RODRIGO TELLECHEA SILVA

**SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS:
DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS E CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA SUPERVENIENTE**

TESE DE DOUTORADO

**ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO DR. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E
NOVAES FRANÇA**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2015**

RODRIGO TELLECHEA SILVA

**SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS:
DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS E CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA SUPERVENIENTE**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2015**

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

S583s Silva, Rodrigo Tellechea
Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente / Rodrigo Tellechea Silva. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015.
605 f.

Orientador: Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Comercial, 2015.

1. Contrato comercial 2. Sociedade anônima.
3. Cláusula compromissória. 4. Acionista majoritário.
I. França, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. II. Título.

CDU

**SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS:
DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS E CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA SUPERVENIENTE**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Associado Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França
Universidade de São Paulo - USP

Examinador:

Examinador:

Examinador:

Examinador:

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese de doutorado é um processo solitário e desafiador, gerador de uma multiplicidade intensa de emoções que variam da excitação à angústia, do medo à coragem, da dúvida ao autoconhecimento. Aprende-se, paulatinamente, a lidar com elas. A dedicação exige uma série de sacrifícios do autor e de todos que permanecem no seu entorno; nesse caminho, alguns vínculos se desfazem e outros tantos se estabelecem e se fortalecem.

Minha trajetória acadêmica foi facilitada pela amizade e pelos ensinamentos dos colegas e professores que tive a oportunidade de conhecer desde 2010, quando ingressei neste Programa de Pós-Graduação. Presto, neste momento, meus singelos agradecimentos.

Em primeiro lugar, ao professor Erasmo Valladão A. e N. França, exemplo de ser humano, de excelência acadêmica e profissional, fonte de inspiração intelectual e artística, cujo conhecimento aliado à orientação segura, precisa e onipresente foram essenciais para a elaboração do presente trabalho. E a quem devo todo carinho, dedicação e amizade.

Ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro e à professora Juliana Krueger Pela a quem tive a honra e o prazer de auxiliar nas aulas de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foram momentos únicos e determinantes para minha formação.

Aos professores Carlos Alberto Carmona, Eduardo de Albuquerque Parente, Eduardo Secchi Munhoz, Francisco Satiro de Souza Junior, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Luciano Benetti Timm, Marcelo Viera von Adamek, Nelson Eizirik, Paula A. Forgioni, Paulo F. C. Salles de Toledo, Rachel Sztajn e Sheila Christina Neder Cerezetti pelas lições ao longo dessa caminhada e pelo diálogo sempre aberto, agregador e prazeroso.

Aos amigos João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli, irmãos que a vida me trouxe, cujos incentivos para meu ingresso na Academia e a permanente troca de ideias sobre os mais diversos temas jurídicos representam um legado de seriedade e amizade, além de um repositório infindável de aprendizado e crescimento pessoal e profissional.

A todos os colegas e amigos que, cada qual a sua maneira, auxiliaram e contribuíram para a preparação deste trabalho, em especial à Ademar Vidal Neto, Adriana Dullius Britto, Bruno Becker, Caio Machado Filho, Daniel Mitidiero, Daniel Vio, Diego Billi Falcão, Gabriel Alves da Costa, Gabriel Saad Kik Buschinelli, Giovana Comiran, Giovana Benetti, Guilherme Recena Costa, José Romeu Amaral, Laura Patella, Lucas Dias, Luís André Negrelli de Moura Azevedo, Luiz Daniel Haj Mussi, Maria Eduarda Fleck da Rosa, Mariana Ferreira Martins-Costa, Pedro Adamy, Rafael Ribeiro, Thiago Saddi Tannous, Vinicius Fadanelli.

Aos meus colegas do escritório Souto, Correa, Cesa, Lummertz e Amaral Advogados, em especial Carlos Fernando Souto, Diogo Squeff Fries, Fábio Baldissera, Fernanda Girardi Tavares, Fernando Pellenz, Gilberto Deon Correa Junior, Guilherme Rizzo Amaral, Isabelle Ferrarini Bueno, Jorge Cesa, Michelle Squeff, Otávio Domit e Rafaela Kern pelo apoio irrestrito na fase final de elaboração deste trabalho.

DEDICATÓRIA

À minha família, em especial à minha Mãe, cujo amor incondicional é exemplo de vida; ao meu Irmão, cuja amizade irrestrita é uma das minhas maiores conquistas; aos meus Tios e Tias, cujas lições pessoais e profissionais me ajudaram a escolher o caminho a seguir; a minha Avó Luizinha, cujos ensinamentos de humildade e sabedoria moldaram quem eu sou. Ao meu Pai, cuja presença espiritual é uma constante em minha vida. À Mariana, minha esposa, exemplo de lealdade, retidão, compreensão e amor.

Nell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giurista piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni: dobbiamo riprendere e riesaminare i concetti fondamentali (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparati e in tema di intepretazione*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 344).

Rodrigo Tellechea Silva. 2015. 605p. Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

RESUMO

A tese propõe uma análise multidisciplinar e dogmática da arbitragem societária, notadamente do processo de inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de sociedades anônimas fechadas, com base em uma deliberação assemblear tomada pela regra da maioria (fase pré-arbitral). O ponto de partida do trabalho é o exame da dimensão jurídica do contrato de sociedade aliado à verificação dos limites da autonomia privada dos sócios na definição da estrutura do negócio jurídico societário, à compreensão da categoria dos direitos subjetivos e dos traços fundamentais que formam a tipologia das anônimas fechadas, incluindo o tratamento dado aos direitos individuais dos acionistas. Ato contínuo, desloca-se a discussão para as esferas arbitral e constitucional, com especial atenção para os pressupostos da arbitragem como método de resolução de conflitos. O cerne do trabalho reside na relação entre a situação subjetiva ativa do acionista de manifestar sua vontade favorável ou contrariamente à escolha da arbitragem e a eficácia da regra da maioria como pilar de funcionamento das sociedades anônimas. Sustenta-se que a escolha da arbitragem constitui um direito fundamental de todo o acionista, cuja renúncia depende de manifestação, expressa ou tácita, de sua vontade, a qual não pode ser elidida ou alterada pelo estatuto ou pela assembleia geral majoritária sem o seu consentimento. Após examinar as correntes doutrinárias sobre o tema no Brasil e as possíveis alternativas para resolver o imbróglio, o estudo concluiu que a alteração legislativa que cria uma hipótese adicional de recesso representa a melhor solução para a problemática.

Palavras chave: Contrato de sociedade – autonomia privada – sociedades anônimas – direitos individuais dos acionistas – princípio majoritário – direito de recesso – arbitragem – cláusula compromissória estatutária.

Rodrigo Tellechea Silva. 2015. 605p. Doctorate. Faculty of Law. University of São Paulo, 2015.

ABSTRACT

The thesis examines arbitration in corporate law, namely the inclusion of a statutory arbitration clause in the by-laws of a closely held corporation based on a deliberation taken by the majority rule (pre-arbitration phase). The study starts by analyzing the legal aspects of the corporate contract together with the limits of shareholders' autonomy in defining the structure of such contract and the characteristics that form the typology of corporations, including shareholders' individual rights. The discussion then moves on the arbitration and constitutional spheres, particularly to the premises of arbitration as a form of settling conflicts. The core of the thesis is the relation between the prerogative of a shareholder to express its will in favor of or against arbitration and the incidence of the full effects of the majority rule as an essential element in the structure of a corporation. The study sustains that the choice for arbitration is a fundamental right of all shareholders, which is why renunciation depends on their express or tacit individual manifestation and therefore, majority deliberation cannot in itself insert or remove it from by-laws. Finally, the thesis provides different scholars' understandings on the issue as well as the main possible alternatives to deal with it. The creation of an additional hypothesis of appraisal right within the existing law is suggested as the best solution to solve this conundrum.

Key words: Corporate contract– shareholders' autonomy – corporations – shareholders' individual rights – majority rule – appraisal right – arbitration – statutory arbitration clause.

Rodrigo Tellechea Silva. 2015. 605p. Dottorato. Facoltà di Giurisprudenza. Università di São Paulo. 2015.

RIASSUNTO

La proposta della tesi è svolgere un'analisi multidisciplinare e dogmatica sul tema dell'arbitrato societario, specificatamente per quanto riguarda la procedura di inserimento, a seguito di una delibera assembleare approvata per maggioranza (fase pre-arbitrale), della clausola compromissoria nello statuto delle società per azioni non quotate. Il punto di partenza della ricerca è l'esame della dimensione giuridica del contratto di società coniugato alla verifica dei limiti dell'autonomia privata dei soci nella definizione della struttura del negozio giuridico societario nonché la comprensione della categoria dei diritti soggettivi e degli elementi fondamentali che costituiscono la tipologia delle società per azioni, compreso il trattamento riservato ai diritti individuali degli azionisti. In seguito la discussione si sposta alle sfere arbitrali e costituzionali, con particolare attenzione ai presupposti dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie. Il nucleo dello studio risiede nel rapporto tra la situazione soggettiva dell'azionista nell'esprimere favorevole o contrariamente sua volontà in merito alla scelta dell'arbitrato e l'efficacia del principio della maggioranza quale pilastro del funzionamento delle società per azioni. Si argomenta che la scelta dell'arbitrato rappresenta un diritto fondamentale, la cui rinuncia richiede la comunicazione, espressa o tacita, della volontà dell'azionista e che non può essere allontanata o modificata dallo statuto o dall'assemblea senza il suo consenso. Dopo l'analisi delle correnti dottrinarie in Brasile al riguardo e delle possibili alternative per risolvere la vicenda, si giunge alla conclusione che la creazione, tramite la legge, di un'ipotesi aggiuntiva di recesso rappresenta la migliore soluzione per la questione.

Parole chiavi: Contratto di società – autonomia privata – società per azioni – diritti individuali degli azionisti – principio della maggioranza – diritto di recesso – arbitrato – clausola compromissoria statutaria

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1. Apresentação do trabalho	17
2. Relevância do tema	19
3. Contribuição original da tese	22
4. Plano proposto.....	23
 PARTE I – DIREITO SOCIETÁRIO E AUTONOMIA PRIVADA.....	27
 CAPÍTULO I – CONTRATO DE SOCIEDADE.....	27
1. Bases fundamentais.....	32
1.1. Estrutura e organização	39
1.2. Plurilateralidade da sociedade	48
1.3. Distinção entre ato constitutivo e estatuto social	68
2. Relações societárias.....	80
2.1. Relações internas dos sócios exclusivamente entre si	86
2.2. Relações internas entre os sócios e a sociedade	89
 CAPÍTULO II – AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO SUBJETIVO.....	97
1. Autonomia privada: princípio	97
1.1. Abordagem histórica	97
1.2. Terminologia e conceito	102
1.3. Sentido e instrumento.....	107
1.4. Limites genéricos e específicos	113
1.5. Núcleo de atuação: direito societário	120
2. Situação jurídica: gênero	123
3. Direitos subjetivos: espécie	128
3.1. Fundamentos e distinções.....	128
3.2. Modo de atuação e legitimidade	129
 PARTE II – SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS.....	140
 CAPÍTULO I – TIPOS SOCIETÁRIOS E REGIME JURÍDICO	140
1. Tipo societário: conceito e função	141
1.1. Sistema brasileiro: aberto ou fechado.....	145
1.2. Critérios de classificação	151
1.3. Flexibilidade <i>versus</i> atipicidade	154

1.4. Conceito de sociedade: rigidez de seus elementos.....	161
1.5. Apontamentos finais: Código Civil	165
2. Sociedades anônimas: regime jurídico.....	167
2.1. Notícia histórica	167
2.2. Traços fundamentais	176
2.3. Abertas e fechadas: conceito legal	238
2.4. Abertas e fechadas: distinção tipológica.....	243
2.5. Sociedades anônimas fechadas: algumas peculiaridades	252
 CAPÍTULO II – DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS	279
1. Equilíbrio de forças: maioria e minoria	279
1.1. Nota sobre os interesses em jogo nas sociedades anônimas	282
2. Os direitos individuais dos acionistas.....	302
2.1. Panorama histórico.....	306
2.2. Teorias subjetivas e objetivas	311
2.3. Nota sobre o abuso do direito individual de acionista	392
2.4. Regime jurídico da Lei n. 6.404/76.....	396
 PARTE III – EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA.....	408
 CAPÍTULO I – ARBITRAGEM: PREMISSAS FUNDAMENTAIS	408
1. Notas sobre a eficácia dos direitos fundamentais	414
2. Renúncia e os direitos fundamentais: pressupostos.....	421
3. Arbitragem e o direito fundamental de acesso à justiça	426
4. Convenção de arbitragem: cláusula e compromisso arbitral	432
4.1. Consensualismo e forma de manifestação da vontade	437
4.2. Nota sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória	443
4.3. Nota sobre a natureza jurídica da arbitragem.....	447
5. Apontamentos sobre os aspectos subjetivos e objetivos da arbitragem.....	453
6. Algumas vantagens da arbitragem.....	458
 CAPÍTULO II – ARBITRAGEM SOCIETÁRIA.....	462
1. Código Comercial de 1850: arbitragem obrigatória	463
2. Lei das sociedades anônimas: arbitragem facultativa.....	465
2.1. Procedimentos societários internos necessários para a adoção de uma cláusula compromissória estatutária.....	472
3. Contrato plurilateral de sociedade e a declaração de constitucionalidade da Lei n. 9.307/96	477

4. Extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária	481
4.1. Contextos de contraposição entre os microssistemas	482
5. Notícia do direito comparado	512
5.1. Direito italiano: a reforma de 2003	512
5.2. Direito espanhol: a reforma de 2011	517
6. Calibragem dos microssistemas	520
6.1. Nota sobre os direitos fundamentais no direito societário	520
6.2. Microssistemas arbitral e societário: um problema de antinomia?	522
6.3. Escolha da arbitragem como situação subjetiva dos acionistas	526
6.4. Estado das coisas: jurisdições concorrentes	538
6.5. Possíveis alternativas	543
CONCLUSÃO	554
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	565
A	565
B	568
C	570
D	576
E	577
F	578
G	581
H	584
I	584
J	585
K	585
L	585
M	588

N 592

O 592

P 593

R 595

S 598

T 601

U 603

V 603

W 604

Y 605

Z 605

INTRODUÇÃO

Se existe alguma vantagem acadêmica na mistura de inocência, juventude e curiosidade, características que se espera do pesquisador recém-talhado e que se aproxima, pela primeira vez, de um tema já debatido, é a possibilidade de a pureza desse contato revelar caminhos ainda inexplorados, ou melhor, antes ignorados. Se o jurista deve todas as homenagens aos mestres do passado, deve ele, também, cultivar paralelamente um espírito de independência e ousadia em relação a tais mestres¹.

Ao escolher como tema de tese de doutoramento o estudo das sociedades anônimas² fechadas, particularmente os direitos individuais, a autonomia privada dos acionistas e a extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária superveniente, fi-lo com plena consciência das sérias dificuldades de realizar a contento a tarefa a que me propus.

Foram justamente esses empecilhos que me instigaram a propor a rediscussão de tema tão rico e tão caro ao direito societário e, também, ao direito constitucional e arbitral. Mesmo que as conclusões apontem para a dificuldade de acatar algumas das teses que se pretende sustentar, entendemos que deve ser um dos atributos do novo acadêmico do Direito (especialmente aquele em sede de doutoramento) dedicar-se ao estudo de questões complexas e soluções potencialmente inovadoras.

Dito isso, os objetivos dos itens iniciais são os seguintes: (I) explicar, de forma resumida, as premissas do estudo e o caminho que será traçado para construir as conclusões defendidas ao final; (II) estabelecer o corte metodológico da pesquisa realizada; (III) apontar os elementos nucleares que sustentam as ideias defendidas. As páginas que se seguem abordarão esses temas na mesma ordem acima estabelecida.

¹ Lembre-se da observação de SYLVIO MARCONDES, na introdução do seu trabalho sobre a limitação da responsabilidade de comerciante individual, datado de 1956: “Dissertando a respeito da técnica sobre o fim das instituições jurídicas, assinala Roger Perrot a predisposição do jurista em utilizar as técnicas antigas, cujos efeitos conhece, melhorando-as ou adaptando-as, de preferência a forjá-las de novo, pois tal procedimento causa perturbação menor às relações jurídicas.” (Cf. MARCONDES, Sylvio. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: 1956, p. 12). O livro a que o autor faz referência é: PERROT, Roger. *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Paris, 1953, n. 9, p. 18.

² Na lógica da Lei 6.404/76, a expressão “sociedade por ações” compreende tanto as anônimas quanto as comanditas por ações. No entanto, ao longo do presente trabalho, o termo será utilizado para se referir tão somente às sociedades anônimas.

1. Apresentação do trabalho

O tema tem caráter multidisciplinar e envolve a interação entre, pelo menos, três grandes microssistemas jurídicos³: o societário, o arbitral e o constitucional. Vejamos quais serão as principais questões examinadas nessas respectivas áreas.

Na seara societária, o estudo se dedicará ao exame da dimensão jurídica do contrato de sociedade, à atuação e aos limites da autonomia privada dos sócios/acionistas na definição da estrutura do negócio jurídico societário, à compreensão da categoria dos direitos subjetivos e dos traços fundamentais que formam a tipologia das anônimas fechadas.

Ao deslocar a discussão para as esferas arbitral e constitucional, o trabalho se propõe a estudar as premissas e os fundamentos da arbitragem como método de resolução de conflitos por meio do qual as partes voluntariamente renunciavam à jurisdição estatal e escolhem o juízo arbitral, investindo um terceiro – o árbitro – com o poder necessário para dirimir seus conflitos, cuja decisão forma um título executivo judicial.

A partir disso, busca-se compreender os desafios inerentes à utilização da arbitragem como forma de resolver conflitos societários. Em um espectro pormenorizado, examina-se a arbitragem societária em sua fase pré-arbitral⁴, particularmente em quatro

³ Os microssistemas jurídicos representam um fracionamento da ordem legal a partir da crise de fragmentação do movimento totalizador de codificação oitocentista. Para os fins do presente estudo, microssistemas são regramentos formalmente autônomos dos códigos, com princípios, normas e fontes de criação próprios, os quais dão origem a doutrina e jurisprudência que também lhe são peculiares. Sobre o tema disserta o jurista argentino RICARDO LUIS LORENZETTI: “O Código constituiu-se em um reflexo da criação do Estado Nacional; sua pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; uma só norma, aplicável por igual, a todos os cidadãos, sejam nacionais ou estrangeiros (art. 1º, CC argentino. (...)) A ideia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividade do que como ‘ordem’ social. O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais. A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles. Pode-se também referir a famosa imagem empregada por Wittgenstein aplicada ao Direito, segundo a qual, o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentam novos subúrbios, com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar as relíquias históricas. Produziu-se uma inversão na Lei de Maine, que chamava a atenção para a tendência da civilização de evoluir do status ao contrato; agora, a evolução dá do contrato ao Direito Estatutário.” (Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 44-46).

⁴ Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários (art. 19 da Lei n. 9.307/96). A título de esclarecimento, a doutrina arbitral identifica três fases na arbitragem: (I) a fase pré-arbitral, que se inicia com as negociações para assinar uma convenção de arbitragem, passa pela assinatura da convenção arbitral e se encerra com a instituição da arbitragem; (II) a fase arbitral propriamente dita, que tem início com a instituição da arbitragem e término quando o árbitro profere a sentença arbitral, ou profere o aditamento à sentença arbitral (em razão de uma das partes ter apresentado o pedido de esclarecimentos do art. 30 da Lei de Arbitragem); e (III) a fase pós-arbitral, que envolve tudo que ocorrer após ser proferida a sentença arbitral ou seu aditamento, abrangendo assim eventual execução da sentença arbitral

pontos, que representam o corte metodológico do estudo: (I) a compreensão da natureza jurídica e da funcionalidade do contrato de sociedade; (II) a construção da categoria dos direitos individuais dos acionistas na doutrina societária e na Lei n. 6.404/76; (III) o procedimento para alteração do estatuto social de uma sociedade anônima fechada para fins de inserir cláusula compromissória estatutária; e (IV) e a discussão acerca da extensão dos efeitos da decisão assemblear majoritária quanto aos acionistas dissidentes, ausentes e abstinentes.

A questão nuclear do estudo reside na delimitação dos limites do exercício da autonomia privada nas sociedades anônimas fechadas, aliada à relação entre a situação subjetiva ativa dos acionistas de manifestarem sua vontade quanto à escolha da arbitragem e à eficácia do princípio da maioria⁵ como pilar de funcionamento desse tipo societário. Defende-se que essa escolha depende de uma manifestação favorável, expressa ou tácita, de vontade do acionista, na condição de prerrogativa individual, a qual não pode ser elidida ou alterada pelo estatuto ou pela assembleia geral majoritária sem o seu consentimento.

O trabalho é amplamente favorável à resolução de conflitos societários por arbitragem, desde que em um contexto acobertado pela segurança jurídica que pressuponha

e/ou a ação de anulação da sentença arbitral. Sobre o tema ver: MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 52. Para uma análise das fases arbitrais sob uma perspectiva processual, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 110-112.

⁵ Consoante a doutrina especializada, o ordenamento jurídico possui três tipos de normas: (I) regras, (II) princípios e (III) postulados. Na visão de HUMBERTO ÁVILA, 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 o suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes 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 complementariedade e de particularidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.” Já os postulados são normas jurídicas que estabelecem as condições essenciais para o relacionamento normativo, seja apresentando as características básicas do contexto em que as normas se inserem (ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito – postulados hermenêuticos), seja dispondo de requisitos para uma boa aplicação em concreto de duas normas (postulados aplicativos) (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85 e 143). Apesar do presente estudo não pretender aprofundar essa distinção, parece-nos que o chamado “princípio majoritário” constitui, na verdade, uma regra jurídica (e não um princípio) que descreve, de maneira abrangente, a forma por meio da qual as deliberações societárias serão tomadas no seio das sociedades anônimas. Ao longo do presente estudo optamos por não adotar uma expressão única para fazer referência ao “princípio majoritário”, sendo esta, no entanto, a mais utilizada, ainda que pareça ser tecnicamente imprecisa. Em uma perspectiva terminológica, endossamos o comentário de CELSO F. CAMPILONGO, mesmo que o autor tenha optado pelo uso de expressão distinta em seu estudo político sobre o tema: “(...) quer pela amplitude da sua aplicação prática quer pela pluralidade de tratamentos teóricos, seja pela polissemia do termo, seja pela necessidade de um enfoque que ultrapassasse o formalismo jurídico, adota-se, aqui, a expressão, ‘regra da maioria’ em sua dimensão mais lata e abrangente, como sinônimo de princípio da maioria, lei da maioria e direito majoritário.” (Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 33).

a concordância dos acionistas em fazê-lo, expressão latente da manifestação da autonomia privada. Em outras palavras, não se coaduna com a defesa da plena eficácia da regra da maioria em situações que envolvam a derrogação de situações ou direitos subjetivos, tidos como garantias individuais de acionistas, ao arrepio da vontade do seu titular.

Em síntese, os objetivos do trabalho são claros: busca-se evidenciar a insuficiência das soluções propostas pela doutrina para o problema da aprovação majoritária da cláusula compromissória estatutária superveniente, no seio de uma sociedade anônima fechada, à revelia do consentimento dos acionistas, titulares do direito alterado. Ao final, examina-se a viabilidade dos recessos estatutário e/ou legal para a resolução da problemática.

2. Relevância do tema

As razões que motivaram a escolha de tema relacionado à arbitragem societária decorreram de problemas práticos resolvidos de forma razoável em alguns dos principais tipos societários utilizados no Brasil (e.g., sociedades limitadas⁶ e sociedades anônimas abertas⁷), mas ainda sem solução satisfatória para as anônimas fechadas⁸.

⁶ No caso das sociedades limitadas, a questão se resolve por meio da aplicação do disposto no art. 1.077 do Código Civil, que permite ao sócio dissidente de qualquer alteração no contrato social retirar-se da sociedade nos 30 dias subsequentes à reunião. Nesse particular, lembre-se que, nos termos do art. 1.076, inc. I, do CC/02, a inserção de cláusula compromissória no contrato social de uma sociedade limitada depende de votos correspondentes a, no mínimo, a três quartos do capital social. Respeitada essa sistemática, a jurisprudência tem confirmado a plena eficácia da cláusula compromissória inserida em contrato social de sociedade limitada. Nesse sentido ver: TJ/RJ, 8ª Câmara Cível, AG em AC 2009.001.04638, Rel. Mônica Maria Costa, j. 29.09.2009; TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC 0014959-43.2012.8.26.0361, Rel. Maia da Cunha, j. 21.05.2013. A questão, no entanto, ainda é controversa, tendo sido recentemente debatida no órgão plenário da JUCESP. O caso envolveu recurso administrativo interposto por uma sócia buscando cancelar o arquivamento de alteração contratual, aprovada pelo voto da maioria, que excluiu cláusula arbitral estipulada no contrato social. No julgamento do recurso, a maioria dos vogais (9X7), embasados na opinião da consultoria jurídica da autarquia, deu provimento ao recurso por entender que a cláusula arbitral havia sido inicialmente acordada por todos os sócios, não sendo lógico que a maioria simples dos sócios pudesse diminuir um direito essencial subjetivo de todos eles, sem a sua concordância (Jucesp, Plenário, Ata nº 80/2014, Rel. Vogal Reinaldo Pedro Correa, j. 09.01.2014).

⁷ Nas sociedades anônimas abertas, o problema do alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, principalmente naquelas listadas no Novo Mercado, em que a adesão à Câmara do Mercado (CAM) é requisito obrigatório para o ingresso no segmento (art. 13.1 do Regulamento do Novo Mercado), encontra solução na possibilidade de os acionistas dissidentes (da deliberação assemblear que aprovou a inclusão da cláusula no estatuto social ou o ingresso da companhia em segmento especial, no qual a adoção da arbitragem é obrigatória) terem a possibilidade de vender suas ações diretamente no mercado (ainda que se possa questionar a eficiência do preço de venda das ações). A mesma lógica não funciona nas sociedades anônimas fechadas (e também nas anônimas abertas sem liquidez – não inseridas no presente estudo em razão da premissa metodológica adotada), nas quais inexistente mercado líquido para a venda das ações. Em tais sociedades, o problema continua sem solução adequada.

