriação dos bens do ativo e passivo, de sorte a contabilizá-los a valor de saída ('valor de mercado'). Em suma, no balanço de determinação, é feita uma simulação da realização de todos os bens do ativo e da satisfação do passivo social, para mensurar quanto seria o acervo líquido da sociedade, caso ela fosse totalmente dissolvida e liquidada naquela data. A simulação da realização do ativo e da satisfação do passivo pressupõe afastar-se o princípio do 'custo como base de valor', consagrado pelas boas técnicas de contabilidade, e reavaliarem-se os elementos do ativo para os apropriar pelo 'valor de saída' (valor de mercado). O balanço de determinação é, bem vistas as coisas, um instrumento contábil desenvolvido exclusivamente para atender à jurisprudência dominante sobre apuração de haveres. Não tem outra serventia senão dar cumprimento às decisões judiciais que decretam a dissolução parcial de sociedade limitada, em que o contrato social é omisso relativamente ao cálculo do reembolso. A própria expressão - balanço de determinação - é criação da doutrina jurídica, e não da teoria da contabilidade”.** (grifo nosso). COELHO, Fábio Ulhoa. O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 67-68.

⁴⁰⁶ COELHO, 2014c, p. 505.

⁴⁰⁷ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, 2012, p. 544.

Mais uma vez, é necessário saber se o princípio da segurança negocial no direito societário teria outra solução para o caso. Pensa-se que não.

Em uma rápida análise poderia se sugerir que a sociedade e sua preservação não estariam protegidas se houvesse um desinvestimento maior por ela, pelo valor apurado através do fluxo de caixa. Porém, nesse ponto, veja-se o salientado pela Ministra Nancy Andrighi, em seu voto:

Por outro lado, não se pode esquecer que o cálculo do fluxo de caixa descontado apresenta resultados futuros trazidos a **valor presente**, mediante aplicação de uma **taxa de desconto** que contempla o custo de oportunidade do capital empregado na remuneração das quotas sociais. Dessarte, sofrendo a mais valia futura **redução** a um valor presente, com base em um **fator de risco**, a rigor não se pode falar em participação do sócio dissidente nos lucros futuros da empresa. (grifo da autora).

Outro ponto crucial nessa questão, trazida por Marcus Elidius Micheli de Almeida⁴⁰⁸, citado no voto do Ministro João Otávio de Noronha, é a justiça que deve existir no pagamento do sócio retirante:

Quanto ao uso da metodologia do fluxo de caixa descontado, trago a lume as considerações do Professor Marcus Elidius Michelli de Almeida registradas no artigo *Sociedade Limitada: causas de dissolução parcial e apuração de haveres*, em que o articulista não só defende a utilização do referido método como o mais justo para definir o valor devido ao sócio retirante mas também corrobora o entendimento adotado pela eminente relatora de que tal critério pode perfeitamente se compatibilizar com o levantamento de balanço de determinação. Confira-se: É inegável que a empresa possui um valor de mercado deveras superior ao que consegue obter numa simples análise contábil como se dissolução total fosse. A propósito, é oportuna a manifestação de Rocco, quando menciona que a partir do momento em que a organização dos vários elementos da produção atinge um certo grau de eficiência, o valor do complexo organizado é superior ao da soma dos diferentes elementos que o compõem. A apuração deve ser sempre da forma mais ampla possível, levando em conta o fundo de comércio, os bens corpóreos e incorpóreos, o *goodwill* da empresa. Justamente por tais motivos é que afirmamos que o critério de avaliação dos haveres deve ser melhor estudado, a fim de não trazer distorções, injustiças e verdadeiro enriquecimento sem causa, para um ou para outro sócio. No nosso entender, é necessário que o aplicador da lei, seja ele juiz, advogado, árbitro ou perito, volte os olhos para outros critérios de avaliação que representem o valor real e justo da sociedade, que muitas vezes pode ser apurado pelo critério de avaliação de empresa com base no fluxo de caixa descontado trazido a valor presente. É cristalino, em toda a literatura contábil e econômica, que o critério de fluxo de caixa descontado é hoje o melhor método para encontrar o valor da empresa, sendo uma tecnologia científica contábil.

Prossegue:

O entendimento de que o fluxo de caixa pode ser utilizado para a apuração dos haveres parece-nos acertado, tendo em vista que esse método aponta o valor do ativo da empresa, que é um dos elementos do balanço de determinação, e tem por finalidade apurar o valor da empresa da forma mais justa possível, conforme bem

⁴⁰⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, 2012, p. 551-552.

aponta Martins: Na elaboração do balanço de determinação, o perito deve buscar um valor econômico justo para a empresa avaliada; em decorrência disto é possível a aplicação do balanço de determinação juntamente com o fluxo de caixa descontado, método amplamente utilizado em negociações de fusão e aquisições, que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa. A tarefa mais complexa para o perito avaliador é determinar o valor do goodwill não adquirido, que será evidenciado no balanço de determinação, que pode ser apurado via fluxo de caixa descontado, que apura o valor da empresa de forma global, refletindo o valor dos intangíveis, que contribuíram para a geração de lucros e fluxos de caixa futuros⁴⁰⁹.

A justiça ao sócio retirante deve também ser sopesada com a vedação pelo ordenamento jurídico brasileiro do enriquecimento indevido. Não pagar o justo significa o aumento patrimonial ou da sociedade e, conseqüentemente, os sócios remanescentes ou dos sócios retirantes. Também já se teve oportunidade de falar sobre o tema⁴¹⁰:

Não obstante a posição do STJ quanto ao cálculo dos haveres, para se evitar o enriquecimento indevido do sócio retirante ou dos sócios remanescentes, deve-se chegar ao valor justo das quotas, que somente poderia ser, em nossa opinião, o valor a ser pago em caso de venda da sociedade, até porque a sociedade continuará a existir. Ou seja, não se tomaria somente o valor da sociedade liquidada, perseguindo-se o valor da sociedade em sua possibilidade de sobrevivência, abatido o eventual na operação de retirada do sócio (o que não pode ser confundido com o quantum a pagar na retirada do sócio).

Assim, a preservação da empresa não pode ser a qualquer custo, diminuindo o valor investido (tempo, capital, expectativas etc.) pelos sócios. Não seria leal, correto e muito menos a expectativa do sócio retirante, existindo patente ofensa/vício na manifestação da vontade caso se entenda que a sociedade não deve pagar o valor econômico atribuído à participação societária ao sócio.

Corroborar esse entendimento, citando a boa-fé objetiva, um dos alicerces do princípio da segurança negocial, ainda lembrando que o laudo pericial poderia ser contestado tendo em vista o princípio do contraditório e da ampla defesa, o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Chamou-me especialmente a atenção a nota técnica do Professor Modesto Carvalhosa em que é feita uma análise minuciosa acerca da questão em debate. Embora a análise seja feita na perspectiva ainda do art. 15 do Decreto n. 3.708/19, é examinada a possibilidade de utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, demonstrando estar em consonância não apenas com a nossa jurisprudência, mas também com os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, devidamente positivados no Código Civil de 2002. Eventuais incertezas, conforme bem ponderado pelo Ministro Villas Bôas Cueva, podem acontecer. Entretanto, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, elas podem ser identificadas e superadas. O importante é que a metodologia do fluxo de

⁴⁰⁹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, 2012, p. 552.

⁴¹⁰ BUSHATSKY, 2014, p. 642.

caixa descontado é a mais justa para aferição do montante efetivo a que tem direito o sócio retirante na dissolução parcial de uma sociedade limitada.

Por fim, com base na preservação da empresa e se não houver disposição contratual sobre o tema (autonomia privada), não seria leal, correto e muito menos a expectativa dos sócios remanescentes que a sociedade ficasse totalmente descapitalizada para o adimplemento dos haveres. Nesse caso, invocando o padrão de conduta esperado às partes, bem como o interesse primário da sociedade, haveria a possibilidade de realizar um parcelamento razoável para preservar a empresa.

6.4 Caso da dissolução parcial da sociedade anônima

No capítulo IV teve-se a oportunidade de afirmar que não obstante a diferença na formação do vínculo societário da sociedade limitada e sociedade anônima, marcada a primeira pela instabilidade dos laços sociais, pois facilmente era possível manejar o direito de recesso e com não tanta dificuldade o direito de retirar; e a segunda sendo marcada pela estabilidade social e, portanto, impossível a retirada e restritos os casos de recesso. Afirmou-se, também, que tipo societário da sociedade limitada tendia a valorizar mais as pessoas e a união destas para a consecução do fim social e a sociedade anônima tendia a ser mais capitalista, com menor importância para a relação entre os sócios.

Por sua vez, no caso ora estudado, ficou clara a possibilidade de dissolução parcial da sociedade limitada, com base no princípio da preservação da empresa e sua função social.

Já neste item, abordar-se-á a dissolução parcial da sociedade anônima fechada. Observe-se que as esmagadoras decisões são relativas à dissolução parcial da sociedade limitada, justamente porque a grande razão é a quebra do *affectio societatis*, traduzido como a vontade dos sócios para a consecução do fim comum⁴¹¹.