⁸ A colisão entre a regra da maioria e o consentimento do sócio/acionista quanto à escolha da arbitragem como forma de resolução de litígios atinge todos os tipos societários que funcionam com base na lógica majoritária. Porém, o caso mais preocupante é o das sociedades anônimas fechadas, nas quais o art. 137 da Lei 6.404/76 não autoriza o exercício do recesso em razão da inclusão de cláusula compromissória estatutária, nem existe liquidez para venda das participações no mercado. Diante do crescimento da arbitragem no Brasil, a tendência

Firma-se opinião no sentido de que nem a doutrina arbitral nem a societária conseguiram endereçar soluções ajustadas para o problema ou, pelo menos, que estejam em conformidade com as bases fundamentais de ambos os microssistemas jurídicos. Pelo contrário, os doutrinadores e a jurisprudência têm-se filiado a posições extremistas, ora baseadas na simples e objetiva prevalência do princípio da maioria (geralmente os societaristas), ora na rígida exigência de unanimidade (geralmente os arbitralistas), cujos efeitos são a insegurança jurídica e o aumento dos custos para a utilização da arbitragem em âmbito societário⁹.

A complexidade e a multidisciplinaridade do tema são evidentes. Há uma colisão frontal entre os direitos individuais dos acionistas, a regra de deliberação das sociedades anônimas e a escolha do método de acesso à Justiça. De um lado, a prevalência do princípio da maioria (art. 129 da Lei n. 6.404/76) e, de outro, a necessária manifestação favorável de vontade do acionista para aprovar a cláusula arbitral e se submeter aos seus efeitos (art. 4.º da Lei n. 9.307/96), sob pena de violação do direito fundamental previsto no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Após referir as razões que embasam as principais soluções propostas pelas doutrinas, arbitral e societária, dentre as quais se destacam (I) a prevalência do princípio da maioria na aprovação da cláusula compromissória¹⁰; e (II) a ineficácia da cláusula com

é que os casos envolvendo o tema sejam cada vez mais frequentes. Em pesquisa jurisprudencial, verificamos que os Tribunais Estaduais já tiveram oportunidade de se manifestar sobre a matéria em algumas oportunidades, com posicionamentos divergentes. Em sentido favorável à vinculação do sócio dissidente (TJ/MG, 13.ª Câmara Cível, AC 1.0024.08.071075-9/001, Rel. Des. Francisco Kupidowski, j. 09/07/2009; TJ/RJ, 8.ª Câmara Cível, AC 2009.001.04638, Rel. Des. Mônica Maria Costa, j. 30/06/2009). Em sentido favorável à ineficácia da cláusula compromissória arbitral com relação ao sócio dissidente (TJ/MG, 10.ª Câmara Cível, AI 1.0035.09.169452-7/001, Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 13/04/2010).

⁹ Nesse diapasão, pertinentes são as observações de RACHEL SZTAJN quanto à incerteza legal e os custos de transação que podem decorrer da casuística jurisprudencial nos sistemas jurídicos de base romano-germano-canônica: “A jurisprudência aumenta, ou diminui, a certeza e a segurança do Direito, com reflexo nos custos de transação. A função promocional do Direito, o prêmio ou a punição, conforme Norberto Bobbio, deve ser corroborado pelos Tribunais.” (Cf. SZTAJN, Rachel. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. n. 155/156, ago./dez., 2010, p. 40-48, p. 41).

¹⁰ Nesse sentido: FLAKS, Luis Loria. A arbitragem na reforma da lei das S/As, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 131, jul./set. 2003, São Paulo, p. 100-121; ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 136-173; ROSSI, Lívia. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 186-205; ACERBI, Andrea Góes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181-231; MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 126, p. 58-74, abr.-jun., 2002; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem na lei das sociedades anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima: 30 anos da Lei n. 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 247-27; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem*

relação aos acionistas dissidentes, ausentes ou que se abstiveram da votação¹¹, cujos argumentos estão relacionados (a) à inexistência de presunção de renúncia quanto a direito essencial de qualquer acionista¹²; (b) à exigência de unanimidade¹³; (c) à equiparação do contrato de sociedade a um contrato de adesão e a necessidade de assinatura da cláusula em termo apartado¹⁴; e (d) à natureza parassocial da cláusula compromissória¹⁵, o estudo propõe a abertura de uma nova linha de abordagem, cujos pilares de sustentação estão indicados abaixo.

Há quem sustente, com razão em nosso entender, que a solução ideal para o problema consistiria na ampliação das hipóteses legais de exercício do direito de recesso com a inclusão da cláusula compromissória como uma de suas hipóteses legitimadoras. Assim como ocorreu na Itália¹⁶, essa solução seria mais eficiente (evitaria os custos de

no direito societário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 20, p. 9-24, jan./mar., 2009.

¹¹ Nesse sentido: PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 126, abril-julho 2002, p. 129-140; CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/As Comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros e EIZIRIK, Nelson. *A Nova Lei das S/As*. São Paulo: Saraiva, 2002; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2; PANTOJA, Teresa Cristina G. Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem, p. 68-98. In *Prática em Arbitragem*, PANTOJA, Teresa Cristina G (coord.), Forense Universitária, 2008, p. 68-98; BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.) *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391.

¹² Nesse sentido: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/As*. São Paulo: Saraiva, 2002; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

¹³ Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111; GUERREIRO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65.

¹⁴ Nesse sentido: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/As*. São Paulo: Saraiva, 2002; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

¹⁵ Nesse sentido: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/As*. São Paulo: Saraiva, 2002; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

¹⁶ Entrou em vigência na Itália, no ano de 2004, o Decreto Legislativo n.º 5, de 17 de janeiro de 2003, prevendo a nova disciplina em relação à arbitragem societária, a intermediação financeira, os direitos bancário e creditício. O legislador idealizou um novo sistema de arbitragem destinado a resolver controvérsias de natureza societária, estabelecendo uma série de novas regras acerca do tema. O alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária foi claramente definido pelo decreto italiano, com o intuito de pôr fim às discussões doutrinárias existentes acerca do tema. Como veremos adiante, em seu artigo 34.6, a lei passou a exigir que as alterações estatutárias que introduzam cláusula compromissória estatutária ou que alterem a redação de cláusula já existente sejam aprovadas por sócios que representem, ao menos, dois terços do capital social. Além disso, o referido artigo prevê que os sócios ausentes ou dissidentes têm a possibilidade de exercer seu direito de retirada da sociedade no prazo de 90 dias. Uma parcela da doutrina refere o exemplo italiano como modelo a ser seguido nos sistemas jurídicos, como o brasileiro, que enfrentam problemas teóricos e práticos com relação à aplicação da cláusula compromissória estatutária, sem aceitação expressa dos acionistas. Sobre o tema: MAKANT, Barbara, e QUEIROZ, Samantha Longo, *Comentários à nova Lei sobre Arbitragem Societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, set.-dez., 2004, p. 296-300; BELLA, Enrico, A arbitragem societária italiana. *Revista*

administrar dois sistemas de resolução de litígios dentro da mesma companhia – arbitral e judicial) e sistematicamente correta, já que garantiria plena vigência ao princípio majoritário e manteria intacta a vontade do acionista dissidente, em consonância com os ditames dos direitos individuais dos acionistas e da Lei de Arbitragem.

Sem embargo, antes de sustentar essa orientação como definitiva e satisfatória (haja vista o inegável custo atribuído à companhia, ente legal responsável pelo pagamento do reembolso das ações ao acionista dissidente), o trabalho percorre os fundamentos jurídicos que explicam a plena eficácia do princípio da maioria nas sociedades anônimas, bem como as bases que fundamentam os direitos individuais dos acionistas (neles incluído o recesso) como limite ao poder de disposição do acionista controlador/sociedade na interpretação e consecução do interesse social.

Analisa-se, nesse contexto, uma alternativa ainda pouco explorada entre nós: a viabilidade legal da criação de hipótese adicional de recesso diretamente no estatuto social (“recesso estatutário”), como consequência do exercício da autonomia privada dos acionistas no seio das sociedades anônimas fechadas.

Em síntese, acredita-se que a resolução do imbróglio apresentado passa pela compreensão (I) da natureza jurídica do contrato de sociedade e das sociedades anônimas; (II) do princípio da autonomia privada e seus contornos no direito societário; (III) dos direitos individuais dos acionistas; (IV) dos fundamentos teóricos e limitações à regra da maioria; bem como pelo (V) exame da jurisdição arbitral no contexto das garantias fundamentais erigidas pela Constituição Federal, temas de que doravante iremos nos ocupar.

3. Contribuição original da tese

O estudo pretende contribuir para a ciência jurídica brasileira, oferecendo-lhe uma nova sistemática de abordagem para o problema dos direitos individuais dos acionistas, do princípio majoritário e da cláusula compromissória estatutária superveniente no contexto das sociedades anônimas fechadas, extraíndo dessa construção soluções (e desafios) para o tratamento do tema.

Não se identificaram na literatura jurídica pátria estudos acadêmicos que se propusessem a estudar o tema sob uma perspectiva dogmática multidisciplinar,

Brasileira de Arbitragem, n. 14, São Paulo: IOB Thompson, 2007, p. 77/78/85; CORAPI, Diego, Notas sobre a arbitragem econômica nas sociedades, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, set.-dez., 2004, p. 32-41.

complementar e adequada à variedade de dimensões que o problema apresenta¹⁷, sendo nosso objetivo meramente instrumental e investigativo sem pretensão de esgotamento.

O exame crítico, sistemático e organizado das sociedades anônimas, como tipo societário, das soluções apontadas pela doutrina para o problema (inclusive o recesso estatutário), aliado à identificação das razões jurídicas subjacentes à regra da maioria e aos direitos individuais dos acionistas, desvendam uma pouco explorada, porém fundamental, associação entre a arbitragem e as prerrogativas essenciais dos acionistas, e apontam para a necessidade de alterar a Lei n. 6.404/76 para solucionar eficazmente o problema (por meio da extensão das hipóteses de recesso do art. 137).

Por fim, entende-se que a sistematização das informações da pesquisa e a consulta à farta fonte bibliográfica, nacional e estrangeira, lançará novas bases para a consolidação das matérias tratadas, representando uma contribuição inovadora e condizente com o que se espera de uma tese de doutoramento¹⁸.

4. Plano proposto

O trabalho examina o tema da arbitragem nas sociedades anônimas fechadas, particularmente sua relação com os direitos individuais dos acionistas, o princípio majoritário, o direito de recesso e o problema da cláusula compromissória estatutária superveniente. Todavia, para chegar a esse ponto crítico, será percorrido um caminho lógico-descritivo cujo marco inicial é a compreensão das premissas jurídicas que fundamentam e estruturam o contrato de sociedade como plurilateral, associativo e de organização.

Busca-se analisar as características e a lógica de funcionamento do contrato de sociedade, bem como as bases essenciais desse negócio jurídico e os elementos que estruturam sua organização como modelo ideal para a exploração de uma atividade econômica com comunhão de escopo.

¹⁷ Concordamos, nesse particular, com o aviso de BERNARD HANOTIAU a respeito da dificuldade de se aplicarem novas teorias (no caso a desconsideração da personalidade jurídica) na resolução por via arbitral de conflitos societários, sem entender os conceitos básicos da disciplina societária: “(...) antes de ventilar a aplicação da teoria deve-se ter, em primeiro lugar, uma boa compreensão dos princípios básicos do direito das sociedades, o que nem sempre é o caso.” (Tradução livre). (Cf. HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration, multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 98). Parece-nos que a reflexão pode ser estendida para a problemática enfrentada no presente estudo, cuja solução passa, necessariamente, pela compreensão a respeito dos princípios e regras aplicáveis a todas as searas jurídicas envolvidas.

¹⁸ Nesse ponto, lembre-se das lições de NATALINO IRTI, para quem não é ofertado ao jurista o prazer da nostalgia, tampouco da sutil tristeza que toma conta de si ao ver o sol que se põe; tem ele o dever de compreender e recompor a lógica do seu próprio tempo, caminhando entre os destroços do passado e as incertezas do futuro (Cf. IRTI, Natalino. *L’Eta della decodificazioni*, 4. ed. Milão: Giufre, 1999, p. 64).

Vencida essa parte inicial, o estudo avalia as principais soluções, arbitrais e societárias, construídas pela doutrina para o problema da eficácia subjetiva da cláusula estatutária superveniente aos acionistas ausentes, dissidentes ou abstinentes. A partir da compreensão dos direitos individuais dos acionistas e da aplicação imediata de garantias constitucionais nas relações societárias, traçam-se os fundamentos jurídicos que sustentam a ilegitimidade da sociedade para dispor de prerrogativa individual do acionista e a necessidade de outorgar a ele uma porta de saída, consistente na reforma legislativa para a criação de uma nova hipótese legal de recesso.

Formalmente, o trabalho está dividido em três partes, cada uma delas segmentada em dois capítulos. A primeira parte analisa a relação entre direito societário e autonomia privada, dividindo-se em dois segmentos. O primeiro capítulo analisa as premissas fundamentais do direito societário, principal campo de abordagem do estudo, localizando-o no ordenamento jurídico privado e delimitando o espectro do estudo ao fenômeno associativo nas sociedades empresárias personificadas. Logo a seguir, o texto examina as premissas jurídicas que fundamentam e estruturam o contrato de sociedade como plurilateral, associativo e de organização, bem como as relações jurídicas que dele decorrem.

O segundo capítulo trata da terminologia, do conceito e das esferas de atuação da autonomia privada. A partir de um exame de suas linhagens filosóficas, define-se a expressão que será utilizada ao longo do estudo (i.e., autonomia privada) e busca-se precisar o sentido específico do seu conceito genérico (i.e., liberdade negocial), identificar o instrumento que lhe dá suporte (i.e., negócio jurídico) e seu principal veículo (i.e., situação jurídica/direito subjetivo).

A segunda parte também é formada por dois capítulos. O principal objetivo deles é examinar os traços fundamentais do tipo e os pilares do regime jurídico das sociedades anônimas, particularmente as fechadas. O primeiro capítulo examina os tipos societários, sua estrutura, função e os limites da sua flexibilidade, tendo como parâmetro de análise o conceito de sociedade.

Estudam-se, também, as normas cogentes, em contraposição às normas dispositivas – supletivas e interpretativas – como principal limite de atuação da autonomia privada. Com enfoque nos conceitos de sociedade e tipo societário, busca-se enquadrar o esquema normativo das regras do Código Civil que regem a matéria no critério de classificação (cogente ou dispositiva), identificando, assim, alguns dos obstáculos da vontade individual nessa seara jurídica.

O segundo capítulo examina os traços fundamentais das sociedades anônimas, esquadrinha a distinção legal e tipológica entre os subtipos de companhia, aberta e fechada, dando enfoque à última, especialmente com relação aos limites internos para a atuação do princípio da autonomia privada. O capítulo salienta, também, a atuação de duas forças motrizes que determinam a lógica de funcionamento da sociedade anônima, maioria e minoria¹⁹, enfatizando os direitos individuais dos acionistas, a assembleia geral dos acionistas, o princípio majoritário e o direito de recesso como instrumentos/alicerces societários responsáveis por manter o equilíbrio do sistema.

A terceira parte segue a mesma estrutura das anteriores, dividindo-se em dois capítulos, e compõe o eixo principal da tese. O primeiro capítulo examina a relação existente entre a arbitragem e os direitos fundamentais, especialmente o de acesso à Justiça, bem como outros elementos e requisitos indispensáveis ao bom funcionamento da arbitragem (e.g.

¹⁹ Sobre a utilização dos termos “maioria” e “minoría” na esfera societária, bem como a finalidade das regras que tutelam a minoria, como grupo de acionistas, e os acionistas individualmente considerados, são relevantes as lições de WALDÍRIO BULGARELLI: “A expressão minoria não se refere a uma noção meramente quantitativa, mas a uma relação quantitativa de poder, que não corresponde ao número de pessoas, nem de ações, necessariamente. Maioria é, sob tal aspecto, o controlador – o que de fato controla e dirige a sociedade – e minoria, os que por várias razões (absenteísmo, minifúndio de ações ou coesão do grupo controlador ou outros motivos) estão afastados do poder, dentro da sociedade. Tem-se, muitas vezes, em questão quantitativa, a minoria como uma quase maioria, ou seja, uma grande minoria. Razão pela qual, Ascarelli, em 1930, ao comentar a clássica tese de René David, referia-se ao controlador como *picoli nuclei dei grossi azionisti*, e a massa dos demais acionistas como *masse dei piccoli azionisti*. “Enquanto os controladores são também chamados de maioria – o que nem sempre quantitativamente é correto, mas que na prática societária se confunde –, já a minoria, numa análise mais profunda, oferece também dificuldades terminológicas, dado o emprego variado de denominações para qualificar os acionistas integrantes do quadro acionário.” E conclui dizendo que: “Minoría é afinal uma posição – eventual ou não – que o acionista atravessa: pode-se dizer que o acionista não é minoria, mas está em minoria. Situação, ademais, que pode ser eventual, pois que ele pode – por aquisição de novas ações, por acordo de votos ou mesmo por pressão contratual (fornecimentos, financiamentos, etc.) – tornar-se maioria ou dela participar. Protege-se assim aquele acionista que se encontra em tal posição contra os possíveis e eventuais abusos da maioria. Enquanto os direitos conferidos aos acionistas em relação à sociedade visam a garanti-los, mantendo intocável a sua posição de acionista ou possibilitando que defendam seus interesses individuais contra o grupo ou especificamente contra a administração, já aqueles conferidos aos acionistas, como minoria, objetivam permitir que possam intervir na vida societária. Daí que podemos considerar os direitos dos acionistas, em geral, e enquanto tal, como os concedidos contra qualquer violação, objetivando protegê-los, salvaguardando a essencialidade da sua condição de sócio e voltados contra quem quer que seja. Já os direitos concedidos aos acionistas, na condição de minoria, vale dizer, quando sujeitos aos controladores, têm como objetivo protegê-los contra qualquer violação ou manobra da maioria tendente a prejudicar seus interesses. Daí a noção, hoje bem aceita, de que a minoria é o acionista ou conjunto de acionistas que, na Assembleia Geral, detêm uma participação em capital inferior àquela de um grupo oposto.” (Cf. BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33 e 40). No mesmo sentido: CLUSELLAS, Eduardo L. Gregorini. *La protección de las minorías en las sociedades anónimas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p. 11. Como ressalta MARCELO VEIRA VON ADAMEK, o termo “minoría” deve ser entendido como “(...) não controlador, pouco importando a proporção e a espécie da sua participação societária. O termo ‘minoría’ assume, aqui, a ideia de não controlador e constitui, precisamente, uma específica situação subjetiva de sócio diante da sociedade e dos demais membros.” (Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 44).

forma de manifestação de vontade das partes e natureza jurídica da arbitragem e da cláusula compromissória).

O segundo capítulo faz um apanhado das premissas da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários no âmbito das sociedades anônimas, mormente a partir da previsão do art. 109, §3.º, da Lei n. 6.404/76, inserido pela reforma de 2001 (Lei n. 10.303/01), com enfoque no processo de inserção da cláusula, na manifestação de vontade das partes e no instrumento que lhe outorga eficácia (cláusula compromissória).

Examina, também, a eficácia da cláusula compromissória estatutária superveniente com relação aos acionistas dissidentes, ausentes e abstenentes, enfatizando a insuficiência e o extremismo das soluções propostas tanto pela doutrina arbitral quanto pela societária. A tese defende que nenhuma das proposições examinadas (mesmo o recesso estatutário) é capaz de resolver de forma satisfatória o problema ou desenhar uma solução razoável e de compromisso, cujas premissas respeitem tanto os fundamentos da arbitragem quanto a lógica de funcionamento do direito societário.

Ao fim e ao cabo, o trabalho propõe a extensão das hipóteses de recesso legal como a solução mais equilibrada, ajustada e compatível com os microssistemas jurídicos estudados, delineando algumas peculiaridades do seu funcionamento. Adota-se, como paradigma de análise, o Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013²⁰, de autoria do Sen. Renan Calheiros, que altera, entre outras questões, a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para incluir entre as hipóteses de recesso a inserção de convenção de arbitragem no estatuto social.

²⁰ Cujas ementas são: “Altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.”

PARTE I – DIREITO SOCIETÁRIO E AUTONOMIA PRIVADA

CAPÍTULO I – CONTRATO DE SOCIEDADE

O direito societário é o ramo jurídico que regula os fenômenos associativos, suas regras, princípios, estruturas e conflitos a partir de uma dogmática própria, decorrente de sua formação histórica²¹. Trata-se de uma seara técnica, com particularismos bastante acentuados e uma lógica de funcionamento aplicável, de uma maneira geral, a todos os tipos societários previstos na lei, em regime fechado, cujo objetivo é garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas²², permitindo que cada modelo cumpra a função para a qual foi desenhado²³.

Apesar de relevante para o bom funcionamento do sistema societário, essa visão compreensiva e propedêutica não nos interessa. É preciso ir além, identificar os fenômenos

²¹ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947, p. 27.

²² Essa visão do direito societário é típica dos países da *Civil Law*, de tradição romano-germânica. Nos países que adotam o sistema da *Common Law*, de origem anglo-saxã, especialmente os EUA, o estudo do direito societário é fortemente influenciado pela escola da análise econômica do direito (*Law&Economics*). Por exemplo, para os norte-americanos FRANK EASTERBROOK e DANIEL FISCHEL, adeptos dessa corrente, o objetivo do direito societário está diretamente relacionado à eficiência de seus modelos, mais especificamente à redução dos custos de contratação/transação dos agentes na escolha de um modelo jurídico para a exploração de seu negócio. Isso ocorre através da oferta de estruturas normativas preestabelecidas e capazes de preencher de forma eficiente as lacunas contratuais que as partes não puderam completar de forma antecipada, seja em razão da sua racionalidade limitada, seja pelo alto custo que a negociação dessas cláusulas acarretaria à operação. (Cf. EASTERBROOK, Frank e FISCHEL, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press: 1996, p. 34 e 35). A despeito da predominância dessa visão econômica da sociedade, uma parcela da doutrina norte-americana também compartilha da mesma perspectiva dos países da *Civil Law*. Para MELVIN ARON EISENBERG e JAMES D. COX, por exemplo: “Corporation law is often conceived as state law, but this conception is much too narrow. Corporate laws serves various functions. It enables corporations to be organized. It provides corporations with certain endowments – most prominently, entity status, limited liability, perpetual existence, the right to own property and to make contracts, and the power to sue and be sued. It sets the level of care required of directors and officers. It provides a special remedial structure to resolve claims by shareholders against directors and officers. It facilitates various transactions and conduct in which a corporation may choose to engage. It addresses various kinds of conflict of interest. (They may be either traditional conflicts, which typically involve self-interested transactions between managers and their corporations, or positional conflicts, which involve actions by managers to maintain and enhance their positions. Any body of rules that addresses one or more of these functions is part of corporate law. Viewed from this perspective, corporate law consists of four major modules; state statutory law, state judge-made law; federal law, such as the Securities Acts and Sarbanes-Oxley; and private ordering, or ‘soft law’, such as stock-exchange rules for listed companies. Each of these modules serves a distinct function.” (Cf. EISENBERG, Melvin Aron and COX, James D. *Corporation and other business organizations. Case and materials*. 10. ed. New York: Foundation press, 2011, p. 192/193).

²³ MENESES CORDEIRO. Antônio. *Manual de direito das sociedades*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

associativos que estão sob a sua alçada e delimitar quais são os regramentos jurídicos que compõem esse ramo do direito²⁴.

Para os fins específicos do presente trabalho, entende-se que um fenômeno afeito às regras societárias envolve situações nas quais se vislumbra uma coletividade de pessoas organizada por um ato de autonomia privada de seus membros, com o desiderato de perseguir ou administrar interesses comuns. A prestação realizada por cada um dos participantes estará voltada para a consecução de um objetivo comum, estando essa comunhão de escopo disciplinada no contrato da sociedade, juntamente com outras regras necessárias à exploração da atividade e ao funcionamento da organização, constituindo, portando, o elo entre esses agentes econômicos²⁵.

Em síntese, o direito societário busca regulamentar manifestações do fenômeno associativo que consigam reunir esse grupo de características. Na linguagem do Código Civil, mais especificamente do art. 44, §2.º, inserido no Capítulo que trata das disposições gerais aplicáveis às pessoas jurídicas (entre elas, associações e sociedades), tais agrupamentos são chamados de “associações em sentido amplo”, que, por sua vez, se dividem em dois flancos principais: (I) as associações em sentido estrito (reguladas pelos arts 53 a 61 do Código Civil) e (II) as sociedades (reguladas pelos arts 981 a 1.141 do mesmo diploma).

É importante consignar que a partir do ano de 2002 – com a promulgação do “novo” Código Civil – o regime geral societário brasileiro passou a ser dividido em dois principais grupos de fenômenos associativos finalísticos: (I) as associações²⁶ e (III) as sociedades²⁷,

²⁴ Nesse sentido, ver WIEDEMANN, Herbert. Excerto do ‘direito societário I – Fundamentos’. Trad. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 624-640. Para o autor alemão, o objetivo do direito societário é estabelecer o regramento societário em três principais esferas: (I) uma disciplina ou ordenamento da sociedade, (II) uma disciplina ou ordenamento do patrimônio e (III) uma disciplina ou ordenamento da empresa (nesse sentido, tudo indica que o autor procura analisar o perfil institucional da empresa contrapondo-o ao contratualismo). Esses são os princípios estruturais do direito societário: ordenamento societário, ordenamento patrimonial e ordenamento da empresa. No âmbito do presente estudo, será dado enfoque ao estudo da disciplina ou ordenamento da sociedade.

²⁵ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 32.

²⁶ Lembre-se que o direito de associação, em seu sentido político, está protegido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, inciso XX: “Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. No âmbito infraconstitucional, o art. 53 do Código Civil dispõe acerca das associações como fenômeno associativo finalístico não-econômico: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Sobre o tema: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, e SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 128, 2002, p. 15-26.

²⁷ O termo admite uma plêiade de significados, alguns técnicos, outros não. Todavia, antes de precisar seu sentido jurídico é preciso fazer uma diferenciação importante para a condução linear do trabalho: costuma-se confundir e tratar como se sinônimos fossem os termos *empresa*, *empresário* e *sociedade*. A equiparação não

personificadas ou não, cada qual com suas peculiaridades e princípios fundamentais. Esse binômio societário é formado por organizações finalísticas cuja característica em comum é o estabelecimento de laços de cooperação e organização entre seus membros para a consecução de objetivos comuns (e lícitos) por meio da exploração de uma atividade econômica²⁸.

procede e incorre em grave erro de técnica jurídica, ainda que a prática forense e parte da doutrina insistam em ignorá-lo e, por vezes, estimular seu uso. Empresa é a atividade econômica organizada, exercida profissionalmente, para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Empresário é o sujeito que exerce a atividade em nome próprio, o seu titular, que pode ser uma pessoa física (empresário individual) ou uma pessoa jurídica (sociedade empresária). Sociedade é a forma jurídica arquitetada pelo ordenamento jurídico para o exercício dessa atividade. Ao se confundirem os conceitos, incorre-se no erro de misturar o exercício da atividade em si, empresa, com o sujeito que a exerce, sociedade, o que, a nosso ver, é inaceitável. Emprega-se, também, a palavra *sociedade* para indicar tanto o contrato de sociedade firmado entre os participantes de determinado empreendimento econômico, como para designar a relação jurídica que se forma entre eles, cuja origem é justamente o instrumento societário. De mais a mais, utiliza-se a palavra *sociedade* como sinônimo de pessoa jurídica, resultado final do evento da personificação, efeito legal atribuído a alguns tipos societários registrados no órgão público apropriado. Para os fins deste trabalho, o termo “sociedade” será empregado no sentido jurídico definido pelo art. 981 do Código Civil, qual seja um contrato por meio do qual pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de uma atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Nesse sentido, ver ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 145 ss; ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico*, São Paulo, v. 42, n. 132, p. 203-215, out./dez. 2003; ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. de Fábio Konder Comparato, *Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico*, São Paulo, n. 109, p. 183-189, jan./mar.1998; ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, p. 108-126, out./dez. 1996; MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 1-38, 129-161; MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 1-28; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37 ss; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. In: _____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 511-530.

²⁸ Como ressalta ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA o exame mais atento do critério do exercício coletivo de uma atividade econômica, com o objetivo de partilhar os resultados daí advindos, permite identificar uma íntima relação desta com o conceito de fim comum, importado do direito alemão. A ideia de fim comum abrange, em um sentido mais amplo, duas espécies relevantes para a construção das bases em torno das quais se constrói a lógica societária: o escopo-meio (objeto) e o escopo-fim (objetivo). O escopo-meio (objeto) está relacionado ao tipo de atividade econômica a que a organização societária se destina, sendo tal conceituação de suma relevância para distinguir, por exemplo, as sociedades empresárias das não empresárias. Percebe-se que a escolha do legislador adotou critérios da natureza da atividade econômica explorada e/ou da forma jurídica adotada pelos agentes, com as ressalvas previstas em lei, de maneira que a conexão entre a forma e o objeto, em razão da determinação legal, ora do elemento formal, ora do elemento substancial, estabelece certo hibridismo, ensejando no direito vigente pelo menos três situações bastante particulares: sociedade qualificada de empresária, por força exclusiva de sua forma, seja qual for seu objeto (e.g. sociedade anônima); sociedade qualificada de simples (não empresária), pela conjugação da forma comercial e do objeto não empresarial (e.g. sociedades simples); sociedade qualificada de não empresária, por força exclusiva da forma, seja qual for seu objeto (e.g. sociedade cooperativa). Por outro lado, a ideia em torno do escopo-fim ou finalidade é um artifício que permite diferenciar as sociedades das associações em sentido estrito. Como se depreende do conceito do artigo 982 do Código Civil, nas primeiras o objetivo é a partilha dos resultados da atividade social explorada em conjunto entre os participantes, algo que não poderá ocorrer nas segundas, nos termos do artigo 53, sob pena de desnaturar sua essência e transformá-la em sociedade. O fim social, por sua vez, é o elemento constitutivo de qualquer ente societário, bem como o liame entre as vontades de dois ou mais indivíduos interessados em contratar uma sociedade. A natureza, a estrutura, a organização e a extensão do fim social que será conjuntamente explorado pelos participantes será determinante para definir a forma jurídica da organização societária e, portanto, estabelecer as disposições normativas aplicáveis. Em resumo, nas

A despeito dessa semelhança congênita, o presente estudo concentrará seus esforços na análise das sociedades empresárias personificadas, mais especificamente as anônimas fechadas, examinadas na segunda parte do trabalho, na qual se insere o problema da autonomia privada e da vinculação do acionista à cláusula compromissória estatutária superveniente aprovada com base na regra da maioria.

Em linhas gerais, as sociedades podem ser constituídas de três maneiras diferentes: (I) por contrato, (II) por lei²⁹ ou (III) por ato unilateral³⁰. As sociedades constituídas por contrato são não apenas o fenômeno societário mais recorrente, mas também aquele que, em uma perspectiva histórica, primeiro se desenvolveu. Trata-se, portanto, de uma espécie de paradigma cujas principais características são relevantes para os fins do presente estudo.

A visão contratual da sociedade³¹ tem antecedentes em construções doutrinárias clássicas³² oriundas, de forma imediata, do direito contemporâneo europeu, e, com inspiração mais remota, no Código de Obrigações Suíço, que, por seu turno, retoma a noção romana de fraternidade nas relações entre os sócios³³.

sociedades o exercício de atividade econômica em comum tem como finalidade a obtenção de lucro a ser partilhado entre os sócios, enquanto nas associações não há exercício de atividade econômica com o objetivo de partilhar os resultados; os resultados eventualmente obtidos serão reinvestidos na própria atividade. (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira von. “Affectio Societatis”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: _____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27-68, p. 43/45; SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30; MARCONDES, Sylvio, *Qualificação e classificação das sociedades*. In *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 163-181, p. 166.

²⁹ As sociedades constituídas por lei são as sociedades de economia mista, subtipo das sociedades anônimas, reguladas pelos arts 235 a 240 da Lei das S/As. Em regra, são criadas por ato legislativo para a exploração de atividades estratégicas (ex.: Petrobras, Banco do Brasil e, antes da privatização, a Vale). Seu capital social é composto de recursos públicos e privados, sendo o Estado obrigatoriamente, no direito brasileiro, o acionista controlador, nos termos do art. 116 da Lei das S/As.

³⁰ As sociedades constituídas por ato unilateral são as chamadas subsidiárias integrais, originadas do destaque de uma parcela patrimonial de uma sociedade brasileira de qualquer tipo societário que, por meio da transferência desse patrimônio separado, cria uma “sociedade-filha” (subsidiária), cuja forma societária deverá ser, obrigatoriamente, uma sociedade anônima, e cujo único acionista é a própria sociedade-mãe (é, portanto, espécie de sociedade unipessoal), constituindo essa uma técnica organizativa dos grupos de sociedades. As subsidiárias integrais são reguladas pelos artigos 251 a 253 da Lei das S/As.

³¹ Não se ignora a deficiência da visão contratual de sociedade para explicar todas as manifestações do fenômeno societário, como a sociedade unipessoal e a sociedade de economia mista (constituídas não por contrato, mas, sim, por ato unilateral e por lei, respectivamente, sendo que a primeira sequer apresenta pluralidade de sócios). Mesmo assim, adotaremos a noção clássica de sociedade como base de partida para adentrar na matéria de fundo do presente estudo, tecendo, sempre que entendermos relevante, críticas a tal concepção. Situa-se, nesse contexto, a recém-criada empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), constante no art. 980-A do Código Civil.

³² Por exemplo, na visão de CESARE VIVANTE, “Las sociedades comerciales son personas jurídicas constituídas mediante un contrato, en cuya virtud dos o más personas convienen a formar, por medio de sus aportes, un fondo social con el fin de partir la ganancia que podrán conseguir en el ejercicio de un o más actos de comercio.” (Cf. VIVANTE, Cesare. *Instituciones de derecho comercial*. Trad. Ruggero Mazzi. Reus: Madrid, 1928, p. 81-82).

³³ A formação histórica do conceito de sociedade manteve-se atrelada à ideia de reunião de indivíduos, com direitos e obrigações recíprocos, imbuídos de um escopo comum e unidos por um contrato. É, portanto, da

Faz parte da tradição jurídica privada brasileira a definição da sociedade como um contrato³⁴. A despeito de o Código Comercial de 1850 não ter forjado um conceito próprio de sociedade, dedicou tratamento a aspectos relacionados ao tema em oito artigos das suas disposições gerais (i.e., objeto social, contribuição para o capital social, deveres e obrigações dos sócios – arts. 287 a 294). Essa lacuna legislativa foi preenchida mais de meio século depois (precisamente 68 anos), com a promulgação do Código Civil de 1916³⁵, orientação que se manteve no atual Código Civil de 2002³⁶.

Na sistemática vigente, o contrato de sociedade está inserido na parte especial do atual Código, no Livro II (intitulado “Do Direito da Empresa³⁷”), do Título II, (“Da Sociedade”), nos artigos 981 a 1.141, logo após o Título I, Capítulos I e II, que caracterizam e disciplinam o regime jurídico do empresário individual. Não obstante a sua natureza

essência da sociedade a existência de um acordo de vontades entre pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns e partilhar os resultados daí avindos. Nesse sentido, ver: MARCONDES, Sylvio, Da atividade negocial: empresários e sociedade. In *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 129-162, p. 142; SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30; WARDE JUNIOR, Walfrido. Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1-83; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La Società in Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 1950.

³⁴ Ver, por exemplo, os arts. 289 e 300 do Código Comercial de 1850, que mencionam o termo “contrato” em seus enunciados legais.

³⁵ Art. 1.363: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”. Na opinião de WALDEMAR FERREIRA, por exemplo, o dispositivo era marcado pela vagueza, tendo em vista a amplitude do conceito legal e, também, por confundir os termos sócio e associado. Para o autor, a imprecisão legislativa sobre a matéria já assombrava o Código Comercial (apesar de não trazer expressamente um conceito de sociedade). (Cf. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 44 e ss).

³⁶ Art. 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. A semelhança do dispositivo brasileiro com o art. 2.247 do Código Civil italiano é indiscutível: “Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili”. Em razão disso, é pertinente trazer à baila a opinião da doutrina italiana sobre o tema. Na visão de FRANCO DI SABATO, por exemplo: “Il contratto costitutivo di società, quando ricorre, è, al pari dei contratti costitutivi di associazione e di consorzio, un contratto plurilaterale con comunione di scopo. Si tratta di contratti stipulati da due o più parti (non quindi necessariamente più di due), ciascuna della quali si obbliga all’esecuzione di prestazioni “dirette al conseguimento di uno scopo comune” (art. 1420)”. (Cf. DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 58). PIER GIUSTO JAEGER e FRANCESCO DENOZZA seguem na mesma linha: “Tutti i partecipanti conferiscono beni o servizi, che confluiscono in un patrimonio comune, ossia un patrimonio costituito dai conferimenti di tutti; attraverso questi mezzi si esercita una attività, tale attività produce degli utili, e questi utili vengono ripartiti tra i soci”. (Cf. JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1994, p. 112).

³⁷ No anteprojeto de Código Civil, apresentado ao Governo da República pela comissão responsável, o capítulo em questão, de autoria de SYLVIO MARCONDES denominava-se “Da Atividade Negocial”. A nomenclatura foi alterada para “Do Direito da Empresa” durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional. O material produzido por MARCONDES para a elaboração do projeto, juntamente com outros estudos e pareceres, está publicado em duas coletâneas de sua autoria: MARCONDES, Sylvio. In *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970; _____. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1977. Sobre a originalidade da contribuição de MARCONDES e a incompreensão do legislador ao alterar o título do Livro II do Código Civil ver: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, no 128, Rio de Janeiro, Malheiros, 2002, p. 7-14.

jurídica³⁸ contratual, a sociedade não está disciplinada juntamente com as demais espécies de contratos, também inseridas na parte especial do Código (Livro I, denominado “Do Direito das Obrigações”, Título VI – “Das Várias Espécies de Contratos”).

E não se trata de equívoco do legislador. A inserção do contrato de sociedade no Livro II do Código Civil, reservado ao Direito da Empresa, não é aleatória e denota uma escolha consciente, acertada em nossa opinião, de disciplinar legislativamente essa espécie contratual de forma distinta das demais (técnica que não foi adotada pelo Código de 1916). Diversos argumentos poderiam ser elencados para justificar esse tratamento diferenciado; os principais são examinados nos itens a seguir.

1. Bases fundamentais

Vimos que uma das funções atribuídas ao Direito é garantir a segurança na circulação de recursos e a estabilidade das relações jurídicas, com o objetivo de promover a produção e a circulação de bens e serviços, satisfazendo as necessidades sociais e gerando riqueza. Nesse diapasão, entende-se, também, que cabe ao ordenamento jurídico uma função promocional, relacionada à construção de modelos jurídicos capazes de harmonizar interesses variados, ora conflitantes, ora convergentes, voltados à exploração de uma mesma atividade econômica. O contrato de sociedade consiste em um desses modelos³⁹.

Se examinarmos a sociedade sob uma perspectiva eminentemente jurídica, é possível vislumbrar duas visões distintas do mesmo fenômeno: (I) a primeira alude à identificação do seu negócio subjacente, isto é, a caracterização da atividade econômica empresária, nos termos dos arts. 966 e 981 do Código Civil, bem como a definição da sua estrutura organizativa; (II) a segunda se refere à eficácia interna e externa das relações

³⁸ Concordamos com a visão de que a natureza jurídica não é um fim em si mesma, mas um meio relevante para compreender os fundamentos de um instituto e a sua localização espacial no universo jurídico pesquisado. Sobre o tema, precisos são os comentários de FÁBIO K. COMPARATO ao dissertar sobre a macroempresa: “Para tratar da grande empresa, não nos detemos no irritante problema da sua natureza jurídica, que alguns poderiam considerar como matéria preliminar de indagação. E assim procederemos, deliberadamente, porque nos recusamos a considerá-lo como um *a priori* da pesquisa jurídica. (...) Urge, portanto, reconhecer que a elaboração dos conceitos e a pesquisa das essências (as famosas ‘naturezas jurídicas’) deve suceder e não preceder a análise da vida jurídica em sua evolução fática. Urge aperfeiçoar os instrumentos de observação dessa realidade dos fatos, buscando o conhecimento do direito efetivo e não apenas do direito ideal, enunciado na lei.” (Cf. COMPARATO, Fábio K. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 3-4.) Em sentido semelhante, GENARO CARRIÓ refere que várias das discussões envolvendo a natureza jurídica de institutos são irrelevantes, constituindo as pesquisas sobre o tema dos mais diversos institutos uma enfermidade profissional dos pesquisadores do direito, proporcionando um guia não muito adequado para a solução de eventuais problemas e uma base de sistematização pouco útil (Cf. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y language*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 100-103).

³⁹ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 12.

societárias, especialmente quanto ao novo ente que o contrato pode originar, isto é, a pessoa jurídica⁴⁰, inerente a alguns tipos societários, conforme previsão do art. 983 do Código Civil.

A doutrina privatista brasileira, seguindo a tendência do direito europeu, especialmente da Itália e da Alemanha, destaca o tratamento jurídico do contrato de sociedade dos contratos em geral, por uma série de razões⁴¹. A dificuldade de enquadramento das peculiaridades do fenômeno no esqueleto de normas desenhado para os demais contratos pôs em voga três elementos peculiares do fenômeno associativo: (I) a execução continuada de seus direitos e obrigações; (II) a comunhão de escopo dos sócios, como essência da estrutura societária⁴², a ponto de determinar a natureza das prestações aportadas pelos participantes e condicionar as relações jurídicas havidas entre eles, a sociedade e terceiros; (III) a heterogeneidade sistemática (*eterogeneità sistematica*) da sua estrutura organizativa⁴³.

O ponto de partida dessa discussão costuma se concentrar na natureza jurídica do ato constitutivo/contrato de sociedade, tema que gerou (e ainda gera) relevantes e inquietantes debates, principalmente na doutrina societária europeia da primeira metade do século XX⁴⁴. Ao longo desse período, diversas foram as tentativas de explicar a formação

⁴⁰ GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Morano: Napoli, 1948, p. 10; FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 9-10.

⁴¹ Lembra SYLVIO MARCONDES: “Em primeiro lugar, é importante notar que as relações contratuais societárias não ficam restritas ao âmbito dos contratantes; originam obrigações diversas, ora diretas, ora subsidiárias, entre estes e terceiros estranhos ao contrato. Em segundo, se consideramos o ato jurídico como fonte formal de comportamentos aptos a criar direitos subjetivos, o contrato de sociedade, na maioria dos casos, não é apenas ato-subjetivo, cujos efeitos são limitados aos seus instituidores, mas sim ato-regra, de natureza corporativa, extensível a futuros participantes. Em terceiro, porque a sociedade, ao adentrar o patrimônio individual dos sócios, apropria-se de bens e arquiteta um patrimônio especial, e quando se personifica, transforma-se em um novo sujeito de direito.” (Cf. MARCONDES, Sylvio, Da atividade negocial: empresários e sociedade. In *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 129-162, p. 143).

⁴² O contrato plurilateral de sociedade é um contrato de execução continuada, sujeitando-se às normas destes naquilo em que é compatível. Nesse sentido, a clareza da doutrina italiana é insuperável: “La circostanza che le dichiarazioni dei contraenti siano dirette ad un effetto comune implica solo che si tratta di una specie particolare di contratto, che lo stesso legislatore definisce plurilaterale (art. 1420); ed il richiamo specifico al contratto nella definizione dell'art. 2247 assume il significato di rendere applicabile la disciplina generale dei contratti, in quanto compatibile con quella appositamente detata”, (Cf. DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 57). No mesmo sentido: FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: Editrice Torinese, 1955, p. 129-130.

⁴³ FERRO-LUZZI, Paolo, *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 5/6. Ainda que o foco desse item sejam as diferenças existentes entre os negócios jurídicos bilaterais e os negócios jurídicos plurilaterais, há uma série de semelhanças que não podem ser descaracterizadas, sob pena de estremar fenômenos jurídicos que são próximos. Uma dessas semelhanças resulta do fato de ambos nascerem de uma concordância de vontades que geram efeitos jurídicos. Esse aspecto é ventilado por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, Tomo XXXVIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 21.

⁴⁴ Nesse particular, cabe uma ressalva: o objetivo do trabalho, ao propor essa discussão, é horizontal, não vertical, e com finalidades bastante limitadas. Busca-se noticiar a existência da celeuma doutrinária acerca da caracterização da sociedade como contrato com o objetivo de destacar a evolução da doutrina na construção de uma teoria em torno das características e da lógica de funcionamento do fenômeno societário. Assim, os argumentos defendidos pelas teorias não serão examinados um a um, de maneira segmentada, mas sim no corpo do texto ou em nota de rodapé, conforme o caso, quando pertinentes à discussão que se pretende realizar. Há, por exemplo, doutrinadores de escol contrários à classificação da sociedade na categoria jurídica dos

de uma sociedade, dentre elas: (I) o contratualismo clássico; (II) a teoria do contrato plurilateral; (III) a teoria dos atos complexos, coletivos ou colegiais; e (IV) a teoria do contrato-organização.

É verdade que o debate ganha massa e conteúdo quando se faz um exame comparativo entre as características que formam o contrato de sociedade e as que estruturam os demais tipos contratuais. Por exemplo, a visão contratual clássica, dominante no início do século XIX, caracterizava a sociedade como um contrato bilateral comum, tal qual a permuta ou a compra e venda, concepção visivelmente insuficiente para captar o pleno funcionamento e as peculiaridades das sociedades⁴⁵.

Ora, não se requer argúcia para perceber que a diferença entre os dois fenômenos é gritante. Se nos contratos em geral busca-se celebrar negócios jurídicos vinculados a direitos patrimoniais que se extinguem com o adimplemento da obrigação exigida de cada uma das partes, de forma instantânea ou espaçada, nos quais o lucro de uma parte depende, em menor ou maior escala, do prejuízo da outra⁴⁶. Nos contratos de sociedade, o objetivo é distinto; na grande maioria dos casos, dá-se a criação de um novo e autônomo sujeito de direito para explorar uma atividade econômica em comum, cujas relações têm caráter continuativo e de comunhão entre as partes, tanto no lucro quanto no prejuízo.

Mas o que hoje parece evidente nem sempre o foi. Fundamentos convincentes e apropriados para esclarecer as dúvidas e perplexidades decorrentes da formação do contrato de sociedade demoraram a ser construídos e inquietaram por muito tempo a doutrina

contratos. Sobre o tema, ver: MESSINEO, Francesco. “La struttura della società e il c.c. contratto plurilaterale”, in *Studi di diritto delle società*. Milão: Giuffrè, 1958, p. 15-58

⁴⁵ RIPERT, Georges, ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. T. I. 16. ed. Paris: LGDJ, 1996, p. 516-517.

⁴⁶ Sobre o tema, destaca PAOLO FERRO-LUZZI: “Distacco questo a ben vedere assai più netto di quello che contrappone ogni tipo di contratto, pel fatto solo di essere tale, agli altri; è in effetti la stessa applicazione alla società di principi e concetti propri della teoria generale del contratto a creare la difficoltà. Tale situazione è emersa ben presto, e con particolare evidenza, per quel che concerne ad esempio le categorie della corrispettività, sinallagmaticità, bilateralità, onerosità, aleatorietà, parallelamente, in ordine ad istituti connessi con queste classificazioni, l’exceptio non adimpleti contractus ad esempio e la disciplina dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione.” (Cf. FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 3-5).

jurídica⁴⁷. Somente após longos e acalorados debates⁴⁸ fortaleceram-se os defensores da concepção do contrato de sociedade como plurilateral, do tipo associativo⁴⁹ e de

⁴⁷ Nesse contexto evolutivo, merece referência, especialmente no que se refere às sociedades anônimas, a teoria da instituição, cuja origem advém do direito público francês, do qual foi transplantada para o direito privado por HAURIU e por SANTI ROMANO, na Itália. Retomando os ensinamentos franceses, RUBENS REQUIÃO relata que os elementos necessários para formar uma instituição organizativa são: (I) a ideia de obra a realizar em um grupo social; (II) o poder organizado posto a serviço dessa ideia para sua realização; (III) as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da ideia e de sua realização; e (IV) os requisitos de duração e permanência (Cf. REQUIÃO, Rubens, *A sociedade anônima como instituição*. In *Aspectos modernos de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 55-61, p. 58). Os institucionalistas entendiam que a formação de uma estrutura corporativa, a aquisição da personalidade jurídica, a envergadura econômica, a organização da administração em um modelo hetero-organicista, com a eventual participação de empregados em órgãos colegiais, bem como o cumprimento da função social que se esperava de uma empresa eram qualidades capazes de caracterizar as sociedades anônimas como verdadeiras instituições. O cerne da teoria da instituição é bem descrito por JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, com base nas lições de RUBENS REQUIÃO: “A teoria da instituição distingue-se da teoria contratualista ao atribuir menor importância ao consentimento das partes, o qual teria um papel mais acentuado apenas no ato de adesão e consequente aceitação da disciplina, e não nos efeitos gerados durante a existência da sociedade. Desse modo, os efeitos irradiados pela sociedade anônima resultariam em maior grau do regime próprio da instituição, tal qual reconhecido socialmente e regulado por lei, do que da vontade propriamente dita das partes. Além disso, a teoria da instituição explicaria melhor a capacidade de adaptação e evolução constante da sociedade anônima, capacidade essa que seria típica das instituições e geralmente ausente nos contratos.” (Cf. ENEI, José Virgílio Lopes. *A arbitragem nas sociedades anônimas*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003, p. 144). A despeito da veracidade de algumas dessas considerações, é preciso esclarecer que a teoria da instituição não buscou discutir a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade (como fizeram as demais teorias – e.g. ato coletivo, ato complexo, bilateral). Na verdade, a utilização do termo “instituição” no universo societário decorreu muito mais da relevância e da influência que empresas de grande porte passaram a ter na vida econômica contemporânea do que da tentativa de explicar, sob uma perspectiva jurídica, a formação e o funcionamento das sociedades anônimas. Resta claro, portanto, que, quando se fala em caráter institucional de uma sociedade, não se está examinando a natureza jurídica do fenômeno societário (que indiscutivelmente pertence à categoria dos contratos), mas sim o porte econômico do empreendimento e os interesses que ele deve tutelar. A relevância que as empresas de grande porte, ou macroempresas, para usar a expressão utilizada por FÁBIO K. COMPARATO (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970), têm na vida econômica contemporânea fez com que elas passassem a exigir um grau mínimo de estabilidade na exploração e no desenvolvimento de suas atividades, característica que também se encontra nos agrupamentos ou organizações coordenadas denominadas de “instituições”, decorrendo dessa correlação a origem do termo no universo societário. Sobre o tema, concordamos com a posição de RACHEL SZTAJN, para quem a caracterização de uma sociedade como “instituição” somente se aplicará às grandes companhias, e não às sociedades de menor porte, de características eminentemente pessoais, que devem ser denominadas sociedades contratuais. Do contrário, conceberíamos uma situação em que a mesma causa daria origem a dois institutos distintos, o que não está em consonância com as melhores regras da hermenêutica jurídica (Cf. SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34). Vale registrar que justamente nesse contexto histórico e argumentativo inserem-se as clássicas lições e críticas de G. RIPERT sobre o fenômeno jurídico-econômico das sociedades anônimas, especialmente as abertas. De um lado, o professor francês questionava a classificação da sociedade anônima como contrato, em que o consentimento dos sócios podia não ser simultâneo à assinatura do contrato, e a vontade social, deliberada na assembleia geral, era formada com base no voto da maioria dos sócios (e não de todos eles). De outro, criticava a compreensão da sociedade como instituição, termo que entendia vago e impreciso, criado por oposição à ideia de contrato, sem oferecer caracteres positivos bem definidos. Na visão pragmática do autor, a sociedade anônima aberta deveria ser vista como um “instrumento ou máquina jurídica”, concebido pelo capitalismo moderno para coletar economias em favor da fundação e da exploração das empresas (Cf. RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, p. 105-130). Essa visão crítica também é destacada por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, para quem: “(...) a teoria da instituição tem sido criticada, assim, por possibilitar um verdadeiro *escamotage* terminológico, que não consegue desvendar a estrutura das sociedades, limitando-se a substituir parcialmente uma categoria jurídica de princípios bem definidos, como o contrato, por uma nova figura, cujos contornos resultam ‘vagos e nebulosos’.” (Cf. FRANÇA,

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993, p. 31. O tema também é abordado por ASCARELLI: ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 16-18. Para uma visão moderna sobre o tema, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse social: a nova concepção. In *Novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27-51.