⁴¹¹ “Superior Tribunal de Justiça. Direito Comercial. Sociedade por cotas de Responsabilidade Limitada – Fim da *Affectio Societatis*. Dissolução Parcial. A *affectio societatis*, elemento específico do contrato de sociedade comercial, caracteriza-se como uma vontade de união e aceitação das áleas comuns do negócio. Quando este elemento não mais existe em relação a algum dos sócios, causando a impossibilidade da consecução do fim social, plenamente possível a dissolução parcial, com fundamento no art. 336, I, do CCO, permitindo a continuação da sociedade com relação aos sócios remanescentes”. Agravo Regimental no Agravo: 90995 RS 1995/0060119-2. Relator: MIN. Cláudio Santos. Data de Julgamento: 05/03/1996 – Terceira Turma. Data de Publicação: DJ 15/04/1996 p. 11531. Também nesse sentido: RESP 60823-SP, RelMin. Waldemar Zveiter; RESP 65439-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e RESP 38160-SP, Rel. Min Waldemar Zveiter.

Fran Martins define a “*affectio societatis*” como sendo “o desejo de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social⁴¹²”. Requião⁴¹³ afirma que o seu conceito está abarcado pelo Código Comercial Brasileiro “quando enumera, no artigo 305⁴¹⁴, os fatos aparentes que exteriorizam a intenção de formar a sociedade”.

No acórdão a seguir, sócios majoritários, de sociedade anônima familiar, ajuizaram ação de exclusão dos sócios minoritários com fundamento na quebra do *affectio societatis*. Confira-se:

Superior Tribunal de Justiça. Comercial, Sociedade Anônima Fechada – Cunho Familiar. Quebra da *Affectio Societatis*. Dissolução Parcial. Pedido Formulado por Acionistas Majoritários. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade *intuitu personae* com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 1128431 SP 2009/0048836-8. Recorrente: Marcelo Monteiro Perez e outros. Recorrido: Rodrimar S.A. Agente e Comissária e outros. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 11/10/2011- Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 25/10/2011.

Note-se que a ementa foi clara ao pacificar que é sócio majoritário o que expressa a vontade dominante (nas assembleias e eleições de administradores), bem como indiretamente a necessidade da preservação da empresa, ao afirmar que os sócios minoritários não podem ser contrários à dissolução se não demonstrarem interesse em assumir o controle da empresa.

Vale acompanhar parte do voto da Ministra Nancy Andrighi, com prestígio à relação de confiança entre os sócios e o princípio da preservação da empresa:

⁴¹² MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 212.

⁴¹³ REQUIÃO, 1977, p. 276.

⁴¹⁴ Art. 305, Código Comercial revogado: “Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 - Negociação promiscua e comum. 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradiz em por uma forma pública. 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9 - uso de nome com a adição - e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (art. 316)”.

Assim, a ruptura da *affectio societatis* equipara-se à impossibilidade da sociedade preencher seu fim, prevista no art. 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76, como causa suficiente para a dissolução. Por outro lado, à luz do princípio da preservação da empresa, nada impede seja essa dissolução apenas parcial, em respeito ao postulado constitucional da função social da propriedade, garantindo que seja mantida a circulação de riquezas ensejada pela continuidade do negócio. Note-se, por oportuno, que as premissas supra fixadas – quanto à possibilidade de constituição de sociedades anônimas de capital fechado dotadas de *intuitu personae* e de cabimento da dissolução parcial em caso de quebra da *affectio societatis* – não se alteram em função daqueles que têm a iniciativa de pleitear a dissolução da sociedade, tampouco em função de quais serão os acionistas dissidentes – se minoritários ou majoritários. O que realmente releva para a decisão de dissolver a sociedade é a confirmação da perda da relação de confiança entre os sócios e do esvaziamento do propósito comum de explorar o objeto social da empresa num determinado caminho, elementos que, em princípio, estão presentes na espécie, já que as partes contendem em mais de uma dezena de ações judiciais, discutindo não apenas o controle acionário mas também o rumo que vem sendo dado à companhia pelos atuais administradores. (grifo nosso).

Outras decisões do Superior Tribunal de Justiça caminham na mesma direção, provando-se que a sociedade anônima pode possuir características *intuitu persona* e não *intuitu pecúnia*, garantindo a manutenção da sociedade⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Confira-se: a) “Superior Tribunal de Justiça. Direito Comercial. Sociedade Anônima. Dissolução Parcial – Sócios Minoritários. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial”. (grifo nosso). Recurso Especial nº: 111294 PR 1996/0066757-8. Recorrentes: Cocelpa Companhia de Celulose e Papel do Paraná e Outros. Recorridos: Aurélio Fontana de Pauli e outros. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data de Julgamento: 19/09/2000 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 28/05/2001 p. 161; LEXSTJ vol. 145 p. 145 RSTJ vol. 146 p. 323;

b) “Superior Tribunal de Justiça. Direito Societário e Empresarial. Sociedade Anônima de Capital Fechado em que Prepondera a *Affectio Societatis*. Dissolução Parcial. A complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades ‘circunstancialmente’ anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais (‘*affectio societatis*’). Caracterizada a sociedade anônima como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial – fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender também pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: ‘A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código’.” (grifo nosso). Recurso Especial: 917531 RS 2007/0007392-5. Recorrente: Richard David Valansi e Outro. Recorrido: Patrick Maurice Maxime Valansi e Outro. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 17/11/2011 - Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 01/02/2012. E:

c) “Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissolução Parcial de Sociedade Anônima de Caráter Familiar e Fechado. Requisito da Quebra da *Affectio Societatis*. O Acórdão ora embargado, firmando, como único **requisito à dissolução parcial da sociedade anônima familiar fechada a quebra da *affectio societatis***, julgou exatamente no mesmo sentido dos Acórdãos invocados como paradigmas pretensamente divergentes, de modo que não cabem Embargos de Divergência, nos termos da Súmula 168/STJ”. (grifo nosso). Agravo Regimental no Recurso Especial: 1079763 SP 2008/0171572-0. Agravante: Alexandre Pedro de Queiroz Ferreira e Outros. Agravado: Marlene Bérغامo dos Santos e Outros. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Data de Julgamento: 25/08/2009, Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 05/10/2009.

E como analisar essa decisão à luz do princípio da segurança negocial no direito societário?

Primeiramente, o princípio da segurança negocial deve ser sempre lido a partir da preservação da empresa. Nesse ponto não merece reparo o acórdão.

Um segundo ponto é que a desinteligência entre os sócios, independentemente da existência de falta grave ou não, tende a levar a sociedade a crises patrimoniais, financeiras ou econômicas, tendo em vista a insalubridade do ambiente organizacional.

Outro ponto que deve ser acrescentado é que, provada ou não a falta grave, os sócios somente sujeitam-se às decisões majoritárias se acreditarem que elas serão as melhores para a sociedade. Existindo conflito no seio societário, certamente as bases do princípio da segurança negocial, correção, expectativa e lealdade estarão abaladas.

Nascerá, assim, um vício no consentimento, abalando a confiança entre os sócios e consequentemente a autonomia privada, alicerce de outra expressão: a *affectio societatis*.

Dessa forma, o princípio da segurança negocial no direito societário indicará que o melhor para a sociedade, independentemente do vínculo estável ou instável, mas *intuito persona*, é a possibilidade de sua dissolução parcial para que exista a preservação da empresa.

Em outras palavras: não seria leal com a sociedade, parte mais interessada na consecução do seu fim social, se não fosse permitida a sua dissolução parcial.

Por fim, cabe ressaltar que o Código de Processo Civil⁴¹⁶, recém-promulgado, admite a dissolução parcial de sociedade anônima tão somente se provado que esta não pode mais preencher seu fim. Não é a melhor solução⁴¹⁷. Certo, em nossa opinião, é permitir a dissolução parcial de qualquer tipo societário, visando à preservação da empresa para que se mantenha em seu núcleo a segurança negocial que deu origem às tratativas societárias, mantendo-se lealdade com a sociedade.

⁴¹⁶ CPC, 2015: “Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto: [...] § 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim”. (grifo nosso).

⁴¹⁷ O Projeto do Código Comercial perdeu oportunidade de regradar a matéria.

CONCLUSÃO

O objetivo central deste estudo foi a apresentação do princípio da segurança negocial no direito societário, como um facilitador para dirimir conflitos entre sociedade, sócios e administradores, sempre levando em consideração a melhor interpretação da lei e/ou do negócio jurídico tendo em vista o real interesse das partes e o princípio da preservação da empresa.

Para se conseguir chegar às conclusões traçadas, inicialmente se analisaram os princípios, cláusulas gerais e regras, deixando clara a importância dos valores transmitidos pelos primeiros para a interpretação da última, salientando que o dinamismo da sociedade não pode se submeter a um ordenamento jurídico positivado.

Após, passou-se ao estudo dos princípios basilares do direito societário (livre iniciativa, majoritário, autonomia privada, preservação da empresa e função social da empresa), apresentando a nossa visão sobre eles quando inseridos no contexto de um contrato plurilateral da sociedade empresária, que converge os interesses pessoais e conflitantes em interesse único: o bem da empresa.

Graças à livre iniciativa, é possível ter liberdade para o exercício de qualquer atividade, desde que não proibida pelo Estado, criando um ambiente concorrencial saudável que deve ser respeitado.

Pelo princípio majoritário, desde que não haja abuso de poder de controle e perseguindo-se o objeto social da sociedade, não existe uma submissão do acionista vencido nos órgãos de deliberação, e sim uma sujeição à vontade da maioria. Também não há que se falar em renúncia de direitos, e sim, mais uma vez, na sujeição à vontade dos acionistas que compõem a maioria social.