⁴⁸ Entre nós, o exame do tema também suscitou importantes reflexões: veja-se que o contrato em sentido genérico é exemplo do que PONTES DE MIRANDA chamou de “negócio jurídico bilateral”, espécie pertencente ao gênero “negócio”, que não é caracterizado pelo número de sujeitos envolvidos, que pode ser múltiplo, nem pela reciprocidade de prestações (as quais podem competir a apenas um dos contratantes, como no caso do contrato de doação sem encargo), mas sim pela dupla manifestação de vontade, em sentido oposto, uma prestação e uma contraprestação na realização de determinado intercâmbio. Na correta compreensão e precisa explicação do autor: “No negócio jurídico plurilateral o que importa é não se tratar de figurantes frente a frente: os figurantes como que convergem para um ponto, ou acertam em caminhar juntos. Por isso mesmo, o negócio jurídico plurilateral pode ser de dois figurantes, o que mostra o sentido da plurilateralidade que se insinuou na doutrina. É o caso do contrato de sociedade feito só entre duas pessoas. Por outro lado, o contrato de sociedade entre duas pessoas é contrato em que outras pessoas podem vir a entrar, aumentando assim o número de figurantes. O que em verdade se passa é que os negócios jurídicos bilaterais não podem ter três ou mais lados (podem ter dois ou mais figurantes de cada lado), ao passo que os negócios jurídicos plurilaterais podem ter somente dois lados, muito embora seja mais frequente terem mais. Os figurantes, nos negócios jurídicos plurilaterais, podem ser muitos e crescer o número deles, o que não ocorre nos negócios jurídicos bilaterais. Nos negócios jurídicos plurilaterais, a comunhão de fim permite a composição com muitos figurantes, à diferença do que ocorre nos negócios jurídicos bilaterais que supõem a contraposição.” Na visão do tratadista, os atos que constituem uma sociedade são verdadeiros negócios jurídicos plurilaterais, nos quais a pluralidade de manifestações converge para um mesmo objetivo, inexistindo a ideia de prestação e contraprestação. A relação precípua em uma sociedade é de cooperação e auxílio mútuo, com vistas ao sucesso do empreendimento. As prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum; o que cada figurante vai receber, para si, provém da sociedade e não de cada sócio. Para o autor “(...) tem-se afastar a teoria dos dois negócios jurídicos, segundo a qual a sociedade se constitui mediante dois negócios jurídicos, o contrato entre os sócios e o ato unilateral diante dos terceiros. Seria confundir composição com eficácia. O que pode interessar ao jurista, no que concerne às sociedades, é a eficácia do negócio jurídico plurilateral, sem se poder cogitar, a respeito da composição, de terceiros. Também seria equívoca a teoria da sociedade-fundação, segundo a qual há ato de fundação em toda constituição a sociedade.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 8-9).

⁴⁹ É importante destacar que os contratos plurilaterais podem ser associativos ou não associativos. Um exemplo de contrato plurilateral não associativo é o consórcio de bens móveis, no qual cada parte visa ao seu próprio interesse. O típico exemplo de contrato plurilateral associativo é o de sociedade, no qual os interesses de cada uma das partes convergem para uma mesma finalidade – a distribuição dos resultados entre os seus sócios (art. 981 do CC). No entanto, o art. 3º da Lei 11.795/08 – que instituiu o sistema de consórcio – define o grupo de consórcio como uma sociedade não personificada, o que não parece correto (a propósito, ver: FREOA, Ricardo Peres. *Do contrato de participação em grupo de consórcio para aquisição de bens ou serviços*. Dissertação de Mestrado. USP, São Paulo, 2014).

organização, em que vale a comunhão de escopo para a exploração de uma atividade, cujos principais expoentes advêm da doutrina jurídica alemã e italiana⁵⁰, nesta última com especial destaque para TULLIO ASCARELLI⁵¹, GIUSEPPE AULETTA⁵² e PAOLO FERRO-LUZZI⁵³.

Uma análise moderna do tema deve fazer referência ao contrato de sociedade como sendo não apenas plurilateral e associativo, mas também de organização. A teoria do contrato-organização, amplamente estudada na Itália e na Alemanha, surgiu a partir da evolução das bases sedimentadas pela plurilateralidade associativa, mas adota como elemento central a organização dos sócios em torno de uma estrutura de órgãos e funções bem delimitados, cujo objetivo é justamente regular a utilização de bens por uma coletividade para a consecução de determinada atividade⁵⁴.

Em uma rápida perspectiva comparativa, conclui-se que, enquanto a teoria do contrato-organização visualiza o objetivo da sociedade na organização de uma estrutura para o desenvolvimento de uma atividade-fim, a teoria do contrato plurilateral concebe que o objetivo da sociedade é atribuir poderes, direitos subjetivos e deveres aos participantes, ressaltando sua posição jurídica qualificada para a consecução de uma finalidade comum⁵⁵.

⁵⁰ Narra JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO que “A figura do contrato plurilateral (...) parte da Alemanha, perto do final do primeiro quartel do século passado, com Wieland, *Handelsrecht*, 1921, I, p. 424, e ganha em Itália notável desenvolvimento e aprofundamento desde Ascarelli, *Contratto plurilaterale e negozio unilaterale* (Foro Lombardo, 1932, pp. 439 e ss.) e *Contratto plurilaterale, comunione di interessi* (Riv. trim. dir. e proc. Civ. VII [1953], pp. 721 e ss.), para referir só os estudos mais representativos desse autor sobre o tema” (Cf. FURTADO, Jorge Henrique Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 5. ed. rev. e atual. com a col. de Nelson Rocha. Coimbra: Almedina, 2004, p. 74-75, grifo do autor).

⁵¹ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945; ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955; ASCARELLI, Tullio. *Appunti di diritto commerciale, società e associazioni*. 3. Ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

⁵² AULETTA, Giuseppe. *Il contratto de società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937.

⁵³ FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976.

⁵⁴ FERRO-LUZZI, Paolo, *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 15/16. Na visão de CALIXTO SALOMÃO FILHO, a teoria do contrato-organização explica, por exemplo, a formação da sociedade unipessoal, pouco importando o número de sócios de uma sociedade, já que sua razão de ser não está circunscrita e atrelada apenas ao interesse do quadro social, mas também aos interesses das outras classes afetadas pelo exercício da empresa (*stakeholders*), como a classe dos trabalhadores, dos fornecedores, dos consumidores, da comunidade local onde estão instaladas as suas unidades produtivas, etc. Para o autor, o foco da questão não mais seria, então, a pluralidade de sócios (posta em realce pela teoria do contrato plurilateral), mas a organização criada para abarcar todos esses interesses. Essa organização estaria vinculada, sim, à obtenção de lucro, mas também à melhor forma de coordenar todo o feixe de relações envolvidas pela sociedade, incluindo, portanto, o interesse das outras classes afetadas. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, especialmente p. 57 e ss. e, do mesmo autor, SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse social: A nova concepção. In: _____. *O novo direito societário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 27-51.

⁵⁵ PAOLO FERRO-LUZZI esclarece que as terminologias “contrato plurilateral”, “contrato associativo” e “contrato de organização” são expressões utilizadas por diferentes doutrinadores para explicar o mesmo fenômeno – o contrato de sociedade – e a necessidade de classificá-lo em uma categoria contratual própria. As expressões ora ressaltam o elemento estrutural (forma e número de participantes), ora o elemento funcional (atividade e escopo comum). Sobre o tema: FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 22/23 (nota de rodapé 45); CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano, Giuffrè, 1971, p. 57 (nota de rodapé 75).

O conjunto dessas discussões teóricas foi determinante para a construção de uma teoria própria e contratualista da sociedade, porém apartada da concepção geral dos demais contratos⁵⁶. Sem desmerecer os avanços conquistados nos últimos anos – que foram e são significativos para o aperfeiçoamento do direito societário –, a compreensão do fenômeno associativo continua sendo um desafio aos que se aventuram a estudá-lo com um grau mínimo de profundidade.

Explica-se: ainda que a teoria do contrato-organização tenha maior êxito ao explicar fenômenos societários modernos, como a sociedade unipessoal, o nosso sistema societário, sobretudo o Código Civil, adotou a teoria do contrato plurilateral, em orientação fortemente contratualista⁵⁷, apesar de a Lei das S.As. trazer consigo fortes traços de natureza institucional. E, efetivamente, parece-nos que a escolha foi acertada.

Como veremos a seguir, a maior peculiaridade do contrato de sociedade está na existência de um escopo comum entre os indivíduos que compõem essa relação jurídica, cuja orientação é tão profunda que direciona a vontade singular das partes e condiciona, como regra, a prevalência da vontade coletiva sobre a individual. O fenômeno traduz-se em uma relação entre uma comunidade de indivíduos e o indivíduo propriamente dito, atribuindo-se à coletividade, como ente próprio, uma espécie de poder de vincular os demais membros nas situações em que prevalece o interesse comum⁵⁸.

De tudo o que foi dito, conclui-se que as teorias plurilateral e do contrato-organização são as que melhor explicam a natureza jurídica da sociedade, esclarecendo as razões pelas quais as partes contratam, evidenciando os elementos formadores da cooperação, a heterogeneidade sistemática da administração, a instrumentalidade do contrato, a complexidade dos direitos e obrigações existentes entre os sócios, a sociedade e os terceiros que com ela contratam. O próximo item aprofundará a análise dos principais elementos que fundamentam essas teorias, iniciando pelos pilares básicos do contrato de sociedade, dentre os quais estão a estrutura e a organização.

⁵⁶ CORAPI, Diego. The contractual dimension of company law in Europe. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*, CIX, 2011, n. 3, p. 571-581, p. 576.

⁵⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade). (Cf. RODRIGUES, Frederico Viana (coord.) *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 269-290, p. 274).

⁵⁸ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 83; DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 40.

1.1. Estrutura e organização

O Código Civil vigente, seguindo a tradição jurídica brasileira, regulou, no art. 981, a sociedade como um contrato de natureza especial, celebrado entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para exercer uma atividade econômica e partilhar entre si os resultados daí advindos.

Esse acordo de vontades é instrumental na busca de uma determinada finalidade e, para tanto, detém prerrogativas e consequências variáveis de acordo com a estrutura do negócio e o tipo societário escolhido, dentre as quais estão a criação de um novo ente, dotado ou não de personalidade jurídica, a atribuição ou não de direito de voto aos acionistas, a distribuição ou não de dividendos mínimos obrigatórios ou desproporcionais, a existência ou não de conselho de administração, a divisão ou não das ações em classes, a possibilidade ou não de resgate de suas ações, e assim por diante.

Em termos dogmáticos, o contrato de sociedade é classificado como consensual, em contraposição à solene⁵⁹, de modo que a validade dos seus termos e condições não exige forma jurídica própria ou específica definida na letra da lei⁶⁰. Mas a questão não se encerra aí. O requisito da forma é, sim, relevante para a compreensão da sistemática societária, entretanto suas consequências irradiam em outro plano do negócio jurídico, o da eficácia do contrato, seja para provar eventual relação societária havida entre os sócios (no que se denomina relações internas, como ocorre com a sociedade em comum, nos termos do art. 987 do Código Civil), seja para embasar o registro no órgão próprio – a cargo da Junta Comercial – que lhe outorga personalidade jurídica (que se relaciona com as relações externas do novo ente – arts. 985 c/c 967 do Código Civil⁶¹).

Quanto aos seus elementos formativos, depreende-se do preceito constante no art. 981 do Código Civil que o conceito de sociedade se alicerça na presença de cinco elementos

⁵⁹ Como bem salienta ORLANDO GOMES: “(...) A lei exige que certos contratos obedeçam a determinada forma, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato. Dizem-se solenes os contratos que só se aperfeiçoam quando o contrato é expresso pela forma prescrita na lei. Também denominam-se contratos formais” (Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, 26. ed., atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92).

⁶⁰ Nessa direção, entre outros, GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 144-145.

⁶¹ “A personificação é, portanto, fenômeno posterior, do qual a existência (mas não a validade ou eficácia da sociedade) é pressuposto”. (Cf. MARCONDES, Sylvio, Da atividade negocial: empresários e sociedade. In *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 129-162, p. 145). Sobre o tema ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013.

principais⁶²: (I) a reunião de pessoas; (II) a celebração de um contrato; (III) a contribuição dos sócios em bens ou serviços; (IV) a exploração de atividade econômica; e (V) a partilha dos resultados.

Visto sob um enfoque funcional, o conjunto desses elementos identifica as características que formam o centro nevrálgico do contrato de sociedade⁶³, a saber: (I) a manifestação de vontade dos sócios ao ingressar na sociedade, de participar do negócio societário, formar e se sujeitar à vontade comum⁶⁴; (II) as relações jurídicas internas e

⁶² É importante notar que não se considera a *affectio societatis* como um dos elementos específicos do contrato de sociedade. Para estudo aprofundado sobre o tema, remetemos ao artigo em co-autoria de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK (*Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 131 a 161), no qual os autores fazem uma análise profunda e crítica sobre o conceito no direito comparado e suas diversas acepções no direito pátrio, demonstrando sua superação no moderno direito societário pela concepção de fim social. Pertinentes são, também, as observações de PAOLO FERRO-LUZZI sobre o tema: “La teoria dell’*affectio societatis* – qualè che fosse il valore che poteva avere in diritto romano – assorbe in tale orientamento una parte della problematica che in Germania viene affrontata tratando dello ‘scopo comune’. Una importante differenza sussiste. In effetti facendosi capo ad un ‘*affectio*’, un’intenzione propria dei contraenti, anzichè ad un dato che qualifica l’affare incidendo sul rapporto fra le prestazioni, ed assume cos’i un valore almeno tendenzialmente oggettivo, diviene ancora più difficile di quanto non fosse per la dottrina tedesca fissare la portata e la funzione dell’elemento, di cui s’avverte tutta l’ambiguità.” (Cf. FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 13/14). No mesmo sentido: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 48/49.

⁶³ Em relevante estudo societário no âmbito do direito comparado, organizado pelos professores norte-americanos REINIER KRAAKMAN E HENRY HANSMANN, que reuniu alguns dos principais doutrinadores dos sistemas da *civil* e da *common law*, concluiu-se que uma das funções do direito societário é oferecer aos agentes econômicos uma estrutura jurídica capaz de apresentar atributos para atender às exigências econômicas dos agentes e reduzir os custos de organização do negócio. Nas diversas legislações pesquisadas, os atributos que compõem essa forma jurídica ideal foram (I) personalidade jurídica; (II) limitação da responsabilidade; (III) livre transferibilidade de ações; (IV) administração delegada; (V) proteção ao investidor (*investidor ownership*). (Cf. HANSMANN, Henry, KRAAKMAN, Reinier, et al. *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*. 2. ed. Oxford University Press, 2009, p. 1-34). Em uma perspectiva do direito norte-americano, semelhante é a opinião de MELVIN ARON EISENBERG e JAMES D. COX: “The central characteristics of a corporation are as follows: (I) limited liability; (II) free transferability of ownership interests; (III) the continuity of existence; (IV) centralized management; (V) entity status. These central attributes make a corporation a highly desirable form for an enterprise that is to be publicly held, because the owners of such an enterprise will normally put a very high premium on limited liability and free transferability and will also value centralized management and continuity of interest. In the case of an enterprise that is not to be publicly held, and in particular an enterprise that is to be held by a relatively small number of shareholders, most or all of whom are managers, the choice of form is more complex, because the owners may value certain partnerships attributes such as participation by all owners in management and limited transferability of interests.” (Cf. EISENBERG, Melvin Aron and COX, James D. *Corporation and other business organizations. Case and materials*. 10. ed. New York, Foundation Press, 2011, p. 191/192). Nem todos os tipos societários previstos na legislação brasileira contêm esses atributos. Entretanto, aqueles que contêm a maioria deles (i.e., sociedades anônimas e sociedades limitadas) são os mais utilizados pelos agentes econômicos para explorar uma atividade econômica. Entendemos que o referido estudo é um grande estímulo e guia de partida para a atualização dos tipos societários previstos na legislação pátria.

⁶⁴ Em regra, a formação de uma sociedade exige a declaração de vontade do indivíduo no sentido de participar, juntamente com outra pessoa, de uma atividade econômica, vontade essa que se manifesta na adesão ao contrato de sociedade, na submissão às regras estabelecidas e na permanência do associado com o objetivo de desenvolver uma atividade, dividir o risco e partilhar os resultados, se existentes. Como característica presente em todos os fenômenos societários, poder-se-ia presumir que a ausência da vontade em momento posterior ao da constituição da sociedade poderia desnaturar a concepção da sociedade como um contrato. O raciocínio, no

externas mantidas entre os sócios entre si, a sociedade e terceiros; (III) a natureza das contribuições sociais, em bens ou em serviços, para a constituição do fundo social; e a (IV) sua participação nos resultados positivos ou negativos atingidos⁶⁵.

A presença desses elementos não é apenas fundamental para a formação de uma sociedade, mas também para compreender o fenômeno como um conjunto de regras jurídicas que organizam interesses individuais destinados à consecução de um fim comum, em um feixe organizativo instrumental e finalístico, organicamente estruturado e tipificado de forma cogente pela lei.

Busca-se, com isso, ressaltar a necessidade de examinar a sociedade como pertencente à categoria dos contratos do tipo plurilateral associativo, distinta de outras formas contratuais existentes, justamente pela perseguição de um escopo comum por parte de seus participantes, cuja compreensão é pressuposto para entender por que a estrutura organizativa e os direitos, deveres e obrigações atribuídos aos sócios constituem um dos seus traços marcantes. E mais, a razão pela qual, nessa conjuntura, a formatação de uma estrutura orgânica que permita aos sócios a conjugação de esforços para o exercício de uma atividade e a partilha dos resultados daí advindos é fator capital. Explica-se: da formação da vontade social à distribuição dos direitos e deveres aos sócios surge a possibilidade de formalizar uma estrutura jurídica com competências e funções bem delineadas⁶⁶.

A organização representa, nesse particular, o elemento centralizador para o funcionamento da pessoa jurídica, a definição de competências internas e externas dos órgãos sociais e o atingimento do seu fim⁶⁷. Logo, deve-se ter presente que tal esqueleto organizativo está fortemente vinculado à arrumação, à ordenação e à sistematização de elementos pessoais e materiais diversos, reunidos com o intuito de atingir determinados resultados econômicos, podendo contar, para tanto, com mecanismos de gestão e deliberação

entanto, não está correto: o fato de, após a constituição da sociedade, desaparecer a unanimidade existente no momento da formação do ente associativo não desnatura o ato constitutivo anterior. Na verdade, essa é justamente uma das características que justifica o tratamento plurilateral dado ao contrato de sociedade, cuja vontade social é apurada, na maioria dos casos, a partir da manifestação da vontade do maior número de sócios, e não da sua unanimidade, cujo atingimento poderia impedir a dinâmica das relações societárias. (Cf. SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34 e 50/51). Em sentido semelhante, mas com tons críticos, ver RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, p. 103-105.

⁶⁵ MARCONDES, Sylvio. Da atividade negocial: empresários e sociedade. In *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 129-162, p. 144.

⁶⁶ SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-36.

⁶⁷ FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 172-173; BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 208.

bem estruturados, os quais permitem emancipar a estrutura objetiva da subjetividade dos participantes⁶⁸.

Obviamente que essa emancipação somente será possível se os membros do grupo agirem para a realização de interesses comuns, e não meramente individuais. A organização representa, nesse contexto, a pré-ordenação de uma coletividade para a satisfação dos mesmos interesses, cujo atingimento depende não apenas do exercício conjunto de uma atividade, mas principalmente da estruturação desses indivíduos e dos bens aportados em torno de um contrato de organização que busca um objetivo comum⁶⁹.

Trata-se, portanto, da organização de uma atividade. Ou, melhor dizendo, a organização é reflexo do exercício da atividade social, razão pela qual, no agir da sociedade, o fenômeno contratual passa a ser, também, fenômeno organizativo em prol de um escopo comum, que se encontra regulado pelo ordenamento contratual/estatutário⁷⁰. Nessa linha, leciona PAOLO FERRO-LUZZI:

Quello che così emerge sul piano della identificazione dell'istituto è la peculiarità che il contratto di società presenta in funzione della sua natura tipicamente organizzativa. A ben vedere si tratta di un carattere da connettersi in via sistematica allo scopo comune nel tentativo di precisare il distacco della società dagli altri contratti⁷¹.

Como bem salienta RACHEL SZTAJN, em tais contratos associativos o elemento organizativo deixa de exercer apenas a função estrutural, como faz em tantos outros tipos contratuais, para desempenhar, também, um papel funcional, de delegação de competências e formação da vontade social, sendo de extrema relevância para sua tipificação legal⁷². Ao examinarem o tema, DIEGO CORAPI e PAOLO SPADA também referem que a organização não deve ser vista apenas como um elemento que faz parte da morfologia da sociedade, mas sim como um modo de ser da estrutura jurídica de um ordenamento societário, especialmente nas sociedades anônimas⁷³.

⁶⁸ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 36.

⁶⁹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 36-37.

⁷⁰ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano, Giuffrè, 1971, p. 60-62.

⁷¹ E continua o autor italiano: “Nella società in effetti, per l'accennata convergenza delle prestazioni, non solo si autonomizza, come s'è detto, il ‘perché’ di queste, ma assume una fisionomia propria, rispetto alla disciplina delle prestazioni, altresì la disciplina delle modalità in cui lo scopo deve essere perseguito. Tale autonomia si manifesta chiaramente nel fatto che la disciplina di dette modalità resiste ad un inquadramento negli schemi del rapporto debito-credito (e questo ci sembra il significato profondo della polemica contro l'assimilazione della società fra i contratti puramente obbligatori) non trattandosi nel caso di regolare l'acquisizione di una prestazione ad una sfera individuale, ma il perseguimento appunto dello scopo comune.” (Cf. FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 9).

⁷² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 36-37.

⁷³ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 21/22. O mesmo raciocínio resta confirmado em outra passagem: “(...) nel contratto associativo, l'aspetto funzionale, cioè la soddisfazione

Funcionalmente, a sociedade representa um arquétipo para a associação de indivíduos ao risco de um empreendimento, por meio da mobilização de recursos e da possível limitação da responsabilidade dos participantes ao capital investido no negócio⁷⁴. Nos contratos associativos, portanto, estrutura e função devem ser compreendidas como aspectos distintos de um mesmo fenômeno ou, melhor dizendo, faces da mesma moeda: a sociedade. Logo, se funcionalmente se destacam as regras que disciplinam o exercício de uma atividade e a composição dos interesses dos participantes em torno de um escopo comum, estruturalmente destacam-se as normas de organização e o estabelecimento de regras que garantem o pleno funcionamento da engrenagem societária, não havendo, portanto, razão para separar contrato e organização⁷⁵.

Respeitada a linha mestra definida pela lei, a estrutura e a organização dos fenômenos societários podem adquirir feições variadas, que serão determinantes para precisar a índole da sociedade, o perfil dos seus participantes, as características da sua formação e sua base personalista ou capitalista. As gradações que tais estruturas podem assumir revelarão o grau de autonomia patrimonial do ente societário, bem como a real destinação dos bens aportados ao fim predeterminado no contrato, contribuindo para contrapor ou estreitar o interesse pessoal dos sócios ao interesse social da sociedade, garantindo a eles uma posição especial (*status socii*) frente ao todo⁷⁶. Em última instância,

degli interessi dei contraenti attraverso il raggiungimento dello scopo comune per mezzo dell'esercizio di una attività comune, deve assumere rilievo sul piano strutturale. Solo in questo modo si potrà evitare l'artificiosa frattura tra momento contrattuale e momento organizzativo." (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 59) e, também, SPADA, Paolo. *La tipicità delle società*. Padova: Cedam, 1974, p. 75/76.

⁷⁴ Essa também é a opinião de ALESSANDRO GRAZIANI: "Associazione nel rischio e limitazione del rischio sono le due funzioni, cui – secondo si è da noi sin qui delineato – risponde la società per azioni. (...) La prima delle indicate funzioni (associazione nel rischio) è comune a tutte le società; la seconda (limitazione del rischio), siccome si è detto, alle società dette appunto a responsabilità limitata. Vi è, infine, una terza funzione, che viene assolta in particolar modo dalle società per azione: quella di mobilitazione dei capitali." (Cf. GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Morano: Napoli, 1948, p. 5-9). Para uma visão crítica sobre a responsabilidade limitada no Brasil e as causas da sua relativização ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁷⁵ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 66-67.

⁷⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37. DIEGO CORAPI faz uma diferenciação entre as normas organizativas que regulam as sociedades de pessoas e as sociedades de capital – lembrando, apenas que na Itália, via de regra, as sociedades de pessoas não têm personalidade jurídica, sendo caracterizadas pela responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios, pelo poder de administração estendido a todos os sócios e pela impossibilidade de transferir participações societárias sem consentimento de todos os sócios, enquanto que, nas sociedades de capital, os sócios têm responsabilidade limitada, o poder de administração é outorgado a um ou mais sócios ou, ainda, a terceiros, e as participações societárias são livremente transferíveis. Retomando a diferenciação entre a estrutura organizativa de tais sociedades, CORAPI afirma que: "Quando infatti l'organizzazione è meno complessa, essa non è disciplinata da norme che pongano apparati organizzativi distinti dalle persone dei consociati: bastano norme dirette a sancire un determinato comportamento dei consociati a fine organizzativo. Ciò è ottenuto da norme relazionali (di comportamento) che stabiliscono una situazione soggettiva (attiva o passiva), generalmente un potere o una

tais variações podem, inclusive, alterar a função ou a intensidade de aplicação de certos princípios societários, como ocorre com o princípio majoritário⁷⁷ e, até mesmo, com o direito de recesso⁷⁸.

Nada melhor que exemplos para ilustrar a teoria. Nas sociedades de base personalista – como as sociedades simples do Código Civil – é comum que a coletividade de pessoas se organize em função do escopo comum, mas as relações internas mantidas entre os membros desse grupo manterão seu caráter intersubjetivo e pessoal, exigindo-se unanimidade de votos para alteração do contrato constitutivo (art. 999). Por outro lado, nas sociedades de base capitalista – como as anônimas – a estruturação da coletividade tende a se objetivar, e a autonomia patrimonial do ente associativo a se institucionalizar, aumentando a fungibilidade dos participantes do negócio societário e tornando as relações internas entre os sócios um tanto quanto impessoais⁷⁹, o que, ao fim e ao cabo, acaba por elevar a funcionalidade do princípio majoritário e as das regras relativas ao recesso.

Ressalta RACHEL SZTAJN que a organização a que nos referimos atinge não apenas as pessoas que formam o ente societário, mas também os bens aportados para o exercício da atividade, que serão afetados pela estrutura da sociedade. As contribuições dos sócios constituem as prestações a que se obrigam, uns perante os outros, e todos perante a

soggezione, in funzione organizzativa (strumentale) e non finale. È quando si verifica, ad esempio, nelle società di persone e che si traduce nella impossibilità di scindere nettamente regole organizzative e regole finali in tale contratto, e quindi di distinguere due diverse documenti che le contengano (uno statuto in senso proprio e un atto costitutivo). Per porre un dato organizzativo più complesso, però, non sono sufficienti norme organizzative di tale tipo. Occorrono norme che abbiano contenuto esclusivamente organizzativo, che siano cioè dirette a porre apparati e a disciplinarne il funzionamento. È quando si verifica nelle società di capitali e che si traduce nella possibilità di individuare tale complesso di norme in uno statuto in senso proprio, distinto dall'atto costitutivo." E continua: "Nelle società di capitali, all'esistenza di uno statuto in senso proprio (contenente norme organizzative di organizzazione) corrisponde il porsi di una serie di organi (assemblea, consiglio di amministrazione, collegio sindacale) munite di certe competenza per la determinazione e il compimento dell'attività sociale. Nelle società di persone, il momento organizzativo risulta dall'imposizione di situazioni soggettive (in genere poteri o poteri-doveri) agli stessi soci, che sono amministratori, o godono di potere di controllo e così via." (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 70-72).

⁷⁷ FRANCESCO GALGANO defende que o princípio majoritário exerce funções distintas nas sociedades de pessoas e nas sociedades de capital. Enquanto naquelas busca estruturar o exercício da atividade econômica explorada pela sociedade, nestas serve para garantir o caráter organizativo da pessoa jurídica. (Cf. GALGANO, Francesco. *Il principio di maggioranza nelle società personali*. Padova: Cedam, 1960. Em sentido contrário: VENDITTI, Antonio. *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*. Casa Editrice Dott. Eugene Jovene: Napoli, 1955. Ambos citados por CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 107).

⁷⁸ Por exemplo, no direito norte-americano, o direito de recesso é remédio jurídico previsto tão somente nas sociedades anônimas fechadas. Sobre o tema ver: FISCHER, Daniel. The appraisal remedy in corporate law. *American Bar Foundation Research Journal*. Vol. 8. N.4 (1983), p. 875-902.

⁷⁹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37; RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Tradução de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, p. 103.

sociedade, e permitem a consecução do escopo comum anteriormente determinado. Uma vez transferidos para o patrimônio da sociedade, os bens que pertenciam aos sócios obrigam não apenas os transferentes, mas também os demais sócios e os terceiros – credores dos sócios –, os quais não poderão satisfazer suas pretensões subjetivas sobre aqueles bens que passarão a ser de titularidade da sociedade⁸⁰.

Correta, portanto, a conclusão de que o fator organização é um dos elementos tipificadores das relações societárias internas e externas. E mais: resulta justamente disso a constatação de que os modelos normativos ou os tipos societários previstos na lei buscam reforçar essa ideia e refletir na estruturação da sociedade a tutela de tais interesses⁸¹.

Sobre o tema é percuciente a observação de RACHEL SZTAJN no sentido de que a organização das pessoas e dos bens aportados à sociedade interessa ao problema tipológico se e enquanto for capaz de facilitar o exercício de um escopo comum. Isso porque a identificação dessa organização leva à determinação do “fenômeno da imputação”, isto é, permite distinguir os sujeitos individualmente considerados – os sócios e a organização –, que juntos formam a sociedade. Explica-se, assim, o processo de adequação e coerência das formas de organização desenhadas pelos indivíduos para a consecução de um escopo comum às condições e aos requisitos legais necessários para a constituição de uma sociedade⁸².

No mesmo sentido caminham as lições de PAOLO FERRO-LUZZI:

Dunque l'indagine del contratto associativo, che, abbiamo detto, deve inizialmente ed essenzialmente concernere i suoi profili funzionali, i valori giuridici che di questo atto sono caratteristici e caratterizzanti, deve, nell'ordine, affrontare i problema della produzione dell'azione; del centro di imputazione dei

⁸⁰ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

⁸¹ Sobre o tema, preciso é o comentário de RACHEL SZTAJN, com base nas lições de FERRO-LUZZI e PAOLO SPADA: “A importância que a organização adquire no plano jurídico, por estabelecer o conjunto de competências – institucionalizadas ou não –, definindo um sistema de cargos e funções, possibilitando a imputação da atividade e a produção de efeitos, decorre de sua objetivação, que, colocando-a no centro da realidade jurídica, permite se opere a fratura da ideia de organização, que passa a ser tomada quer como forma de estrutura jurídico-societária da coletividade organizada, quer como o sistema jurídico de funcionamento da sociedade. A organização define como se age, mas não explica por que se age juridicamente.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37). No mesmo sentido: SPADA, Paolo. *La tipicità delle società*. Padova: Cedam, 1974, p. 76-77; FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 179-180.

⁸² E continua a referida autora: “A diversa organização das sociedades, em base personalista ou capitalista, explica a imputação da atividade, que se faz, no primeiro caso, em termos individuais e, por isso, os sócios, agindo embora em nome da sociedade, assumem responsabilidade pessoal pelas obrigações sociais, enquanto os sócios de uma sociedade em que a personificação é completa, produzindo a autonomia patrimonial absoluta, mesmo agindo em nome da sociedade, não terão qualquer responsabilidade pessoal, porque a imputação da atividade se faz imediatamente sobre a pessoa jurídica. Isso porque o fato de se organizar a atividade exercida em comum e voltada para a obtenção de um resultado, que a norma prevê, provoca a organização da imputação”. (Cf. SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37-39).

beni e del valore, di imputazione appunto, degli atti che puntualizzano l'attività e, infine, della posizione dei partecipanti e dei beni⁸³.

Em resumo, a atividade econômica prevista no contrato de sociedade na cláusula do objeto social será exercida pelos sócios coletivamente tanto nas relações internas – mediante a organização, a contribuição de ideias e a atribuição de direitos e deveres societários –, quanto nas externas – por meio da representação unitária do grupo perante terceiros através da sociedade. As distintas formas que essa organização pode assumir levarão em consideração diferentes critérios, os quais poderão variar, em termos de profundidade (horizontal ou verticalmente), iniciando, por exemplo, com o grau de participação das pessoas no exercício da atividade e na administração do negócio, ou com a intensidade da fungibilidade dos membros da sociedade, ou, até mesmo, com o papel do patrimônio social como garantia de terceiros⁸⁴, respeitando, sempre, os núcleos rígidos do tipo e sua funcionalidade⁸⁵.

Por exemplo, no caso das sociedades anônimas fechadas, enfoque do presente estudo, o interesse interno dos acionistas prepondera sobre o interesse externo do mercado e dos investidores, destacando-se regras relacionadas aos direitos individuais dos acionistas, à re aquisição condicionada do direito de voto por parte dos acionistas preferencialistas, ao resgate, o reembolso e à amortização, ao processo de conversão de ações, à emissão de partes beneficiárias, e tantos outros mecanismos que nasceram para atender conveniências ponderáveis dos sócios (cujo eventual descumprimento se situa no plano privado das indenizações e composições de danos⁸⁶).

Ainda nesse particular, vale consignar que nas sociedades anônimas de menor porte é bastante comum que a manifestação de vontade do acionista tenha maior relevância, permitindo-se, por exemplo, a relativização da lógica de aplicação do princípio majoritário mediante a criação de quóruns qualificados pelo estatuto (art. 129, § 2.º da Lei n. 6.404/76)

⁸³ FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 9.

⁸⁴ Sobre o tema destaca ASCARELLI: “A garantia dos credores reside no ativo social e não no número dos sócios; não na magnitude do capital, mas na relação entre o ativo e o passivo social. (...) A responsabilidade limitada dos acionistas da sociedade anônima não constitui, em resumo, senão a rigorosa consequência da personalidade jurídica da sociedade e da distinção, portanto, entre o patrimônio da pessoa jurídica e o dos seus membros. O direito deve naturalmente preocupar-se com a efetiva subsistência desse patrimônio e impedir que a sociedade anônima venha criar a aparência de um patrimônio e de uma solvabilidade, ao contrário, insubsistentes; trata-se de um problema peculiar a todas as sociedades anônimas e muito pouco em função do número de seus sócios.” (Cf. ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Vol. 38, n. 460/462, out./dez., 1941, p. 5-33, p. 30/31).

⁸⁵ SZTAJN, Rachel, *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

⁸⁶ LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 7, 1972, p. 123-158, p. 126.

ou a restrição da fungibilidade dos acionistas, por meio do estabelecimento de limitações à circulação das ações, desde que o estatuto não impeça a negociação dos títulos, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas⁸⁷ (art. 36).

Entende-se, portanto, que a estrutura e a organização são elementos indispensáveis para a formação e a caracterização da sociedade como tipo contratual, exercendo papel preponderante na atuação das demais características que formam o núcleo do seu caráter plurilateral, associativo e organizativo. A estruturação interna desse contrato se dá por meio da formação de normas organizativas denominadas de ordenamento contratual/estatutário, cuja função é estipular uma série de preceitos, gerais e abstratos, diretamente relacionadas com a organização do grupo de participantes e com o exercício da atividade comum⁸⁸.

Naturalmente, a construção desse ordenamento tem diferentes gradações nas suas mais diversas manifestações. Por exemplo, a complexidade do objeto social, a natureza da atividade a ser desenvolvida e o perfil dos participantes serão determinantes na especificação do tipo de organização. Nesse particular, sabe-se que nas sociedades anônimas fechadas as normas de organização são menos complexas, de modo que há preponderância do interesse privado dos acionistas e, portanto, maior margem de manobra para ajustar os termos do estatuto à vontade dos participantes do negócio societário⁸⁹.

Examinados os elementos da estrutura e da organização como centrais para a caracterização de uma sociedade, serão analisados no próximo item as características que definem a plurilateralidade desse contrato.

⁸⁷ Sobre o tema relevantes são as considerações de DIEGO CORAPI acerca do limite adequado das cláusulas que restringem a circulação das ações no âmbito das sociedades anônimas: “(...) la condizione apposta alla efficacia del trasferimento delle azioni non può rendere peggiore la posizione dell’azionista che intende uscire della società e che, a differenza del socio di altri tipi di società, si trova a poter esercitare il diritto di recesso solo in ipotesi eccezionali e tassativamente determinate. Il rifiuto di gradimento, motivato o immotivato, non può comunque rendere il socio ‘prigioniero di son titre’: la clausola di gradimento non sarebbe allora soltanto una deroga ai principi fondamentali della società per azioni, ma uno strumento per rovesciarli completamente.” (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 110/111, 163, 166). No mesmo sentido: ASCARELLI, Tullio. Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 110

⁸⁸ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 69.

⁸⁹ O caráter corporativo ou colegial do ordenamento estatutário, cujo objetivo é conciliar os interesses dos diversos sócios de uma sociedade exige o estabelecimento de certas regras e princípios norteadores. Assim, por exemplo, se no momento da constituição da sociedade a vontade de todos os participantes tem o mesmo peso, no funcionamento do ente associativo prepondera a regra da maioria, como meio necessário para garantir a necessária subordinação dos interesses e das vontades individuais dos membros nessa fase de atuação. Logicamente, o mesmo princípio pode reger organizações de caráter diverso, buscando alcançar resultados diversos. Como já referimos, nas sociedades de capital o princípio da maioria garante o caráter corporativo da organização da pessoa jurídica, ao passo que nas sociedades de pessoas busca organizar o exercício da atividade. Para aprofundamento, ver: GALGANO, Francesco. *Il principio di maggioranza nelle società personali*. Padova: Cedam, 1960.

1.2. Plurilateralidade da sociedade

Vimos que a dificuldade de se aplicar ao contrato de sociedade inúmeros institutos construídos pela doutrina jurídica para a teoria geral dos contratos, aliada à relevância econômica e social da dinâmica societária, determinou a revisão das bases teóricas contratuais existentes. Assim, sob a influência dos embates havidos na doutrina alemã em torno das diferenças entre *Gesellschaft* (sociedade) e *Verein* (associação), da necessidade de individualizar o momento organizativo da sociedade e destacar o escopo comum dos sócios como elemento central da estrutura societária, o tema despertou amplo interesse na doutrina⁹⁰.

A classificação delineada por RUDOLF VON JHERING⁹¹, depois aprofundada pioneiramente por TULLIO ASCARELLI, em seu seminal artigo sobre o contrato plurilateral⁹², foi um dos pontos de partida para a divisão dos contratos em duas categorias principais: (I) os contratos de intercâmbio e (II) os contratos de associação. O confronto entre as características que formam esses contratos foi o estopim para a elucidação das suas diferenças e fator determinante para a construção de uma teoria que explica o fenômeno associativo de forma autônoma e satisfatória⁹³.

PAOLO FERRO-LUZZI faz pertinente abordagem acerca da contraposição entre os elementos centrais de cada espécie contratual:

In effetti in principio nei contratti il rapporto fra le prestazioni è puntuale: scambio. Tale rapporto per un verso ha in sé la ragione del suo svolgersi, ragioni che non è necessario, nè in fondo possibile oggettivare, per altro verso esaurisce l'identificazione del fenomeno che si concentra così sulle prestazioni e la loro natura. Nella società invece, ove le prestazioni convergono, l'indicazione di un dato che, aggiungendosi alle prestazioni, determini il 'perchè' della convergenza,

⁹⁰ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 45. Entre nós o tema também suscitou intensos debates. A adoção da teoria do contrato plurilateral foi consequência do período em que TULLIO ASCARELLI viveu entre nós, no final da primeira metade do século XX. CARVALHO DE MENDONÇA, por exemplo, influenciado pela doutrina francesa da época, concebia o contrato de sociedade como uma figura híbrida que devia reunir duas ordens de condições: umas comuns aos contratos em geral e outras que lhe são específicas. A visão de CARVALHO DE MENDONÇA não estava equivocada; apenas incompleta (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. III. Livro II. Parte III. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 17/18). Na verdade, o ponto central que garante a natureza contratual da sociedade está na contraposição de interesses entre os participantes quando da formação do ato constitutivo da sociedade, na avaliação dos aportes realizados por cada sócio, e na permanência de um conflito potencial entre eles ao longo da vida do novo ente – o qual se responsabiliza pela consecução do interesse comum havido entre os sócios.

⁹¹ JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Salvador: Progresso, 1953, p. 132.

⁹² ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 285.

⁹³ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 48/49.

assurge a momento centrale della stessa identificazione sul piano oggettivo del divisato assetto di interessi⁹⁴.

Em razão disso, a doutrina societária moderna insere o contrato de sociedade na categoria dos contratos plurilaterais, juntamente com as associações, os consórcios e os acordos de sócios, nos quais as partes buscam organizar negócios de longa duração e execução continuada, cujos modelos permitem a cooperação e a colaboração em busca de um escopo comum, e não a constante contraposição de interesses, como ocorre nos contratos bilaterais⁹⁵.

Como bem destaca CELSO BARBI FILHO:

O contrato plurilateral é uma espécie desses contratos associativos, que se caracteriza por reunir mais de duas partes em uma estrutura aberta, permissiva da entrada ou saída de contratantes, que aderem à avença já aperfeiçoada ou deixam de dela participar sem alterá-la, permitindo a continuidade do contrato e de seu objeto. E esse contrato pode ser externo ou interno, conforme destine-se ou não a produzir efeitos perante terceiros.

Trata-se, portanto, de negócio jurídico cujo conteúdo material tem eficácia de norma jurídica entre os participantes por meio dos direitos e das obrigações assumidos quando da assinatura do pacto, em caráter vinculante⁹⁶, e perante terceiros⁹⁷, quando do registro na Junta Comercial⁹⁸.

Feitos esses breves esclarecimentos, o presente item aprofundará o estudo das características que a doutrina elenca como definidoras da plurilateralidade do contrato de sociedade, tal qual o conhecemos. Para fins de facilitar a sistematização da matéria e a compreensão do conjunto de elementos e características, optou-se por realizar uma análise

⁹⁴ FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 7.

⁹⁵ A conclusão, no entanto, gerou muita divergência na doutrina. Entre nós, alguns comercialistas de escol não concordaram com a classificação das sociedades anônimas na categoria dos contratos plurilaterais. Por exemplo, para MIRANDA VALVERDE, autor do anteprojeto de lei que originou o Decreto-Lei 2.627/1940, que regulou as sociedades anônimas antes do advento da Lei 6.404/76, a natureza jurídica de uma companhia ou sociedade anônima não era a de um contrato, ainda que plurilateral, mas sim de um ato complexo, capaz de conectar os participantes em torno de uma única vontade. (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 233). CARLOS FULGÊNCIO CUNHA PEIXOTO, outro comercialista brasileiro de renome, negava tanto a natureza contratual das sociedades anônimas quanto a possibilidade de aplicar ao fenômeno a teoria do ato complexo, inclinando-se pela aplicação da teoria da instituição, de origem francesa (Cf. CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. Vols. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 2-4).

⁹⁶ Vide, nesse sentido, previsão do art. 1.072, § 5.º, do Código Civil: “As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. § 5.º As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.”

⁹⁷ Sobre o tema da eficácia da norma societária perante terceiros, com ótima pesquisa de direito alemão, ver DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária. Financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 79 e ss.

⁹⁸ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedade limitada*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 167.

segmentada, dividindo-as em itens independentes entre si, ainda que somente sua análise conjunta permita visualizar a plenitude do fenômeno:

(I) A possibilidade de participação de mais de duas partes⁹⁹: não há limite para o número de participantes nos contratos de sociedade, assumindo, todos eles, os direitos e as obrigações decorrentes da condição de sócio¹⁰⁰. Há sociedades com um, dois, quatro, dez, cem, trezentos sócios, havendo, efetivamente, casos de sociedades anônimas com ações negociadas em bolsa ou mercado de balcão cujo quadro social chega a ser de milhares de acionistas. A plurilateralidade não é elemento essencial ao contrato de sociedade, podendo haver sociedade de apenas dois sócios, mesmo que a formação plurilateral seja mais comum¹⁰¹. Assim, podem estar presentes duas ou mais partes, mas, ainda que sejam apenas duas, o contrato não se torna bilateral, pois o que importa é o potencial de novas adesões, as quais podem ocorrer em número indeterminado¹⁰². Em outras palavras, o termo “plurilateral” diz respeito não ao número de partes no caso concreto, mas ao número (ou melhor, à indeterminação do número) que um contrato dessa natureza comporta¹⁰³. Como se sabe, a lei exige duas pessoas, no mínimo, para a constituição

⁹⁹ O conceito de partes está ligado à ideia de pessoas na mesma posição jurídica, isto é, de polos de uma relação jurídica. Ou, como refere RACHEL SZTAJN, “centros de interesse”: “Toma-se parte no sentido de centro de interesse e não no de pessoa(s) isoladamente considerada(s)”. (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41. Em um contrato de compra e venda de um imóvel, por exemplo, ainda que existam vários proprietários, é fácil visualizar os dois polos da relação jurídica contratual: o dos vendedores e o do comprador. É evidente, como refere o próprio ASCARELLI, que uma parte pode corresponder a várias pessoas. Também em um contrato de sociedade, é plenamente possível a existência de uma parte formada por várias pessoas ou sujeitos, como é o caso do condomínio constituído sobre uma quota ou uma ação, sendo condôminos vários irmãos que a receberam por herança (Cf. ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 285, nota de rodapé n. 24). Sobre o conceito de parte, como centro de interesse, ver também: COMPARATO, Fabio Konder. Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 513-520; TOMASETTI, Alcides Jr. A parte contratual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 755-764; GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 40.

¹⁰⁰ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 285.

¹⁰¹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41-44; BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedade limitada*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 167.

¹⁰² ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 340.

¹⁰³ A participação de apenas duas partes não torna o contrato de sociedade um contrato bilateral, tendo em vista sua abertura. Nesse sentido, assevera ASCARELLI: “(...) Nel definire un contratto come ‘plurilaterale’ ci riferiamo alla ‘possibilità’ della partecipazione di un numero indeterminato di parti, date le caratteristiche della categoria contrattuale e perciò rimane plurilaterale un contratto che comporti la partecipazione di un numero indeterminato di parti, tutte titolari di diritti e tenute a prestazioni (e mi sembra difficile scoprire un aggettivo diverso da ‘plurilaterale’ e per dire ‘due o più di due’), quand’anche nel caso concreto venga concluso solo da due.”, cfe ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 340-342, que complementa: “L’apparente bisticcio tra ‘plurilaterale’ e ‘presenza di due sole parti’ è superato appena si rilevi che con ‘plurilaterale’ non si fa riferimento al numero delle parti nel caso concreto, ma al numero (e, meglio,

de qualquer sociedade (exceção feita à subsidiária integral e à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, recentemente introduzida no regime societário brasileiro pelo artigo 980-A do Código Civil¹⁰⁴). Na medida em que não há limitação posta ao número de participantes, a estrutura plurilateral do contrato de sociedade soluciona, por exemplo, as situações de continuidade da sociedade, mesmo diante do inadimplemento de uma das partes, desde que a prestação inadimplida não seja essencial à consecução do fim comum, hipótese que determinaria a não constituição da sociedade ou, em grau extremo, a sua dissolução¹⁰⁵.

(II) A possibilidade de alteração dos participantes (contrato do tipo aberto):

trata-se de um contrato do tipo aberto, ou, como poderia se dizer, contrato do tipo “portas abertas”, pois os participantes podem entrar e sair da sociedade de acordo com a sua vontade. É um esquema que permanece aberto, em oposição ao dos contratos de escambo (bilaterais), nos quais o esquema é fechado¹⁰⁶. Há, portanto, uma permanente possibilidade de novas adesões, bem como de desistências. Logo, pode haver o aumento ou a diminuição do número de participantes, desde que seja respeitado o número mínimo de dois (salvo a subsidiária integral e a EIRELI, já referidas no item anterior). O quadro de participantes pode se alterar por completo, sem que isso acarrete nenhuma consequência para o empreendimento em si ou para seu capital social. Se a estrutura aberta do contrato associativo facilita a alteração no número de partes, é verdade, também, que a inclusão de novas partes em um contrato já aperfeiçoado, sem que seja necessário um novo processo de formação e

all'indeterminatezza del numero) delle parti che il contratto data la sua natura, comporta.” Da mesma forma lecionam PIER GIUSTO JAEGER e FRANCESCO DENOZZA: “(...) se le parti del contratto di società sono solo due, questo schema è sempre valido o si deve far riferimento a quello 'binario', proprio dei contratti di scambio? La conclusione è che esso deve sempre considerarsi utilizzabile perché *la comunione di scopo sussiste anche se le parti sono due*. (...) l'espressione contratto plurilaterale non implica che le parti devono essere più di due, *ma significa che le parti possono essere più di due*. Non rileva il fatto che siano due, perché anche se sono due lo schema rimane aperto, mentre nei contratti di scambio lo schema resta chiuso e quindi sostanzialmente le parti sono sempre due”, cf. JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 113 (grifo do autor). No mesmo sentido, ver, ainda, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. XXXVIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 9.

¹⁰⁴ Sobre o tema ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei nº 12.441/2011): Anotações. In: Luís André N. de Moura Azevedo; Rodrigo R. Monteiro de Castro. (Org.). *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 3, p. 39-77.