O princípio da autonomia privada foi dividido em aspecto subjetivo e aspecto objetivo. O primeiro (autonomia da vontade) aparece na conduta leal à sociedade empresária, seus acionistas e colaboradores; e o segundo (autonomia privada) no dever de servir à sociedade, abstendo-se de indicar ou celebrar negócios jurídicos que não atendam ao interesse social, garantindo-se a preservação da empresa e de sua atividade. Fez-se também uma ressalva: acionistas e administradores devem, necessariamente, respeitar o dever de diligência em suas condutas. Assim, ser sócio ou administrador de uma sociedade não é conduta

repentina ou impensada. Pelo contrário: deve ser estudada e ponderada, pois, depois de firmado o vínculo societário, haverá a sujeição ao princípio majoritário. Terminou-se, lembrando a possibilidade de o Estado intervir no contrato (dirigismo contratual) para preservar as relações sociais e econômicas envolvidas.

O princípio da preservação da empresa é de suma importância para o entendimento deste estudo. É por meio dele que toda a sociedade, primeiramente, deve se guiar, uma vez que visa à manutenção da atividade empresarial e ao crescimento econômico. Inclusive é nesse sentido a jurisprudência e a doutrina.

Complementando o princípio mencionado e também de relevante importância, apresentou-se o princípio da função social da empresa, que contribui para a sociedade brasileira com o fomento econômico, social, criando empregos, recolhendo impostos etc.

Por fim, asseverou-se que é a sociedade empresária o bem maior protegido, destacando que ela é mais importante que os sócios e administradores. Dessa forma, pela interpretação dos princípios, harmonizando-os através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade com o princípio da preservação da empresa, verdadeiro motor do desenvolvimento econômico, pode-se observar que é a sociedade quem deve estar em primeiro lugar na análise do caso pelo juiz.

Após a análise dos princípios, apresentou-se e conceituou-se o princípio da segurança negocial. Para se chegar ao conceito, foi necessário o estudo da boa-fé objetiva, da teoria da confiança, do princípio italiano da *correttezza*, lembrando da autonomia privada, tudo para que seja possível o delineamento da lealdade e confiança no tráfego comercial, dentro de um regime jurídico comercial. Advertiu-se que seguir esses princípios para a interpretação da lei e celebração do negócio jurídico é importante para que não haja vício na manifestação da vontade.

Conceituou-se o princípio da segurança negocial da seguinte forma: Por princípio da segurança negocial entendemos o dever de lealdade (boa-fé objetiva), a necessidade do agir como esperado (princípio da confiança), bem como a perseguição do comportamento correto (princípio da *correttezza*) entre as partes, facilitando-se a comunicação necessária, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade (autonomia privada).

E na ótica do direito societário, ressaltando as características do regime jurídico comercial, ele deve ser interpretado à luz do princípio da preservação da empresa, exigindo

lealdade entre sócios, administradores e sociedade, com esses três elementos agindo conforme as expectativas, mantendo comportamento íntegro, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade, tudo para se preservar a atividade econômica, principal motor da liga existente entre todos os participantes.

Dessa forma, o princípio da segurança negocial no direito societário:

- a) Cria deveres inerentes às partes, que, mesmo não escritos, são traduzidos, em especial no direito societário, como o dever e a obrigação de prestar informação clara e precisa, manter sigilo (sobre o *know how*, por exemplo), prestar colaboração (assistência e auxílio), cooperação, exercer a vigilância e o cuidado, não atuar com conflito de interesse, e manter a não concorrência, em qualquer uma das fases contratuais, tudo para que as partes caminhem para o cumprimento pleno do objeto avençado. Ou seja, diferentemente dos princípios na ótica civilista, na ótica comercial os deveres e obrigações não são *relacionados* ao cumprimento da obrigação, e sim *característica essencial* do cumprimento da obrigação;
- b) Será o valor base na interpretação da Lei e dos negócios jurídicos, criando uma consideração especial entre as partes, que gera um aumento dos deveres e obrigações, que não serão mais acessórias, e sim inerentes ao convencionado entre as partes (validação de condutas), afastando perdas e danos, dentro de um regime jurídico comercial, em que há um interesse subjetivo pela propriedade empresarial, visando ao bem comum.