¹⁰⁵ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

¹⁰⁶ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1994, v. 1, p. 113.

negociação das condições entre os participantes (característico dos contratos de estrutura aberta), verifica-se apenas em algumas formas societárias, mas não em todas elas. Por exemplo, algumas sociedades terão como limite para ingresso no ente societário o montante do capital social, a especialidade do seu objeto ou a forma de contribuição dos sócios; outras criarão freios societários internos em razão da sua organização personalista, que limitará a modificação dos sócios de acordo com determinado critério; por outro lado, algumas sociedades admitirão a variação absoluta das partes¹⁰⁷. Nesse sentido, vale observar que, nas sociedades ditas de pessoas ou contratuais, o ingresso de qualquer novo sócio depende, em regra, da anuência dos demais membros¹⁰⁸, de modo que a lógica aberta do contrato plurilateral não se aplica plenamente aos contratos de sociedade com caráter personalista, sendo possível afirmar que a teoria explica com exatidão a questão da fungibilidade de sócios apenas nas sociedades anônimas de caráter institucional¹⁰⁹. Importa ressaltar, ainda, que, nos contratos plurilaterais, ocorre a adesão de novas partes a um instrumento já aperfeiçoado, submetendo-se os novos aderentes às regras já estabelecidas, sendo essa a prática societária corrente. Não obstante, essa realidade não é a mesma existente nos contratos de adesão, em que as cláusulas contratuais, não livremente estipuladas, são aceitas por uma das partes, mas fixadas pelo outro contratante. Nos contratos de sociedade, o sócio aderente ao risco do empreendimento tem a prerrogativa de discutir a alteração do contrato ou estatuto social, incluindo ou retirando cláusulas, ou, pelo menos, de conhecê-las de antemão, de modo que ou ele adere completamente ao teor das disposições anteriores ou não se associa à sociedade, se as modificações pretendidas forem rejeitadas pelos demais sócios¹¹⁰. Percebe-se, assim, que o contrato de sociedade só será efetivamente plurilateral quando apresentar multiplicidade de partes, mas será sempre associativo, em razão da convergência das prestações dos sócios em prol de um objetivo comum¹¹¹.

¹⁰⁷ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41.

¹⁰⁸ Ver, nesse sentido, a previsão do *caput* do artigo 1.003 do Código Civil: “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.”

¹⁰⁹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41.

¹¹⁰ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 42.

¹¹¹ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedade limitada*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 170.

(III) O *status socii* dos participantes: diferentemente do que ocorre nos contratos em geral, nos quais a condição de participante pode ser tida como “transitória”, tendo em vista a velocidade de execução de seus termos, o contrato plurilateral confere aos seus participantes um *status* especial, pois esses ficam inseridos em um complexo de direitos e deveres decorrentes da condição de sócio, o qual, via de regra, se prolonga no tempo¹¹². Evidentemente, participar de uma sociedade também implica a assunção de um conjunto de deveres e obrigações paralelamente aos direitos que decorrem dessa mesma participação. Trata-se de uma posição jurídica especial, pela qual o sócio tem a obrigação de contribuir para a formação do fundo social, bem como tem um dever genérico de cooperação e lealdade – notadamente, deveres consistentes em uma série de abstenções, tais como (I) não usurpar oportunidades da sociedade e não concorrer com ela, (II) não atuar em conflito de interesses e (III) não divulgar informação sigilosa. Esses deveres são chamados de fiduciários (*fiduciary duties*) e impõem aos sócios e administradores da sociedade uma série de “padrões de conduta” ao longo da vida societária. Quanto aos direitos, ou melhor, às situações subjetivas ativas decorrentes da condição de sócio, podemos destacar o direito de receber parte do lucro, de participar do acervo em caso de liquidação da sociedade, de fiscalizar a gestão, sobretudo quando o sócio dela não participa, de se retirar no exercício de saída voluntária, ou compulsória, por justa causa, ou no exercício do direito de recesso em caso de alteração contratual superveniente na qual tenha sido dissidente, o de voz nas assembleias¹¹³, de votar e ser votado, e daí afora. Obviamente, vale referir que nem todos esses direitos estarão presentes em todas as situações, podendo alguns deles ser suprimidos (caso do direito de voto) ou mesmo consistir em direitos apenas potenciais (como o lucro e a participação no acervo). Modernamente, sustenta-se que o ingresso do sócio na sociedade outorga a ele uma série de situações jurídicas subjetivas ativas (e.g. participar dos resultados da sociedade) e passivas (e.g. realizar aportes para a formação do capital social), na medida em que não se pode reduzir o substrato do negócio jurídico societário ao recebimento de dividendos ou à participação no

¹¹² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

¹¹³ Isto é, não apenas o direito de participar da votação, mas também de participar da discussão que a precede, utilizando da palavra a favor ou contra a deliberação em questão, de forma a tentar influir no rumo do conclave. Nesse sentido, GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Morano: Napoli, 1948, p. 91; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 91/92, nota de rodapé 59.

acervo da sociedade, os quais podem eventualmente corresponder à realidade somente em um segundo momento. O efeito que o contrato de sociedade causa ao ingressante é um direito subjetivo à qualidade de permanecer sócio da sociedade¹¹⁴ – *Mitgliedschaft* – o direito de ser membro da doutrina alemã).

(IV) A finalidade comum: a causa do contrato de sociedade é a persecução do mesmo objeto, um fim comum ou comunhão de escopo, e depende da colaboração, da cooperação, da participação de todos os sócios¹¹⁵. Vimos que as partes de uma sociedade não têm interesses contrapostos, como na compra e venda (em que o comprador quer a coisa, e o vendedor, o preço), mas, sim, convergentes na maior parte do tempo¹¹⁶ (pois todos querem explorar conjuntamente determinada atividade econômica e, com isso, auferir lucros). Assim, conjugam-se para o exercício em comum de uma atividade econômica¹¹⁷; reúnem-se não para o simples exercício de uma atividade em conjunto, mas sim porque têm um escopo em comum (diferentemente dos negócios jurídicos bilaterais¹¹⁸). Esse objetivo é, em última

¹¹⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 102.

¹¹⁵ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

¹¹⁶ É importante esclarecer que existem entre os sócios conflitos de interesses, principalmente quando da entrada na sociedade e da repartição dos resultados; todavia, prevalece o comportamento cooperativo (já que existe um núcleo de interesse comum). Na visão de PIER GIUSTO JAEGER e FRANCESCO DENOZZA: “Si può davvero dire che non vi è posto per un conflitto di interessi in questo schema? Almeno in due momenti, quello del conferimento e quello della divisione degli utili, un conflitto in realtà esiste. Quando le parti contrattano, ognuna vuole ottenere il massimo di utile con il minimo di conferimento e quindi sussiste una situazione di conflitto. Solo che, oltre alla condizione di conflitto, si rinviene anche uno scopo comune, perché è chiaro che tutti hanno interesse ad evitare perdite ed a massimizzare gli utili” (Cf. JAEGER, Pier Giusto e DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 112).

¹¹⁷ Como destaca FRANCESCO GALGANO: “(...) Ciò che fa di una attività economica una attività 'esercitata in comune' è, in ogni tipo di società, il fatto che più persone assumono il rischio di una medesima attività economica; è, inoltre, il fatto che più persone concorrono nella direzione della medesima attività economica” (Cf. GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 4. ed. Padova: Cedam, v. 3, t. 1, 2004, p. 281).

¹¹⁸ Cf. ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 290-291. ASCARELLI, em contraposição ao negócio jurídico bilateral, leciona: “Nos demais contratos, o ‘fim ou escopo’ do contrato, quando entendido em sentido genérico, identifica-se com a função típica do próprio contrato (por exemplo, troca de coisa por preço); permanece, em princípio, no campo dos motivos, quando entendido em relação a uma atividade ulterior das partes, para cuja realização seja concluído o contrato”. “Nos contratos plurilaterais, ao contrário, o escopo, em sua precisa configuração em cada caso concreto (por exemplo, constituição de uma sociedade para a compra e venda de livros), é juridicamente relevante. Constitui o elemento ‘comum’, ‘unificador’ das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e deveres das partes.” Da mesma forma, FRANCESCO GALGANO: “Nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna delle parti realizza direttamente, e definitivamente, l'interesse dell'altra parte. Altrettanto non può dirsi per il contratto di società e per gli altri contratti plurilaterali associativi: qui le prestazioni eseguite dalle parti sono preordinate allo svolgimento, in comune tra esse, di una attività; e l'interesse di ciascuna parte non è senz'altro realizzato dalla prestazione delle altre, ma si realizza per effetto dell'attività comune cui le prestazioni di ciascuna parte sono preordinate. Le parti esercitano in comune una attività economica – precisa l'art. 2247 – ‘allo scopo di dividerne gli utili’. Questo è il risultato finale in vista del quale ciascuna delle parti aderisce al contratto di società e, con esso, conferisce beni o servizi: il risultato è, dunque, la realizzazione di un profitto; ma la realizzazione di questo risultato è effetto solo mediato delle prestazioni eseguite dalle parti: il risultato si realizzerà come conseguenza, sperata, dell'attività economica da esse esercitata in comune”, cf. GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 4. ed. Padova: Cedam, v.

instância, e como previsto no art. 981 do Código Civil, a atribuição dos resultados aos sócios; este é o que se denominaria interesse final. A doutrina também tende a afirmar a existência de outros três interesses como pressupostos lógicos do primeiro anteriormente mencionado: (I) um interesse preliminar, que seria o exercício de uma atividade econômica (referida acima) e (II) um interesse intermediário, no qual se busca, por meio da maximização da eficiência alocativa, aumentar a riqueza da sociedade para posterior e final repartição dos eventuais ganhos, que vem a ser o (III) interesse final¹¹⁹. Fazendo uso das imagens geométricas, ASCARELLI diz que, na maioria dos contratos, cada uma das partes se acha em uma das extremidades de uma linha (com interesses contrapostos, portanto), ao passo que, no contrato de sociedade, as partes se acham dispostas em círculo (voltadas para o mesmo interesse)¹²⁰. Considera-se o escopo-meio da sociedade a exploração de uma atividade econômica própria de empresário, sujeita a registro, nos termos do artigo 966 do Código Civil¹²¹, e o escopo-fim a busca pelo lucro com a posterior partilha do resultado entre os sócios. Vale salientar que é o escopo lucrativo (a finalidade comum) que anima a criação de todo o esquema societário. A contribuição dos sócios constitui a base material para a organização dos fatores de produção e para

3, t. 1, 2004, p. 279-280. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA: “A finalidade comum está na base dos contratos de sociedade. Não há a *prestação* e a *contraprestação*. Se houvesse contraprestação, teriam estado em contraposição os interesses dos figurantes. Falta o elemento de intercâmbio. As prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum. O que cada figurante vai receber, para si, provém da sociedade, e não de cada sócio”, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, T. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 12 (grifo do autor); COMPARATO, Fabio Konder. O direito ao lucro nos contratos sociais. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 150-158, p. 150.

¹¹⁹ Sobre o tema, refere FRANCESCO GALGANO: “Da questa ulteriore analisi emerge come alla causa societaria inerisca un triplice ordine di interessi, tutti destinati ad essere realizzati mediante il contratto di società. Lo scopo della società è, sotto un primo aspetto, quello di trasformare la ricchezza conferita dai soci in una efficiente organizzazione imprenditoriale: esso è tanto più intensamente realizzato quanto maggiore è la efficienza produttiva o distributiva dell'impresa sociale. È interesse sociale, sotto questo aspetto, l'interesse ad aumentare il volume della produzione o degli scambi, l'interesse alla conquista di nuovi mercati, l'interesse ad accrescere la potenza economica della società. Sotto il secondo aspetto, l'interesse sociale viene in considerazione come interesse alla massimizzazione del profitto: è l'interesse a che l'impresa sociale produca la più abbondante messe possibile di utili. Sotto il terzo aspetto, infine, l'interesse sociale si presenta come interesse alla massimizzazione del dividendo: come interesse a che i profitti realizzati vengano il più frequentemente e nella misura più alta possibile distribuiti ai soci.” “C'è, dunque, un interesse sociale preliminare: l'interesse a che il patrimonio sociale, formato con i conferimenti dei soci, sia utilizzato per l'esercizio di una attività economica, della specifica attività economica che forma oggetto della società; c'è poi un interesse sociale intermedio: l'interesse a che l'attività economica sia volta alla realizzazione degli utili; c'è, quindi, un interesse sociale finale: l'interesse a che gli utili realizzati siano divisi fra i soci”, cf. GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 4. ed. Padova: Cedam, v. 3, t. 1, 2004, p. 304.

¹²⁰ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 287.

¹²¹ Como já destacado, a partir dessa noção, diferenciam-se as sociedades empresárias das sociedades não empresárias (simples, na denominação do Código Civil/02).

a exploração da atividade, que, por sua vez, é o meio para se atingir o lucro e a sua posterior distribuição, o objetivo derradeiro da sociedade. Tudo gira, então, em torno do eixo obtenção de lucro e posterior partilha¹²².

(V) A função instrumental do contrato: se a finalidade da sociedade é a obtenção de lucro e a sua posterior partilha entre os sócios, é preciso ressaltar o caráter instrumental do contrato plurilateral, uma vez que, ao contrário da generalidade dos contratos, sua função não termina quando executadas as prestações dos participantes. Muito pelo contrário, a contribuição dos sócios consiste apenas na premissa necessária para que a atividade possa ser explorada, a qual, espera-se, proporcione resultados econômicos positivos¹²³. Cabe ao contrato a organização da vida em sociedade, ou, nas palavras de ASCARELLI, a “organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior¹²⁴”. Os contratos em geral visam a uma distribuição dos bens entre os sujeitos de direito¹²⁵. Diferentemente, os contratos plurilaterais visam a disciplinar a utilização dos bens a que se referem, os quais passam a ser objeto de disciplina jurídica pormenorizada¹²⁶. Vale lembrar, nesse sentido, que o exercício da atividade econômica requer, em maior ou menor grau, a organização dos fatores de produção. Na verdade, a questão da organização vai ainda mais longe, pois cabe ao contrato disciplinar a própria vida dos sócios em sociedade, uma vez que uma sociedade “é uma comunidade juridicamente organizada”¹²⁷.

(VI) A *affectio societatis*: como já referimos, é bastante controvertida a noção de *affectio societatis*¹²⁸. A doutrina societária de vanguarda relega a ela um papel

¹²² Como já destacado, a partir dessa concepção, diferenciam-se as sociedades (em que há partilha de lucros entre os sócios) das associações (em que inexistente a partilha de lucros entre os associados). Vide artigos 53 e 981 do Código Civil.

¹²³ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 291.

¹²⁴ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 291.

¹²⁵ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 292.

¹²⁶ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 291.

¹²⁷ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 36.

¹²⁸ Sobre o tema, ressalta FÁBIO K. COMPARATO: “A *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligências próprias de um contrato *bona fidei*. Em especial, o sócio que descumpra disposição estatutária e, sobretudo, contratual (pois a relação convencional é mais pessoal e concreta que a submissão a normas estatutárias), como é o caso de acordos de acionistas numa sociedade

descritivo do espírito que anima os sócios a constituir (e manter) uma sociedade para a exploração de atividade econômica e a posterior partilha dos resultados (“estado de ânimo continuativo”). Nesse sentido, a *affectio societatis* (também chamada de “espírito societário” ou “*animus* societário”) não seria nada mais do que um dado psicológico, uma característica decorrente da própria causa do negócio jurídico celebrado entre os sócios¹²⁹, pois, se eles resolvem exercer determinada atividade com fito lucrativo (objetivo social), é porque têm a intenção, o *animus* de conviver, em maior ou menor intensidade, em grupo para a consecução desse objetivo. Seria a *affectio societatis*, então, um “estado de espírito associativo”, presente não só no momento da constituição da sociedade, mas também no transcorrer da vida em grupo, e que se exteriorizaria por meio do comportamento dos sócios. Dessarte, emerge a *affectio societatis* como um traço, uma característica decorrente da causa do negócio jurídico societário. Nessa lógica, a *affectio societatis* serve como elemento capaz de denunciar a existência de uma sociedade no caso concreto, não por ser elemento essencial do negócio jurídico societário, mas porque o comportamento das partes, decorrente da própria natureza do negócio entabulado, pode denunciar a existência de fenômeno associativo no caso concreto, e não de outro contrato qualquer. Assim, pode a falta do espírito societário entre duas pessoas exteriorizar que, no caso concreto, não há uma sociedade, mas sim um contrato de trabalho disfarçado. O contrário também é verdadeiro, pois a presença de espírito societário pode denotar a existência de uma sociedade, mesmo que uma das pessoas envolvidas negue a sua ocorrência, fato assaz corriqueiro no caso das sociedades em comum de fato, quando não há contrato escrito, mas o comportamento das partes é concludente ao apontar a existência de *affectio societatis*. É nesse sentido que se deve aproveitar a noção de *affectio societatis*, isto

anônima, pratica falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*). Há, assim, dois elementos componentes da *affectio* ou *bona fides societatis*, representativos do duplo aspecto dessa relação: a fidelidade e a confiança. A fidelidade é o escrupuloso respeito à palavra dada e ao entendimento recíproco que presidiu à constituição da sociedade, ainda que o quadro social se haja alterado, mesmo completamente. Por outro lado, a confiança é também um dever do sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51, p. 39/40).

¹²⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. “*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: _____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

é, como um dado característico verificável em grande parte dos fenômenos societários (mas não em todos) e capaz de auxiliar na distinção entre o contrato de sociedade de outras figuras próximas, como o contrato de trabalho com participação nos lucros ou algumas modalidades de mútuo, por exemplo. No entanto, querer elevar a *affectio societatis* à categoria de elemento constitutivo essencial do negócio jurídico societário não parece ser a posição mais correta, como vem apontando a doutrina mais moderna¹³⁰.

(VII) A boa-fé em nível máximo: enquanto, nos contratos em geral, a boa-fé objetiva é princípio que informa a relação entre as partes, prescrevendo uma relação de cuidado, cooperação e lealdade, no contrato de sociedade a boa-fé atua em um plano mais elevado. Leciona CLÓVIS DO COUTO E SILVA que os deveres derivados da boa-fé estão ordenados em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos em questão, sendo justamente no contrato de sociedade que a boa-fé opera em nível máximo¹³¹. E completa COMPARATO, ressaltando o elemento da confiança que deve presidir as relações societárias: “A confiança é também um dever do sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum¹³²⁻¹³³”.

¹³⁰ Nesse sentido: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 131 a 161. A despeito disso, a jurisprudência pátria tem manifestado posição distinta, considerando a *affectio societatis* como elemento específico do contrato de sociedade, que se caracteriza como uma vontade de união e aceitação das áreas comuns do negócio. Vide, por exemplo: STJ, 3.^a Turma, ARegAI n. 90.995-RS, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 05/03/1996; STJ, 2.^a Seção, EREsp. n. 111.294, Rel. Min. Castro Filho, j. 28/06/2006; STJ, 2.^a Seção, EREsp. n. 1079763- SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 25.04.2012).

¹³¹ Nas palavras do civilista gaúcho: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o interesse conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração. Quando o vínculo se dirige a uma atividade em proveito de terceiro (gestão de negócios, negócios fiduciários), o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário. Nas relações jurídicas em que a cooperação se mostra em sua plenitude (*nostra res agitur*), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum”. (Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 34). No mesmo sentido: SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 21/52, em nota de rodapé n.º 21.

¹³² COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51.

¹³³ Para a análise da boa-fé objetiva e suas funções, são fundamentais os estudos de: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. 1. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2007; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina,

(VIII) As decisões internas tomadas pela maioria dos sócios: a evolução do direito societário concebeu que o rumo da coletividade é decidido pelo voto da maioria dos sócios/acionistas¹³⁴, situação que difere diametralmente dos contratos em geral, nos quais o consentimento de todos os participantes é elemento essencial durante toda a vigência da relação contratual¹³⁵. Explica-se: nos contratos plurilaterais o consentimento também é elemento essencial para a formação do contrato, mas durante o decurso da vida da sociedade as decisões podem ser tomadas pela maioria, desde que respeitados o método assemblear e os diversos quóruns existentes (maioria simples, absoluta ou qualificada¹³⁶⁻¹³⁷). Em regra, nas

2001; MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva: uma noção comum no direito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 357-377.

¹³⁴ Seria impraticável exigir que as deliberações coletivas das sociedades mercantis fossem sempre tomadas por unanimidade de votos. Criar-se-ia, com essa regra, uma condição aniquiladora da coexistência dos associados e instaurar-se-ia a ditadura da minoria ou de um só indivíduo. O tema será aprofundado na Parte II deste trabalho.

¹³⁵ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 311.

¹³⁶ Na verdade, em algumas situações, há necessidade de se atingir quórum de unanimidade, que se contrapõe frontalmente à votação por maioria e do qual nos ocuparemos em outro momento

¹³⁷ Sobre as espécies de maiorias existentes (simples, absoluta e qualificada), a doutrina traz relevantes contribuições. JOSÉ WALDECY LUCENA ressalta que: “Retiradas as companhias do Código Comercial, toda a legislação que se seguiu e que as disciplinou até o advento do Decreto-Lei n. 2.627/40, estabelecia que as deliberações das assembleias gerais seriam tomadas *por maioria dos sócios presentes*. Essa maioria foi substituída no Diploma de 1940, com aplausos gerais, pela maioria absoluta de votos, sem computação dos votos em branco, qual se lia de seu artigo 94, cuja redação era a seguinte: ‘Art. 94 – As deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas na lei, são tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.’ Como se vê, o dispositivo da Lei atual, ora em comento, repetiu, *ipsis litteris*, em seu *caput*, a norma do Estatuto de 1940. Adicionou-lhe, no entanto, dois parágrafos, um referente ao aumento do quorum deliberativo para certas matérias, nas companhias fechadas, e outro objetivando a solução de empate na votação.” E continua “Na votação por maioria simples, decide-se segundo os votos dos presentes por simples maioria (maioria do capital votante presente, não por cabeça), sem exigência de qualquer fração ou percentual mínimos. Daí é sabido que o quorum é o número mínimo necessário à validade da deliberação, segue-se que, no caso de votação por maioria simples, não há (nem pode haver) fixação de quorum deliberativo. Essa era a maioria exigida pela legislação que antecedeu o Decreto-Lei n. 2.627/40). Um exemplo ministrado por Raul Armando Mendes, em estudo elaborado quando Diretor-Geral do Serviço Nacional de Municípios – SENAM, intitulado “A Votação nos Órgãos Colegiais: Câmara de Vereadores”, elucida a forma de computação da maioria simples: ‘Assim, se um determinado projeto, juntamente com outros, em votação, numa Câmara de 9 membros, obtém 4 votos, enquanto os demais obtém 2, 2, 1 votos, é aprovado o que somou 4 sufrágios, dando-se a aprovação por maioria simples.’ De se notar que a maioria absoluta, se exigida, seria no caso de 5 votos. Outro esclarecedor exemplo é dado por Lopes Pontes, e relativo às companhias em uma assembleia, a que comparecessem acionistas representando 4.000 ações ordinárias, se ao votar determinada matéria se formassem quatro grupos de entendimentos diversos – um com 800 votos, outro com 700 votos, um terceiro com 1.200 votos e um quarto com 1.300 votos, este último constituiria a maioria relativa (ou simples), a qual prevaleceria se a lei não exigisse expressamente a maioria absoluta, que, no caso, seria de 2.001 ações.” E segue: “(...) o quorum qualificado ou especial é aquele que se situa acima do quorum formado pela maioria absoluta. Assim, enquanto esta se forma pelo primeiro número inteiro que ultrapassa a metade dos votos (v.g. a maioria de 25 é 13), aquela se forma por quantitativos superiores (v.g. dois terços, três quintos, três quartos). Ora, a Lei n. 6.404/76/1976 nomina de quorum qualificado o que reúna a metade das ações com direito de voto, necessário à aprovação das matérias elencadas no art. 136 sob comento. Logo, há de se concluir que, no caso, ao conceituar o quorum como qualificado, embora adotada uma fração menor – metade (no artigo 129 –

mais da metade), recorreu a Lei à uma base de incidência maior: o quorum eventual (maioria absoluta) do artigo 129 incide sobre a soma dos votos dos presentes ao conclave, enquanto o quorum qualificado incide sobre as ações votantes que integram o capital social da companhia. Aquele é um quorum móvel, segundo o comparecimento dos acionistas votantes; este é um quorum fixo, extraído do número de ações ordinárias do capital social constante do estatuto. Rejeitou-se, assim, dada a relevância das matérias em pauta, a maioria absoluta representada pelos acionistas presentes, que poderia descer a um número inexpressivo de votos, para então se exigir que pelos menos a metade do capital votante da companhia, ou seja um quorum reforçado, aprove as operações societárias distribuídas nos dez incisos no artigo 136 ora comentado.” (Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei. Vols. II. Renovar*: Rio de Janeiro, 2009, p. 118-122 e 220-221). MODESTO CARVALHOSA, por sua vez, enfatiza que: “Para o efeito do cômputo dos votos, fala a lei em maioria absoluta e qualificada (art. 136). Essas duas espécies de maioria contrastam com aquela de maioria relativa, que não é admitida pela lei como quorum deliberativo. A maioria relativa, com efeito, é o maior número de votos obtidos, sem qualquer referência a um percentual mínimo do total dos votos dados. (...) Há, portanto, uma diferença fundamental entre o quórum deliberativo estabelecido no art. 129 e o quorum decisório qualificado. Na primeira hipótese, prevalece a maioria absoluta de votos presentes ao conclave. É o chamado quorum eventual. No caso de quorum qualificado, prevalece a maioria absoluta das ações com direito a voto. Temos, pois, que no quorum qualificado a maioria não é calculada sobre o número de votos, mas sobre o número de ações votantes. (...)” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas. V. 2. 5. ed.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 921 e 1031). NELSON EIZIRIK esclarece com mais vigor a diferença entre a maioria absoluta e maioria qualificada no âmbito da Lei 6.404/76: “A Lei das S/A regula 2 (duas) espécies de voto por maioria: (i) maioria absoluta, a que reúne no mínimo a dos votos mais 1 (um); e (ii) maioria qualificada, que é toda espécie de maioria cujo quorum é superior ao da maioria absoluta. Ou seja, a maioria qualificada é um número superior à metade dos votos, como, por exemplo, 2/3 (dois terços), 3/4 (três quartos), 3/5 (três quintos), etc. O quorum da maioria absoluta é também denominado quorum eventual, uma vez que é fixado no momento da deliberação, pois depende da presença dos acionistas à assembleia geral. Não integram a base de cálculo os votos em branco, os dos acionistas que se encontram impedidos de votar determinada matéria e os proferidos com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado na sede da companhia (artigo 118, §8º), pois o quorum da maioria absoluta verifica-se mediante o capital que pode votar representado pelos acionistas presentes à assembleia geral. Cite-se, por exemplo, um quorum de instalação de 35 (trinta e cinco) acionistas com direito de voto. Se comparecerem à assembleia acionistas representando esse número, o quorum da maioria absoluta será de 18 (dezoito) acionistas e, na hipótese de 5 (cinco) votarem em branco, o quorum de deliberação será de 16 (dezesseis) acionistas com direito de voto. (...) A Lei das S/A, além do quorum da maioria absoluta, fixa, em alguns casos, um quorum qualificado – que é o da metade das ações com direito de voto – bem como o voto da unanimidade – que nem sempre é o da unanimidade do capital votante, mas dos acionistas presentes à assembleia – para a aprovação de determinadas matérias. (...) Enquanto o quorum da maioria absoluta verifica-se de acordo com o capital votante representado pelos acionistas presentes à assembleia geral, o quorum qualificado extrai-se do capital social total com direito a voto, ou seja, metade das ações com direito a voto que integram o capital social.” (Cf. EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/As comentada. Vol.II.* São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 108-110). No mesmo sentido caminham as lições de CELSO F. CAMPILONGO: “A regra da maioria, na verdade, constitui uma ‘família de regras’. Existem, primeiramente, pelo menos cinco regras majoritárias: maioria simples ou não qualificada (metade mais um); maioria absoluta (metade mais um do universo eleitoral); maioria relativa (metade mais um dos votantes); maioria qualificada (dois terços, três quartos); qualquer maioria (a maior dentre as minorias)”. (Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia. 2. ed.* São Paulo: Max Linonad, 2000, p. 39) O tema recebeu mesmo tratamento na Itália. Por exemplo, FRANCESCO MESSINEO, ao tratar da assembleia geral das sociedades anônimas, refere que: “Non è questo il luogo per diffondersi sull’essenza e la portata del principio maggioritario (che ha base sul dato della prevalenza del numero, da intendere, peraltro, come espressione dell’interesse sociale) (16); e sulle distinzioni fra i vari tipi di maggioranza. Qui si ricordi che, in forza di tale principio, equivale a volontà (collettiva) dell’assemblea, quel ‘partito’, che abbia riscosso un numero di suffragi, superiore ad un altro, o agli altri: maggioranza relativa: o superiore alla metà del quorum, o del totale dei suffragi: maggioranza assoluta; e, in taluni particolari casi, che abbia raggiunto un numero di suffragi, il quale sia superiore ai due terzi, o ai tre quarti (e simili) del quorum: maggioranza qualificata. La deliberazione adottata a maggioranza (e purchè adottata nell’interesse sociale) è valida, così come se fosse adottata all’unanimità: la maggioranza è sufficiente a creare la volontà sociale (artt. 2368-69 c.c.): volontà, che è vincolante, anche per la minoranza (supra). (Cf. MESSINEO, Francesco. *Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell’assemblea degli azionisti. In: _____. Nuovi studi di diritto delle società.* Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 221).

reformas estatutárias posteriores à constituição da sociedade, segue-se o princípio da maioria dos votos, nos termos do artigo 129 (absoluta) e 136 (qualificada) da Lei n. 6.404/76. Em outros tipos societários, como no caso das sociedades simples, exige-se quórum de unanimidade para a alteração de elementos estruturais do negócio societário, conforme disposto no art. 999 do Código Civil.