Conceituado o princípio da segurança negocial no direito societário, apresentaram-se os aspectos importantes para a interpretação das sociedades empresárias contemporâneas. Primeiro com uma visão geral sobre o risco empresarial e as múltiplas facetas sobre justiça, depois realizando uma crítica sobre a proteção jurídica ao investimento privado, concluindo que este deve cumprir sua função social. No mesmo capítulo, teve-se a oportunidade de salientar que, para os fins do presente estudo, não há diferença entre contrato social e estatuto social, pois ambos são espécie do contrato colaborativo, que possuem como escopo comum o desenvolvimento da sociedade. Não se ignorou que o vínculo societário é mais estável na sociedade anônima e menos na sociedade de responsabilidade limitada, mas a conduta íntegra e leal entre os sócios e administradores não é alterada pelo tipo societário. Após, traçaram-se os principais pontos sobre os deveres e responsabilidades dos administradores, alertando-se

que os deveres de diligência, lealdade e informação devem sempre ser pautados pelo dever de cuidado geral com a companhia. Por fim, asseverou-se que o administrador deve respeitar a lei e o estatuto social, sob pena de responsabilidade civil.

Posteriormente, passou-se ao tema do poder de controle. Destacou-se que os sócios não podem agir com abuso de poder de controle e devem guiar a sociedade para atingir seus fins sociais. Lembrou-se que deve existir respeito aos direitos essenciais dos acionistas e, novamente, a necessidade de persecução do objeto social da sociedade e sua preservação para que seja cumprido o princípio da segurança negocial.

Por fim, estudou-se a governança corporativa, que visa a um exercício contínuo de transparência e conduta entre sociedade, acionistas e administradores, incentivando as melhores práticas de gestão e relacionamento, o que acolhe com perfeição o princípio da segurança negocial.

Com o objetivo de provar a presente tese, escolheram-se e apresentaram-se passagens doutrinárias e teceu-se posteriormente a nossa opinião.

Propôs-se a nossa visão sobre a responsabilidade civil do administrador ou a anulação da assembleia geral quando é desrespeitado o princípio da segurança negocial no direito societário. Tanto a responsabilidade civil quanto a anulação da assembleia certamente serão mais bem interpretadas com base no princípio ora em comento, pois ele institui deveres de transparência e correção evitando-se vícios na manifestação da vontade e guiando sempre na busca da preservação da empresa.

Ressaltou-se também que fere o princípio da segurança negocial no direito societário a demora, sem justificativa, para o ajuizamento da ação judicial e que isso se reflete diretamente no interesse da sociedade e na sua continuidade em um ambiente globalizado e ágil de negócios.

Importante sempre lembrar que o padrão de comportamento prescrito pelo princípio da segurança negocial no direito societário é ser uma janela aberta ao juiz para que, com base no caso real, seja criativo e aplique a melhor solução possível na composição das partes e como visto, mantendo a operação da atividade empresária.

Somente o caso concreto permitirá, por exemplo, avaliar se há abuso de poder de controle, diluição injustificada ou quebra do *affectio societatis*, mas o importante é conseguir

descobrir qual foi o vínculo que uniu os sócios e administradores, com as reais e sinceras manifestações de vontade, tudo prestigiando a sociedade empresária.

Examinaram-se quatro decisões que envolvem o direito societário e possuem total relação com a tese defendida neste estudo. A primeira decisão envolve a alienação de participação societária sem, a princípio, permitir o direito de preferência dos demais sócios. Viu-se que o acórdão indiretamente recepciona o princípio da segurança negocial no direito societário exatamente na forma proposta. Já a segunda decisão abarca a relação da sociedade com seu administrador, incluindo os deveres de diligência e lealdade. Não obstante a decisão ser extremamente bem fundamentada teve-se a oportunidade de observar que o resultado em alguns aspectos teria sido diferente se aceitas as bases prescritas nesta tese. A terceira decisão trata da forma como são calculados os haveres do sócio retirante de sociedade de responsabilidade limitada, observando que a decisão coaduna perfeitamente com o ora defendido, pois se atenta para a relação leal entre os sócios e a sociedade no momento do pagamento do valor de reembolso. A última trata da possibilidade de rescisão do vínculo societário entre sócios de sociedade anônima, com ênfase no *affectio societatis*, base da união dos sócios e que quando quebrada leva não só a atos de desinteligência entre eles, como também à queda da produtividade da empresa.

Assim, espera-se que pelo princípio da segurança negocial no direito societário seja possível resolver de forma criativa e justa conflitos societários, preservando a empresa e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A FINALIDADE de uma empresa. **Estadão**, mar. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-finalidade-de-uma-empresa-imp-,1657392>>. Acesso em: 11 jul. 2015.
- ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- _____. (Coord.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALARCON, Rosana Bastos. Factoring internacional e desenvolvimento: o impacto da Lei Modelo de Factoring de 2014. In: MENEZES, Clodoaldo Silva da Anuniação Wagner; VIEIRA, Gustavo Menezes Vieira (Org.) **Direito internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. v. III, p. 452.
- ALMEIDA, Marcelo La Rosa de. **Interpretação dos estatutos das sociedades por ações**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Direito processual empresarial: estudo em homenagem ao professor Manoel Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- _____. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL, Hermano de Villemor. **Das sociedades limitadas**. Rio de Janeiro: Labor Omnia Vincit, 1921.
- AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. **Revista Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 28, p. 95-97, out./dez. 2006.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1946.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002. v. 3.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, p. 151-152, jan./mar. 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé os contratos relacionais. Contrato de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e Resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 832, p. 133, fev. 2005.