(IX) A natureza dos direitos e das obrigações das partes: cada obrigação se dá em relação a todas as outras¹³⁸, sendo que cada uma pode ter um objeto diverso, não possuindo conteúdo típico constante (pois cada parte contribui com um tipo de bem ou serviço que os outros consideram relevante para o exercício do objeto social, respondendo individualmente pelos vícios que sua contribuição eventualmente apresente¹³⁹). Enquanto nos demais contratos os direitos e obrigações de cada parte são distintos, no contrato de sociedade eles podem ser idênticos na *qualidade*, embora possam ser distintos na *quantidade*¹⁴⁰. Na compra

¹³⁸ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 285-287 e p. 296. Ao explicar os direitos e obrigações havidos entre os sócios, revela que nos contratos bilaterais as prestações estão em uma relação jurídica de equivalência (uma substitui a outra, no patrimônio de cada parte), ao passo que, nos plurilaterais, a prestação de cada uma dessas partes não estaria em relação de equivalência, tendo em vista que tal equivalência existiria apenas “(...) entre as obrigações e os direitos de cada parte e as de todas as demais, ou seja, levando em conta obrigações e direitos de cada parte, perante todas as demais”. No mesmo sentido: “Nos negócios jurídicos bilaterais, transfere-se a outrem um bem da vida, ou, em se tratando de contratos bilaterais, transferem-se bens da vida (propriedade, uso, usufruto, habitação) e cada um dos figurantes adquire. Nos negócios jurídicos plurilaterais, não é isso o que ocorre: nenhum dos figurantes transfere ao outro; todos põem em comum aquilo com que concorreram, por mais diferentes que sejam as prestações. Daí, nos negócios jurídicos plurilaterais, podem ser tipicamente distintos os acordos que as entradas implicam (transmissão da propriedade imobiliária ou da propriedade mobiliária, corpórea ou incorpórea; constituição de uso, usufruto, ou de algum direito real de garantia), como todas as consequências que possam resultar da incidência das regras jurídicas especiais, como as regras jurídicas sobre vícios ocultos e evicção.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, T. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 18).

¹³⁹ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 295 e 296, complementa: “(...) Se examinarmos a disciplina concreta das obrigações das partes nos contratos plurilaterais, veremos que elas estão sujeitas a uma dupla ordem de normas: a) às gerais, digamo-lo assim, próprias do contrato plurilateral concluído; b) às (quando não sejam incompatíveis com as primeiras) que decorrem do objeto particular da obrigação de cada parte e que, por isso, podem ser diversas quanto a cada parte.” “Assim, o sócio que transfere a propriedade de uma coisa é responsável por evicção e por vícios ocultos, e essa consequência é correntemente afirmada mesmo nos direitos (por exemplo, o italiano e o francês) que disciplinam essa responsabilidade somente em relação a alguns contratos e não de modo geral (como, ao contrário, o direito brasileiro)”.

¹⁴⁰ Lembra ASCARELLI que: “Na sociedade, justamente à vista do fato de visar à consecução de lucro a ser distribuído entre os sócios, o direito destes tem um conteúdo típico e constante, qualquer que seja o objeto da sociedade. Diversas, entretanto, podem ser, mesmo qualitativamente, as entradas dos sócios; esta diversidade respeita não apenas às diversas sociedades, mas até aos diversos sócios de uma sociedade”, cf. ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 294, 300-301. Para PONTES DE MIRANDA, “O que importa é a comunhão de fins, que implica comunhão de bens da vida. Os próprios atos que incumbem a cada sócio, por mais que sejam, são, em sua função, iguais. Nem se pode dizer que a diferenciação pode ser quantitativa, e não qualitativa. A diferenciação pode ser quantitativa e qualitativa; não pode ser ao longo de um lado. O que um sócio faz, diferente do que outro faz, insere-se na atividade social, como atividade social interna ou externa, sem se exigir que seja a

e venda, por exemplo, “A” tem direito à coisa, mas tem a obrigação de pagar \$, enquanto “B” tem direito a \$, mas tem a obrigação de entregar a coisa. As obrigações e os direitos são, portanto, distintos. O mesmo se dá nas várias espécies de contratos bilaterais, como na locação, na prestação de serviços e no mandato. No contrato de sociedade, a lógica é distinta: todos têm a obrigação de contribuir para a formação do fundo social e todos da mesma categoria têm o direito de participar dos lucros ou de se retirar da sociedade (obviamente também poderíamos considerar outros direitos e obrigações além dos recém-nominados). Os deveres e os direitos são, por conseguinte, iguais em *qualidade*, porém não necessariamente iguais em *quantidade*, pois um sócio pode se comprometer com uma contribuição maior, ter maior participação nos lucros, maior poder de voto, e assim por diante. Logo, no contrato de sociedade as partes contratantes, duas ou mais, terão, qualitativamente, interesses idênticos nos resultados percebidos e suportarão proporcionalmente os riscos do negócio, estabelecendo-se a comunhão tanto de interesses quanto de riscos. Veja-se, por exemplo, que, segundo o §1.º do art. 109 da Lei das S/As, as ações de uma mesma espécie e classe outorgam aos seus titulares iguais direitos aos de quaisquer outras ações de mesma espécie ou classe, estando os direitos dos acionistas sempre ligados às ações de sua titularidade¹⁴¹. Ainda nesse particular, vale lembrar que ASCARELLI destaca a existência de subtipos de contratos plurilaterais associativos, quais sejam o contrato interno, destinado a vigor entre as partes contratantes, sem manifestação externa; e o contrato externo, de sociedade ou associação, conforme o caso, que vincula o patrimônio social perante terceiros, podendo ser sistematizado em acordos de acionistas e/ou consórcios¹⁴².

(X) A possibilidade de não correspondência perfeita entre os direitos e as obrigações: isso significa, por exemplo, que em um contrato de sociedade uma contribuição maior para a formação do fundo social (obrigação) pode não corresponder com exatidão a uma participação nos resultados (direito). “A” pode

mesma e da mesma intensidade. Os direitos aos proventos, esses são da mesma natureza, devido à comunidade de fim, posto que possa haver diferenças quantitativas. Na própria troca, a diferenciação ressalta, razão por que o negócio jurídico é bilateral, e não plurilateral. Dá-se *a*, contra *b*. Na venda há o que se vende e o preço. No mandato, mandatário e mandante não têm fim comum. Nos negócios jurídicos plurilaterais, não importa com que se contribuiu: tem-se de considerar o valor de cada quota. Pode A ter entrado com bem imóvel; B, com maquinário; e C, com dinheiro ou trabalho.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, T. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 18).

¹⁴¹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 42/43.

¹⁴² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 43.

contribuir com 70% dos recursos do fundo social, e “B”, com 30%, mas a participação nos lucros pode ser não correspondente (desproporcional), ficando “A” com 30% dos lucros e “B” com 70% (ou mesmo, em vista da referida contribuição, ficarem A e B com 50% cada). Tudo depende do arranjo contratual feito entre os participantes, o que é plenamente possível nos contratos de sociedade, respeitada a previsão do art. 1.008 do Código Civil (proibição da sociedade leonina¹⁴³), que estabelece ser nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas¹⁴⁴. Essa sistemática não se aplica às sociedades anônimas, nas quais as ações de cada classe devem, necessariamente, conferir direitos iguais aos seus titulares (§1.º do art. 109 da Lei das S/As), razão pela qual não é permitida a distribuição desproporcional de dividendos entre os acionistas¹⁴⁵.

¹⁴³ A legislação brasileira, seguindo a prática mundial, condena a formação de sociedades leoninas, isto é, aquelas em que um sócio recebe a totalidade dos lucros (ou parcela significativa a ponto de tornar a dos demais irrisória) e se isenta das perdas. Segundo CUNHA PEIXOTO, a denominação decorre da famosa fábula narrada pelo romano Fedro – “Fábula de Fedro”, na qual (...) “o leão, entrando em sociedade, para caçar, com outros animais, atribui a si todas as partes, começando pela primeira, porque se chama “Leão”. (Cf. CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 327).

¹⁴⁴ Sobre o tema, ver: COMPARATO, Fabio Konder. O direito ao lucro nos contratos sociais. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 150-158.

¹⁴⁵ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 551. Vale ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 4303/2012, de autoria do Deputado Laércio Oliveira (PR/SE), que cria e disciplina a sociedade anônima simplificada (SAS). As diretrizes fundamentais da proposta são: (i) baratear a constituição e o manejo das sociedades anônimas enquadradas como simplificadas; (ii) facilitar seu funcionamento; e (iii) flexibilizar sua disciplina jurídica. Dentre uma série de inovações, o art. 294-E da proposta legislativa estabelece que “O acionista participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas ações, podendo dispor diversamente o estatuto”. Depreende-se do texto que os acionistas poderão, no exercício da sua autonomia privada, prever no estatuto social de uma sociedade anônima simplificada a distribuição desproporcional de resultados, o que altera a sistemática em vigor na Lei 6.404/76. Na visão de WALFRIDO JORGE WARDE JR. e RODRIGO ROCHA MONTEIRO DE CASTRO, em livro que trata da matéria: “A companhia é a primeira forma societária em que todos os acionistas transferem integralmente à sociedade as entradas de capital (sem que lhes remanesça, sobre essas entradas, qualquer poder dominial), em contraprestação a um direito expectativo (um direito creditório eventual) aos lucros distribuíveis. Esse é o fundamento da irresponsabilidade dos sócios, especialmente em sociedades de responsabilidade imanente. Nesses casos, é a sociedade que irá exercer a empresa, com o emprego de meios de produção de sua exclusiva propriedade. Os sócios serão meros credores, detentores, repise-se, de um direito creditório especialíssimo, de satisfação eventual, condicionado ao bom sucesso da empresa. Os direitos políticos se justificam como instrumento atribuído ao sócio, que lhe faculta influenciar – sob o princípio majoritário – as deliberações e ações sociais, com vista a orientar a sociedade à maximização do valor das participações sociais e os lucros distribuíveis. Nas sociedades de responsabilidade imanente, de que a companhia é o exemplo mais perfeito, o sócio não responde pelas dívidas da sociedade, mas experimenta as perdas, na medida em que o esvaziamento e o esgotamento do patrimônio social impõem consentâneo perdimento de valor das participações e a inexistência de dividendos. Daí, por que, também das sociedades de responsabilidade imanente, diz-se que o acionista participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas ações. Não sem motivo, o legislador anuncia, logo em seu art. 2º, de modo explícito, que o objeto da companhia será qualquer empresa com fins lucrativos. Assim, sob perspectiva interna, a companhia deve gerar lucro para, sob perspectiva externa, distribuir dividendos. A realização do objeto social é o meio pelo qual a companhia atinge seus fins: gerar excedentes e distribuí-los. Aí estão as vigas mestras do modelo, erigidas sobre as bases dos arts. 109, I e 202 da LSA. (...) A garantia de que o acionista não será privado e participará dos lucros sociais é um direito que justifica, juntamente com a limitação da responsabilidade (cujas finalidades é limitar perdas eventuais), a aplicação de recursos em dada empresa, que, por definição, associa-se a risco. (...) A LSA não

(XI) A necessidade de ser um contrato de execução continuada: enquanto os contratos em geral podem adotar um regime de execução instantânea, diferida ou continuada no tempo, os contratos plurilaterais são, necessariamente, de execução continuada, pois é da essência deles a instrumentalidade, a exploração de uma atividade ulterior, ainda que consista em um único negócio¹⁴⁶. Tal não significa, no entanto, que o contrato não possa ser celebrado por prazo determinado, o que é bastante comum quando, findo o empreendimento, a sociedade entra em dissolução¹⁴⁷.

(XI) A relação indireta e mediata entre as obrigações dos participantes: nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática entre os participantes, pois o cumprimento da obrigação de uma das partes depende do adimplemento da obrigação da parte contrária, sendo lícito, inclusive, lançar mão da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) para se desobrigar perante a contraparte inadimplente¹⁴⁸. No contrato plurilateral, porém, o inadimplemento de uma das partes não autoriza aos demais participantes a não executar a sua prestação, caso ainda seja possível a realização do objeto social¹⁴⁹. ASCARELLI refere que “(...) nos contratos plurilaterais, essa relação, em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato; a invalidade ou inexecução das obrigações de uma parte, não

está aparelhada para considerar tamanha diversidade empresarial, nem dispõe, em vista do elevado dirigismo, de mecanismos de adaptação, capazes de dar abrigo a interesses legítimos, que se expressam por conta das peculiaridades de cada empresa. Bem por isso, o RE-SAS confere aos acionistas da companhia autonomia para deliberar pela distribuição desigual de dividendos. No silêncio do estatuto, aplica-se a regra geral, que determina participação proporcional às entradas de capital. Quer-se, aqui, acomodar o interesse, que se sente em concreto, de criar sistemas particulares de remuneração, especialmente nos casos em que é necessário, por exemplo, premiar a participação estratégica, tão (ou mais) útil à companhia quanto as efetivas entradas de capital. Não há, pois, afronta ao art. 109; o direito ao recebimento de dividendos está resguardado. O acionista, em qualquer hipótese, participará da distribuição de lucros sociais.” (Cf. WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Regime especial da sociedade anônima simplificada*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77-81). Segundo informações obtidas no site da Câmara dos Deputados (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>), o projeto de lei tramita no regime ordinário, estando sujeito à apreciação conclusiva das comissões. Até o momento, recebeu parecer favorável na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) e aguarda posicionamento da Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e da Comissão de Constituição e Justiça (CCJC).

¹⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 294.

¹⁴⁷ Ver, nesse sentido, a chamada “Sociedade de Propósito Específico (SPE)”, modalidade prevista no parágrafo único do art. 981 do Código Civil: “Art. 981 (...) Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”.

¹⁴⁸ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 308-309. O art. 476 do Código Civil regula a hipótese, a saber: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

¹⁴⁹ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 308-309.

exclui, só por si, a permanência do contrato entre os demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum”¹⁵⁰. Logo, a impossibilidade de execução ou o inadimplemento da prestação por quaisquer das partes afeta somente esta e não a contratação em si. A higidez do contrato de sociedade permanece se seu objetivo comum continuar possível de ser alcançado, mesmo com a falta daquela parcela (diferentemente dos negócios jurídicos bilaterais, em que a impossibilidade ou o inadimplemento de uma das partes tende a levar à sua resolução).

(XIII) Os vícios da adesão não necessariamente acarretam a invalidade do contrato. Nos contratos em geral, o vício de consentimento de uma das partes acarreta a invalidade do contrato como um todo¹⁵¹. Se o vendedor foi coagido a vender a coisa, por exemplo, todo o contrato está viciado. No contrato plurilateral, entretanto, a invalidade de uma das adesões ou contribuições para a formação do capital social da sociedade não acarreta, necessariamente, a invalidade do contrato, mas apenas da manifestação defeituosa, isto é, apenas do vínculo societário problemático, salvo se a prestação daquele participante era essencial para o cumprimento do próprio objeto social¹⁵². É óbvio, entretanto, que, se o vício corresponder à falta de um dos requisitos de validade do próprio contrato¹⁵³, tal situação conduzirá à invalidade da sociedade¹⁵⁴. Para reforçar, vale mencionar a

¹⁵⁰ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 309.

¹⁵¹ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 304. Por exemplo, por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (CC, arts. 138 e ss.) e incapacidade (CC, 104, I).

¹⁵² Segundo o autor: “(...) La società (o l’associazione) si scioglie dove sia impossibile il conseguimento dell’oggetto e perciò quando la nullità o l’annullamento della singola adesione (che altrimenti (art. 1420, 1446) non effettuerebbero la persistenza del contratto) si traducano in una impossibilità di perseguire il conseguimento dello scopo comune; quando l’essenzialità dell’adesione si sostanzi appunto nella sua essenzialità ai fini di conseguire lo scopo comune.” (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 342-346, especialmente p. 346). Sobre o tema, assevera PONTES DE MIRANDA: “Nos contratos plurilaterais, as invalidades concernentes à manifestação de vontade de um só dos figurantes não atingem todo o contrato, salvo se, atendidas a finalidade do contrato e as circunstâncias, se tem de considerar essencial a figura daquele que manifestou invalidamente a vontade. A essencialidade é que importa e sobre ela somente pode responder o exame do negócio jurídico plurilateral que se concluiu”, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, T. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 9.

¹⁵³ Por exemplo, a ilicitude ou a impossibilidade do objeto, a ilicitude do motivo determinante para a celebração do contrato quando este (motivo) for comum a todas as partes, a não observância da forma prescrita em lei ou de solenidade considerada essencial, o objetivo de fraudar lei imperativa (CC, arts. 166 e ss.).

¹⁵⁴ ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 348.

lição de ASCARELLI, para quem, nos contratos plurilaterais, a distinção entre vícios do contrato e vícios da adesão de uma das partes adquire particular relevo¹⁵⁵.

(XIV) A criação de uma pessoa jurídica: um dos traços mais marcantes do contrato de sociedade é a possibilidade de ele constituir uma nova pessoa, com autonomia patrimonial e capacidade negocial para atuar no mundo jurídico, adquirindo direitos e contraindo obrigações – uma pessoa jurídica, uma sociedade personificada, verdadeiro centro de imputações. Com efeito, com a inscrição dos atos constitutivos (contrato) na repartição competente (e.g. Junta Comercial), nasce uma nova pessoa, que atuará em nome da coletividade de sócios/acionistas. Retomando o uso das imagens geométricas de ASCARELLI, do contrato plurilateral, anteriormente visto como um círculo, resulta a figura de um cone quando dele deriva uma pessoa jurídica; a base da figura geométrica é justamente o círculo (com os sócios lado a lado), e a ponta o novo ser que dali se origina¹⁵⁶. Assim, a sociedade pode atuar em nome próprio, sem depender dos seus sócios (no sentido de que as obrigações não precisam ser contraídas em nome deles). Em suma, o Direito reconhece às pessoas reunidas em grupo para explorar atividade econômica uma característica bastante peculiar, que, inicialmente, só era dada às pessoas naturais (chamadas pessoas físicas): a capacidade de praticar atos jurídicos em nome próprio (exceto aqueles que não correspondem à sua natureza, como casar, adotar, etc.¹⁵⁷). Quando determinada sociedade contrata com outra pessoa figura no contrato o seu nome, e não os nomes dos sócios que a compõem, de modo que todos os direitos e obrigações desse ato são de titularidade da sociedade, e não de seus sócios. São, em última análise, pessoas independentes. Essa pessoa se torna autônoma em relação às pessoas que a criaram e passa a ter uma existência distinta das delas: possui nome, domicílio, nacionalidade, vontade e patrimônio próprios; adquire direitos e contrai obrigações, comprometendo, nesse sentido, inicialmente ou tão somente, o seu patrimônio; tem, inclusive, capacidade para demandar e ser demandada em juízo.

¹⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 306.

¹⁵⁶ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 313, nota de rodapé n. 132.

¹⁵⁷ Essas pessoas são uma criação do Direito, daí serem chamadas *pessoas jurídicas*. Entre nós, o tema da pessoa jurídica foi objeto da obra de: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Conceito de personalidade jurídica*. Tese (Concurso de Livre-Docência de Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

Ela pode agrupar-se com outras de “sua espécie”, absorvê-las, dividir-se e até sofrer metamorfoses jurídicas (transformação). Não seria exagero dizer que essas pessoas jurídicas, à semelhança do ser humano, nascem, se desenvolvem e morrem¹⁵⁸. É preciso ressaltar, no entanto, que nem toda sociedade tem personalidade jurídica no direito brasileiro, razão pela qual esse atributo é acidental, isto é, não está presente em todos os tipos societários¹⁵⁹. É o caso das sociedades em comum¹⁶⁰ e em conta de participação¹⁶¹ (as chamadas sociedades não personificadas), regidas pelos artigos 986 a 996 do Código Civil.

(XV) O “efeito real”: a última característica do contrato de sociedade que pretendemos destacar decorre diretamente da criação da pessoa jurídica: é o chamado “relevo real”, espécie de efeito produzido pelos contratos de sociedade, por meio do qual a propriedade dos bens disponibilizados para o exercício da atividade é transferida para a sociedade, caso não haja declaração expressa dos sócios em sentido contrário (a título de comodato ou direito de uso – art. 9.º da Lei n. 6.404/76¹⁶²). Para realçar quão peculiar é a força desse efeito, basta referir o fato de que, para a transmissão da propriedade imobiliária no Brasil, geralmente cercada das mais altas formalidades, fica dispensada a realização de escritura pública,

¹⁵⁸ Instigante, nesse sentido, é o parágrafo inicial da fábula da pessoa jurídica descrita por FRANCESCO GALGANO: “I Dio creò l'uomo a propria imagine e somiglianza, ma l'uomo non volle essergli da meno: creò, a immagine e somiglianza propria, la persona giuridica. Le dette un'assemblea ed un consiglio di amministrazione e le disse: questi sono i tuoi organi; l'assemblea è il tuo cervello; vedrai, ascolterai, parlerai con gli occhi, con le orecchie, con la bocca dei tuoi amministratori.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La favola della persona giuridica*. In _____. *Tutto il rovescio del diritto*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 23-31, p. 23).

¹⁵⁹ Sobre o tema elucidativas são as observações de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO: “A sociedade regularmente constituída destaca-se da figura dos sócios para ter, perante o direito, uma vida distinta da deles, com patrimônio e vontade próprios, capaz de exercer direitos e assumir obrigações como sujeito de direito nas relações jurídicas das quais vier a participar, seja com seus sócios, seja com terceiros. Tem ela por função facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos pretendidos pela pessoa ou pelo conjunto de pessoas que a constituem. Para preencher tal função, o ordenamento jurídico pode atribuir-lhe, ou não, personalidade jurídica (ns. 53-54 supra). O fato de ser atribuída ou não personalidade jurídica às sociedades em geral é irrelevante. No plano teórico, a criação de uma pessoa jurídica não é fato decisivo para caracterizá-la, tanto que em outras legislações, como a alemã e a italiana, por exemplo, só as sociedades de capital são dotadas de personalidade jurídica; as sociedades de pessoas não o são, mas nem por isso deixam de se comportar como entidades, isto é, como sujeitos de direitos e de obrigações na ordem jurídica. Na tradição do sistema jurídico brasileiro, as sociedades em geral têm personalidade jurídica. Adquirem-na com o registro de seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial (CC, arts. 45 e 985), mantendo-a mesmo durante a liquidação e até a sua extinção (CC, arts. 51 e 1.109) (Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164).

¹⁶⁰ Para aprofundamento ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. Malheiros: São Paulo, 2013.

¹⁶¹ Para aprofundamento ver: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

¹⁶² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 38.

bastando para perfectibilizar a transferência tão somente a averbação do contrato social com a descrição do bem no Registro de Imóveis (art. 89 da Lei n. 6.404/76).

Por derradeiro, vale registrar que, se, por um lado, a teoria do contrato plurilateral não é capaz de explicar a totalidade dos fenômenos societários modernos, sendo superada, nesse ponto, pela teoria do contrato-organização¹⁶³, por outro ela consegue otimizar o uso cooperativo dos bens, assumindo cunho instrumental, que regulará a atividade econômica a ser exercida.