AZEVEDO, Erasmo Valladão de; FRANÇA, Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; _____. **Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.** São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. Apontamentos sobre a teoria “ultra vires” no direito societário brasileiro. **Revista Forense**, ano 85, v. 305, p. 23-28, jan./mar. 1989.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 70.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. Prefácio. In: DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960. Prefácio.

BIANCA, Massimo C. **Diritto civile: Iv - Obbligazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè. 1990.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. A teoria “ultra vires” societatis perante a Lei das Sociedades por Ações. **Revista Forense**, v. 273, p. 75, jan./mar. 1981.

BUSHATSKY, Daniel. **A reforma da lei e a arbitragem no direito societário**: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regramento do instituto e proteção ao acionista minoritário. No prelo 2015.

_____. Apuração de haveres na sociedade limitada. In: MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes jurisprudenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 642.

_____. **As operações societárias nas sociedades de economia mista**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

BUSHATSKY, Jaques. Nulidade de cláusula em contrato de locação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 736, fev. 1997.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALHEIROS, Renan. Projeto de Lei do Senado nº 406, de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em: 18 jul. 2015.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARLSSON, Rolf H. **Ownership and value creation**: strategic corporate governance in the new economy. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2001.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. **A propriedade empresarial**: um estudo transdisciplinar. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Artigos 138 a 205. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

_____. _____. _____. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CÓDIGO Civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÓDIGO de Defesa do Consumidor. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a. v. 1.

_____. _____. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b. v. 2.

_____. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. v. 2.

_____. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 67-68.

COHN, Sherman L. **Good faith and legal ethics**. Conferência num congresso internacional sobre a boa-fé. Jerusalém, 1984.

COMISSÃO de Valores Mobiliários. Instrução CVM 247. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst247.html>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Forense: Rio de Janeiro. 2009.

_____. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, ano XXXV, p. 110-111, out./dez. 1996.

_____. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. São Paulo: Forense. 1978.

CONSTITUIÇÃO Espanhola. **Boletín Oficial Del Estado Gaceta de Madrid**, ano CCCXVIII, n. 311.1, 29 dez. 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CONSTITUIÇÃO Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade e a forma: a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do projeto Jirau. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: IASP, n. 38, p. 35-60, 2013.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1979.

COSTA, Philomeno Joaquim da. **Operações da anônima com as ações de seu capital**. São Paulo, 1965.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-34.

_____. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 41.

_____. **Direito das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1976.

CVM. **Cartilha Recomendações CVM sobre Governança Corporativa**, p. 1, jun. 2009.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Princípios do direito civil contemporâneo: princípios e regras: entre Alexy e Dworkin**. São Paulo: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 6. tir. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2, p. 308.

_____. **A Lei das Sociedades Anônimas comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRARA, Luigi Cariota. **El negocio jurídico**. Tradução M. Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, n. 20.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. arts. 170 a 245. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução Luis Sancho Mendizibal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FIUZA, Ricardo. Projeto de Lei nº - 6960/2002 - Propondo nova redação a alguns artigos do Código Civil. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>.

Acesso em: 15 jul. 2015.

FLEURY, Maria T. Leme; SAMPAIO, Jader dos Reis. Uma discussão sobre cultura organizacional. In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). **As pessoas na organização**. 2. ed. São Paulo: Gente, 2002. p. 69-70.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, ano XLII, p. 18, abr./jun. 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Grupos econômicos sob o controle estatal**: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da lei das S.A. Aplicação. Limites). 1982. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

FREEMAN, R. E. **Strategic management**: a stakeholder approach. Boston: Pitman, 1984. p. 189-207.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

_____; _____. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

GHESTIN, Jacques. Traité de droit civil. **Revue internationale de droit compare**, Paris, v. 32, n. 3, juil./sept. 1980.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Fundação social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. A função do contrato. In: **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101; 108-109.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GOMES, Susete. Princípios e Cláusulas Gerais e a Autonomia Privada. In: CAHALI, Francisco José. **Os princípios e os institutos de direito civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 119.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio**. 2. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

IBGC. Principais modelos. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18167>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Princípios básicos. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18163>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Edersa, 1978.

LEI do Senado nº 207, de 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/123899.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

LEI nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

LEI nº 6.404 /76. Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso: 10 jun. 2015.

LEI nº 11.101 /05. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais n. 12, p. 151, 2002.

LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

_____. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: IASP, ano 10-39, p. 61, out./dez. 2013.

_____. _____. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de Derivativos Cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de Direito e Abusividade Contratual. Boa-fé objetiva. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo: RT, v. 55, p. 321-381, jul. 2012.

_____. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1998. n. 753.

_____. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. São Paulo: RT, 1992. n. 680.

MARX, Karl. **Oeuvres: Economie II**. Tradução Maximilien Rubel. Paris: Gallimard. 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. I.

MENGONI, Luigi. I cinquant'anni del Codice Civile: Considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni. In: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994. p.757-759.

_____. Spunti per una teoria delle clausole generali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano IV, n. 1, p. 11, 1986.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. **Revista do Advogado - Contratos**, São Paulo: AASP, ano XXXXII, p. 54, jul. 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. **Revista do Advogado - Contratos**, ano XXXXII, p. 93, jul. 2012.

NATOLI, Ugo. La regola della correttezza e l'attuazione del. rapporto obbligatorio. In: FREZZA, Paolo et alli. **Studi sulla bona fede**. Milano: Doot A. Giuffrè, 1975. p. 167-168.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; FERREIRA, Gilmar Mendes; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2 ed. 2005, São Paulo: Ltr, 2005. p. 428.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Antonio Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). In: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 514.

NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVALINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de introdução ao direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria aplicada ao direito societário: um estudo estatístico da dissolução de sociedade no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Empresarial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

OECD. Signing of cooperation agreement between the OECD and Brazil. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/signing-of-cooperation-agreement-between-oecd-and-brazil.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. G20/OECD Principles of Corporate Governance. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

OECD. The Organisation for Economic Co-operation and Development. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

OLIVEIRA, Daniele de Lima de. **Deveres e responsabilidades dos administradores da S/A**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

ONUBR. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-desenvolvimento/>>. Acesso em: 16 set. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Atualizada por Regis Fichtner. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. III.

_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 5. ed. Napoli: Scientifche Italiane, 2005.

PETTIGREW, Andrew M. A cultura das organizações é Administrável? In: FLEURY, M. T. L.; FISCHER, R. M. (Coord.). **Cultura e poder nas organizações**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 574.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

PITTA, André Grünspun. **As funções da informação no mercado de valores mobiliários: uma reflexão sobre o regime de divulgação de informações imposto às companhias abertas brasileiras**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PRADO, Roberta Niodac. **Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.: tag along**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PROJETO de Código Comercial nº. 1572/2011. Cartilha do Novo Código Comercial: o que muda no dia-a-dia das empresas e do cidadão com o Novo Código. Brasília, 2 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/cartilha-do-novo-comercial-comercial.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

PRUX, Oscar Ivan; HENTZ, Luiz Antonio Soares; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: da sociedade, do estabelecimento e dos institutos complementares**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 10.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz. Do estado liberal ao estado contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, n. 36, p. 136-161, 2001.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 21, p. 11, jul. 2003.

REALE, Miguel. **Visão geral do Código Civil**. Pronunciamento na sessão de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras – APL, publicado pela mesma academia e reproduzido como prefácio à obra: *Novo Código Civil Brasileiro: Estudo Comparativo com o Código de 1916*. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva 1990.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. _____. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. _____. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Rechtsregeln und praktische Vernunft**. In: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Rechtsregeln um Rechtsprinzipien**. In: *Archives Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 25/19*, in *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre, Beiheft 1/70*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. _____. In: *Archives Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 25/20*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Função social do contrato: primeiras anotações**. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Malheiros, ano XLII, p. 20-22, out./dez. 2003.

SANDLER, Michael J. **Justiça**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHEIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. _____. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. **Governança corporativa no Brasil e no mundo**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2004.

STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a projeção jurídica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 185, dez. 1992.

SUNDFELD, Carlos. Ari. (Coord.). Reforma do Estado e empresas estatais. In: _____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 264-285.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa; MORAES, Maria. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3.

THE 7 principles of social business. **The grammen creative LAB**. Disponível em: <<http://www.grameencreativelab.com/a-concept-to-eradicate-poverty/7-principles.html>>. Acesso em: 11jun. 2015.

UM VELHO debate está sendo retomado: a empresa pode apenas visar ao lucro ou deve ter consciência social? **The Economist**, 25 mar. 2015.

UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2015.

VALVERDE, Trajano de Miranda de. **Sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. 1.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2006. v. 2.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Melhoramentos, 2010. v. 2.

_____. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 3.

WAISBERG, Ivo. A evolução da jurisprudência sobre responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras sujeitas a regime especial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 11, n. 40, p. 186-201, abr./jun. 2008.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Função social do direito**. São Paulo: Quatier Latin, 2009. p. 55-56.

WEBER, Max. General economic history. Tradução Frank H. Knight. **Gleonce, The Free Press**, London, p. 277, 1950.