1.3. Distinção entre ato constitutivo e estatuto social

A categorização do contrato societário como de natureza plurilateral, associativa e de organização acabou por gerar uma confusão terminológica entre os termos *sociedade*, *ato constitutivo*, *contrato social* e *estatuto social*. A desordem semântica não ocorreu apenas no Brasil, mas especialmente na Itália, de onde a construção teórica foi importada¹⁶⁴.

¹⁶³ Apesar de já ter sido destacado e não constituir objeto do nosso estudo, a doutrina plurilateral encontra dificuldade para fundamentar a sociedade unipessoal com base em uma visão contratual. Nesse sentido, por exemplo, PIER GIUSTO JAEGER e FRANCESCO DENOZZA, ao comentarem a viabilidade de constituição de sociedades unipessoais com responsabilidade limitada na Itália ressaltam que: “Attualmente il riconoscimento della possibilità di creare società sin dall’origine unipersonali non consente più di affermare, in via generale, la natura contrattuale dell’atto costitutivo di società. Molto di quanto diremo nei prossimi paragrafi riguarda perciò soltanto le società create da due o più soggetti, le sole per le quali può essere ancora sostenuta la natura contrattuale dell’atto da cui nascono”, cf. JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 110. Da mesma forma, RUBENS REQUIÃO, apesar de adotar a teoria contratualista, afirma: “A incompreensão que comumente se manifesta a respeito das sociedades *unipessoais* provém da ideia arraigada pela tradição de que a sociedade se forma pelo contrato, sendo somente possível sua criação entre duas ou mais pessoas. Desde que se passe a sustentar que a sociedade comercial, como pessoa jurídica, se constitui por um ato que não seja necessariamente um contrato, o absurdo aparente se ameniza”, cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 378 (grifo do autor). Para explicar os fenômenos da sociedade criada por lei ou a sociedade unipessoal, a teoria do contrato/sociedade-organização tem maior êxito. Isso porque a empresa vista como organização, com um impulso inicial dado pelo empreendedor, público ou privado, com a separação de um patrimônio para o exercício de uma atividade, acaba, se preenchidos os pressupostos de um tipo societário previsto no Código Civil, exercendo a atividade econômica por meio de uma sociedade. Logo, seria a organização o fundamento da sociedade, a qual, de acordo com FRANCO DI SABATO, poderia ter origem tanto em um contrato plurilateral como em um ato unilateral ou mesmo em uma lei; quaisquer dos atos constitutivos aqui mencionados criam uma organização econômica reconhecida como sociedade. Cf. DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 12. Dessa forma, não importaria o ato constitutivo: “(...) O *contrato* é apenas o acto constitutivo *normal* da *sociedade*. Em certos casos, ela não se constitui por *contrato*, mas através de figuras jurídicas diferentes, como o *negócio jurídico unilateral* ou o *diploma legal*”, cf. FURTADO, Jorge Henrique Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 5. ed. rev. e atual. com a colaboração de Nelson Rocha. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63 (grifo do autor). Sobre o tema, ver o excelente estudo de SPINELLI, Luis Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 146, p. 165-188, 2009.

¹⁶⁴ A mesma confusão ocorria na Itália, antes da reforma legislativa de 1993, onde eram equivalentes as concepções de contrato plurilateral e sociedade. O mesmo ocorria com os termos *ato de constituição* e *estatuto social*. Atualmente, a previsão do art. 2.328 ainda gera debates na doutrina sobre a diferenciação entre os termos *ato de constituição* e *estatuto social*, a saber: “Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, si considera parte integrante dell’atto costitutivo e deve essere

Em nosso ordenamento jurídico, parece que tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 evidenciam no contrato plurilateral o único fundamento de formação da sociedade, misturando, assim, a ideia de ato constitutivo com os seus efeitos jurídicos – criação da sociedade¹⁶⁵. A questão não passou incólume pela doutrina. Por exemplo, JOÃO EUNÁPIO BORGES, examinando a distinção entre ato constitutivo e efeito do contrato plurilateral, asseverou: “A palavra *sociedade* é empregada para designar tanto o contrato, que é a causa da pessoa jurídica que ele fez nascer, como a própria pessoa, que é efeito daquele contrato”¹⁶⁶.

TULLIO ASCARELLI também traz relevante reflexão sobre o tema, destacando a natureza contratual e de lei interna do estatuto social, bem como o fato de a distinção entre ato constitutivo e estatuto social ser uma peculiaridade das sociedades anônimas:

Al hablar de las personas jurídicas en sentido general, hemos recordado que toda persona jurídica tiene un ordenamiento propio y está regulada en la propia organización interna por un complejo de normas. (...) Así ocurre en las sociedades comerciales. Las mismas se encuentran regidas por un complejo de normas dictadas en parte por la ley, y fijadas en parte por los socios en el acto de constitución de la sociedad; constituyen estas últimas las normas del acto constitutivo y del estatuto. De estatuto como distinto del acto constitutivo, se habla especialmente en las sociedades por acciones, cuya mayor complejidad hace anormal que la disciplina de la sociedad venga fijada en el estatuto, distinto del acto constitutivo. En las sociedades por cuotas, en cambio, es el mismo constitutivo de la sociedad el que contiene la regulación estatutaria. El estatuto es así la ley interna de la sociedad; en el ámbito de las normas inderrogables de ley, el mismo regula la vida de ellas¹⁶⁷.

Na verdade, a confusão terminológica remonta à doutrina comercial clássica que visualizava um elo tenaz entre o ato constitutivo, do qual o estatuto era parte integrante, e a

a questo allegato (2475).” (Cf. CORAPI, Diego. The contractual dimension of company law in Europe. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*, CIX, 2011, n. 3, p. 571-581, p. 578). Interessante, nesse particular, é a explicação DIEGO CORAPI para a interpretação do referido dispositivo: “Quando la legge stabilisce che lo statuto, contenente le norme organizzative predisposte dalla legge oltre quelle predisposte dalle parti, è ‘parte integrante dell’atto costitutivo’, il fenomeno che si verifica non è quello di una ‘integrazione’ di un regolamento negoziale o di una ‘integrazione dei suoi effetti’, quando piuttosto quello di una determinazione stessa delle strutture in cui quel negozio si esprime. Tali strutture tipiche, determinata dalla legge con un complesso di norme cogenti e dispositive, sono dunque l’espressione dell’operazione negoziale voluta dalle parti, sono un elemento necessario del regolamento di interesse impegnativo da esse predisposto. Il significato del ricongiungimento tra atto costitutivo, che stabilisce gli elementi necessari al sorgere della società, e statuto che stabilisce quelli necessari al suo funzionamento, viene così collocato nel contesto più generale, secondo cui nell’ordinamento attuale tutti i rapporti associativi sono qualificati come fenomeni contrattuali (o comunque negoziali) nascenti dall’autonomia privata.” (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 196).

¹⁶⁵ SPINELLI, Luis Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 146, 2009, p. 165-188, p. 174.

¹⁶⁶ BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 260.

¹⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades e asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Mauricio L.; Yadarola. Buenos Aires: Ediar, 1967, p. 78-79.

ordem jurídica interna das sociedades anônimas que o mesmo estatuto esculpia internamente e revelava a terceiros¹⁶⁸. Ainda hoje, é muito comum referir-se ao termo estatuto ou contrato social para indicar (I) ora o complexo de regras gerais e abstratas, fixado pela lei e/ou pela vontade das partes, para regular as relações entre os sócios em determinada sociedade, (II) ora o documento que contém tal regramento¹⁶⁹.

A terminologia é utilizada sem o devido cuidado e prescinde de um conceito técnico preciso ou, pelo menos, elucidativo. Em razão disso, a precisão do correto significado do termo *estatuto* é relevante não apenas para sedimentar seu papel de reger internamente a sociedade, mas também para espantar dúvidas relacionas ao perfil contratual do fenômeno associativo, especialmente das anônimas, e à atribuição de personalidade jurídica ao novo ente.

Formalmente, o estatuto representa a ordem jurídica interna da sociedade anônima e, funcionalmente, opera como instituição sobre a qual o fenômeno societário se baseia para reger sua própria engrenagem. O estatuto social, completo ou incompleto, é, portanto, a carta fundamental da sociedade anônima, na qual estão registrados os princípios e as regras societárias básicas para o funcionamento do novo ente. Daí decorrem as conclusões de LORENZO MOSSA, JOAQUÍN GUARRIGUES E GIOVANI PELLIZZI: o estatuto social se destaca do contrato ou do ato de constituição de uma sociedade não somente pela diferenciação quanto à sua gênese e formação, mas, principalmente, pelo seu escopo funcional, já que, além de contrato normativo, é também norma central da sociedade¹⁷⁰.

Ocorre que essa fundição argumentativa parece conectar construções teóricas antagônicas. Como sustenta o italiano BERNARDINO SCORZA, um dos precursores na defesa

¹⁶⁸ MOSSA, Lorenzo. *Tratado del nuovo diritto commerciale*. Vol. IV. Padova: Cedam, 1951, p. 195. Os italianos UMBERTO NAVARRINI e GABRIELE FAGGELLA, comentando os dispositivos que tratam das sociedades no Código Civil italiano, lembram que: “O Código fala a propósito de sociedades por ações em ato constitutivo ou estatuto, e quer que se tirem as indicações mencionadas ou de um ou outro. Quais são as diferenças? O estatuto não é mais que o núcleo fundamental do ato constitutivo, cronologicamente anterior à existência deste (Cf. arts. 134 e 136). Aliás, não faz senão assinalar os pontos fundamentais em que se apoiará a existência de futuras sociedades. O ato constitutivo, ao contrário, prova e documenta o acordo social feito juridicamente naquelas bases. Mais comumente será o primeiro absorvido por este último, do qual virá, mesmo materialmente, a se tornar parte integrante, mas poderão permanecer destacados (e o código supõe mesmo essa separação, embora sempre exigindo que um acompanhe o outro), contendo-se no último, com referência ao primeiro, a ponto de pôr-lhe em evidência a íntima e necessária conexão”. (Cf. NAVARRINI, Umberto; FAGGELLA, Gabriele. *Das sociedades e das associações comerciais*. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950, p. 260/261).

¹⁶⁹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 72/73.

¹⁷⁰ MOSSA, Lorenzo. *Tratado del nuovo diritto commerciale*. Vol. IV. Padova: Cedam, 1951, p. 197; GUARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. T. II. Temis: Bogotá, 1987, p. 120 e 164/165; PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 217-218.

do carácter objetivo, normativo, abstrato e genérico do estatuto social, tendo como base a constituição de uma pessoa jurídica, o estabelecimento de relações entre ela, seus sócios e terceiros e a impossibilidade de classificar tais normas como contratuais:

(...) 1) le norme degli statuti delle persone giuridiche non possono considerarsi norme contrattuali rispetto al nostro ordinamento giuridico, giacchè in nessun momento sono riferibili a manifestazioni di volontà vincolanti dei membri della corporazione; 2) le norme medesime sono, per il nostro ordinamento, riferibili ad una volontà diversa da quella dei componenti la persona giuridica, hanno i requisiti della generalità e dell'astrattezza, e quindi sarebbero – considerate in sè e per sè – dei sistemi di norme. (...) Quindi io sostengo che l'attribuzione della personalità giuridica, fatta dall'ordinamento dello Stato ad altre corporazioni, mentre rende impossibile che i sistema di norme relativi vengano considerati convenzionali, è un titolo giuridico capace di operare un rinvio; e che quindi le norme statutarie degli enti privati e degli enti pubblici acquistano – salvo differenze e limiti intuitivi – il medesimo valore in forza di tale rinvio: cioè il valore di norme fonti di diritto obbiettivo.

Passo adesso a chiarire i concetti riguardo al processo formativo delle norme statutarie. Poichè potrebbe credere che vi sia contraddizione tra la tesi sostenuta sul valore delle disposizioni statutarie, ed il fatto che precedentemente ho stabilito come contrattuale la natura dell'atto costitutivo. La norma statutaria sorge attraverso un procedimento cui partecipano i fondatori della società, che considerato in sè e per sè non potrebbe affatto essere valutato come procedimento contrattuale, ma che, per chi lo considera dal punto di vista del nostro ordinamento, ha il valore di contratto. È a clausole contrattuali che la legge dà, con l'attribuzione della personalità giuridica al gruppo – attraverso il procedimento che ho tracciato nelle pagine precedenti – il valore di diritto obbiettivo. (...) Il valore dello statuto dunque muta con l'attribuzione al grupo della personalità giuridica; ed è appunto l'attribuzione di tale personalità che rende possibile vedere nella società, od associazione, personificata che sia, un ordinamento a sè, pur dal punto di vista del nostro ordinamento; e che nell'ambito di questo rende efficace quell'ordinamento – di una efficacia che supera la sfera contrattuale (...) In tal modo io vengo evidentemente a conciliare la tesi sulla natura normativa degli statuti, col concetto che l'atto costitutivo e gli statuti vengono materialmente formati mediante un contratto tra i fondatori¹⁷¹.

A doutrina brasileira contribuiu para o debate. Por exemplo, para CARVALHO DE MENDONÇA os estatutos sociais são cronologicamente anteriores à constituição da sociedade, representando “os alicerces da futura sociedade” ou, ainda, “a lei convencional dos acionistas”, podendo “nele estipular tudo aquilo que não ofenda os princípios fundamentais do instituto” e “conter disposições relativas a todos os pontos importantes da organização da

¹⁷¹ SCORZA, Bernardino. *Gli statuti degli enti a tipo associativo*. Roma: Foro Italiano, 1934, p. 142-146.

sociedade¹⁷²”. Na mesma linha caminha WALDEMAR FERREIRA, para quem o documento representava “a lei interna da sociedade” ou “o estatuto constitucional das anônimas”¹⁷³.

Nesse particular, percuente é a dupla observação de FÁBIO K. COMPARATO. Em primeiro lugar, entende ser indiscutível que o ato constitutivo de uma sociedade deve ser interpretado como um contrato plurilateral, porém isso não significa que se deva denegar ao estatuto social sua natureza particular de sistema normativo. Nesse diapasão, o estatuto de uma sociedade anônima vale como sistema de normas, embora se funde, originalmente, em um contrato plurilateral ou em um ato colegial¹⁷⁴.

O tema ganha relevância no âmbito das sociedades por ações, já que a letra da lei distingue o negócio constitutivo da sociedade – ato de constituição – do seu regulamento interno – estatuto social. Enquanto o primeiro teria o caráter pessoal e, em certas situações, até mesmo personalizado de acordo com as peculiaridades do caso em questão, o segundo se caracterizaria por ser objetivo e impessoal¹⁷⁵.

¹⁷² Para o comercialista tais informações seriam: a denominação e o objeto social, a sede, o prazo de duração, o montante do capital social, a divisão das ações e dos órgãos societários, a política de distribuição de dividendos, a forma de resolução de conflitos, o procedimento de dissolução e liquidação, e assim por diante. (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. III 6. ed., posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 320/321).

¹⁷³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 77. Para uma análise histórica do tema, ver: FERREIRA, Waldemar. O estatuto das sociedades anônimas brasileiras. *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, Vol. I. Padova: Cedam, 1962, p. 249-261.

¹⁷⁴ COMPARATO, Fabio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 221. Ao tratar da natureza dos estatutos da companhia e de sua interpretação, COMPARATO ressalta que: “Em matéria de sociedades por ações (...), contrariamente ao que ocorre nos demais tipos societários, a lei distingue entre o negócio constitutivo e o regulamento interno da vida social; enquanto aquele é pessoal e mesmo individualizado, este é objetivo e impessoal. A distinção, embora não tão aparente nos sistemas jurídicos romano-germânicos, quanto nas legislações anglo-saxônicas – *memorandum of association* e *articles of incorporation* no direito inglês, *charter* e *by-laws* no direito norte-americano –, não tem apenas o sentido de uma reminiscência histórica, como pensavam alguns. Não se trata, unicamente, de um vestígio da época em que o Estado criava a companhia por ato de incorporação, e aprovava os estatutos elaborados pelos fundadores, ou, ao contrário, autorizava a criação do novo ente social pelos particulares, desde que adotado o modelo oficial de estatutos fixado por ato administrativo. Ela repousa, em verdade, na diferença fundamental de natureza entre as sociedades por ações e as sociedades ditas justamente de pessoas, consistente no fato de que nestas subsiste sempre um vínculo contratual entre pessoas determinadas, enquanto naquelas o que prevalece são posições acionárias, com a fungibilidade da pessoa dos acionistas.” (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 55/56). Em sentido contrário, JOAQUÍN GUARRIGUES, para quem o estatuto social não é direito objetivo, mas sim negocial e pertence à categoria dos negócios jurídicos. (Cf. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. T. II. Temis: Bogotá, 1987, p. 120, 164/165).

¹⁷⁵ Em sentido contrário, MIRANDA VALVERDE, para quem o conceito do contrato corrompeu a instituição das sociedades anônimas com a aplicação de princípios inadequados. Na visão do autor: “O Decreto n.º 575, de 10 de janeiro de 1849, o primeiro que estabeleceu regras para a incorporação de quaisquer companhias, além de substituir essa expressão pela de ‘sociedades anônimas’, seguindo exemplo francês, diferencia, entretanto, o contrato constitutivo das companhias dos estatutos. Vestígio do passado. Os que quisessem obter autorização

Para FÁBIO K. COMPARATO,

(...) não há porque contestar a lucidez da interpretação do ato constitutivo de uma sociedade como contrato plurilateral, tal não implica denegar ao estatuto a sua natureza particular de sistema normativo. (...) Cabe aqui, justamente, assinalar a distinção que faz a doutrina germânica entre o modo de validade (*Geltungsweise*) e o fundamento de validade (*Geltungsgrund*) de um instituto jurídico. O estatuto de uma companhia vale como sistema de normas, embora se funde, originalmente, num contrato plurilateral ou num ato colegial¹⁷⁶.

Para o autor, a distinção entre ato constitutivo e estatuto social repousa essencialmente

(...) na diferença fundamental de natureza entre as sociedades por ações e as sociedades ditas de pessoas, consistente no fato de que, nestas, subsiste sempre um vínculo contratual entre pessoas determinadas, enquanto naquelas o que prevalece são posições acionárias, com a fungibilidade dos acionistas.

Os estatutos sociais apresentam-se, assim, como um ato-regra, para retomarmos a expressão dos institucionalistas franceses, sem embargo da sua adoção como conteúdo jurídico plurilateral de criação da sociedade. Eles representam o papel desempenhado pela constituição política no plano estatal, assinalando as finalidades da instituição, a sua organização e o modelo de designação dos respectivos órgãos, o seu funcionamento e os seus poderes. Reconhece-se, pois, nos estatutos sociais, a natureza de direito objetivo, de *jus positum* no âmbito corporativo, embora de validade dependente da positividade da ordenação estatal, à qual se subordinam¹⁷⁷.

para organizar uma companhia deviam oferecer, dizia o art. 3.º, o contrato constitutivo da sociedade e os seus estatutos. E, no art. 7.º, dispunha o decreto: “depois de obtida a aprovação do Governo, nenhuma mudança poderá fazer-se, quer nos estatutos, quer no contrato constitutivo da sociedade, nem estenderem-se suas operações a objetos que não estejam neles compreendidos, sem prévia autorização do mesmo Governo.” A companhia se formava, pois, por um ‘contrato de sociedade’, mas a sua vida era regulada por uma lei especial, os estatutos. O corpo moral tinha a sua base em um contrato, já que se originava de um concurso de vontades, que o Poder Público, achando lícito e realizável o fim visado, aprovava, juntamente com os estatutos. Essa diferença entre o ato constitutivo (contrato) e os estatutos começou a apagar-se com o Código Comercial de 1850 (arts. 295 e 296) e, por um fenômeno de transposição, através de uma terminologia erradíssima, os estatutos passaram a ser considerados o contrato social. O conceito do contrato estendeu-se, corrompendo a instituição com a aplicação de princípios inadequados. A doutrina e a jurisprudência revelam as torturas do espírito para explicar ou resolver, dentro do quadro contratual, problemas da vida das sociedades anônimas. As observações precedentes nos autorizam a repelir o enquadramento dos atos constitutivos das companhias na categoria dos contratos. Todo o seu passado se revolta contra essa inclusão. Entre promotores, fundadores ou incorporadores e subscritores não se forma, na verdade, nenhum contrato, porque não ficam eles ligados por obrigações a cumprir, uns para com os outros, porém todos eles estão, quanto ao fim, em idêntica posição jurídica, visando à criação de uma corporação. Concurso de vontades não opostas, mas paralelas, pluralidade de atos unilaterais, ato complexo, tal é o que dá nascimento às companhias ou sociedades anônimas (...).” (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 236-238).

¹⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 221.

¹⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 178/179. Apesar de discordar quanto à distinção entre ato constitutivo e estatuto social, MIRANDA VALVERDE parece concordar com FÁBIO K. COMPARATO quanto à impossibilidade de caracterizar o estatuto como contrato plurilateral, mas a possibilidade de visualizá-lo como ordenamento interno da companhia. Nas palavras do comercialista: “Se os atos constitutivos das companhias ou sociedades anônimas não entram na categoria dos contratos, erro também é nela incluir os estatutos. Vimos, no n.º 197, a confusão lastimável que se operou na nossa defeituosíssima legislação. A diferença, porém, entre contrato de

Sustenta, com base nas doutrinas alemã e francesa, que

(...) tal como a lei, o estatuto vale para um número indeterminado de pessoas, e não como, no caso do contrato, apenas para os que nele foram partes; vale, da mesma forma, para um número indeterminado de casos, apenas abstratamente considerados como hipótese de incidência normativa, e não para uma situação de fato concretamente definida¹⁷⁸.

Arremata dizendo que

não se pode, portanto, apreciar a validade dos estatutos sociais de uma companhia da mesma forma por que se aprecia a validade do próprio negócio constitutivo. Predomina aqui o princípio da emissão volitiva das partes, dos vícios do consentimento, da efetividade das prestações obrigacionais. Lá, prepondera o ditado objetivo das cláusulas, a sua conformidade com o conteúdo de normas superiores, administrativas ou legais, e, em especial, o respeito à índole particular, do tipo societário, independentemente da sua maior ou menor correspondência com a vontade das partes que criaram tais estatutos. Em matéria estatutária, como no plano legal, a interpretação histórica nunca é decisiva¹⁷⁹.

Em síntese, defende a linha de que

(...) como direito objetivo que é, como sistema normativo, o estatuto está submetido a regras de validade bem diferentes das que disciplinam os atos

constituição da sociedade e estatutos está no Decreto de 1849. Os subscritores, antes de se inscreverem como tomadores de partes do capital social, devem conhecer as regras cujo império viverá a corporação e que fixam os direitos e deveres de seus membros. Por isso é que a lei manda que na assembleia constituinte os fundadores apresentem os estatutos devidamente assinados por todos os subscritores (art. 45, § 1.º), como determina o projeto deles, no caso de subscrição pública, acompanhe os prospectos da sociedade (art. 40, I). Os estatutos, consequentemente, se destacam dos atos constitutivos da sociedade anônima, não apresentando caráter contratual. Cada subscritor, com efeito, aderindo, assinando ou votando o projeto dos estatutos, que antecede a constituição da companhia, não contrai com os outros subscritores qualquer obrigação, mas todos eles querem a mesma coisa: que a lei social da nova entidade, formulada pelos fundadores, seja aquela que acabam de aprovar. E ela, na verdade, se aplicará não só a todos os seus membros, presentes, ou ausentes, mas ainda aos terceiros que entrarem em relação de negócios com a sociedade. (...) Tudo isso, observa DUGUIUT, nos leva para muito longe do contrato, ato jurídico perfeitamente definido, que não faz nascer senão uma relação entre dois sujeitos de direito cujos interesses são opostos. Se os estatutos entram como elemento integrante dos atos constitutivos, não é menos verdade que, arquivados e publicados os instrumentos ou documentos, que positivam a existência desses atos (artigos 50/53), a pessoa jurídica passa a reger-se pelos estatutos, que adquirem, assim, autonomia. Os atos constitutivos não podem ser mais alterados ou modificados. Modificados ou alterados só os estatutos podem ser.” (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 240/243).

¹⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 222.

¹⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179. E continua o autor em parecer relacionado ao tema: “Em verdade, na oscilação explicativa da natureza da sociedade anônima entre o contrato e a instituição, não se pôs ainda em suficiente relevo a impossibilidade de uma opção radical entre os extremos. No direito público, no entanto, já se fala em ‘ato misto’ para designar os contratos com efeitos regulamentares (cf. Yves Madiot, *Aux Frontières du Contrat et de l’Acte Administratif Unilatéral: Recherches sur la Notion d’Acte Mixte em Droit Public Français*, Paris, 1971). A constituição de uma sociedade por ações se insere nessa categoria e os estatutos sociais constituem aspecto regulamentar do negócio de caráter misto. Eles exercem efetivamente, sem a famosa metáfora do art. 1.134 do Código Napoleão, a função de lei para os acionistas. A interpretação objetiva da regra estatutária, afastando considerações de caráter pessoal ou particular, é posta em foco pela doutrina alemã (cf. Godin-Wilhem, *Aktieniesetz*, v. I, 4º ed. Berlim e Nova Iorque, 1971). (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene, estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 56).

jurídicos. A invalidade de uma norma estatutária – como a norma legal, de resto – é sempre absoluta. Não há regras nulas e anuláveis, como em matéria de atos jurídicos. Inserindo-se numa hierarquia normativa, o estatuto funda sua validade na norma superior, que lhe traça os limites materiais e formais. Contrariando a lei, pelo desrespeito desses limites, o estatuto não vale absolutamente e, por conseguinte, é de todo ineficaz¹⁸⁰.

No mesmo sentido parece caminhar JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA:

O estatuto social da companhia concreta é um sistema de normas que, não obstante organize apenas determinada companhia, é formado por normas jurídicas genéricas – modelos de um gênero de ação para uma classe ou gênero de pessoas. Essa peculiaridade – que o distingue dos demais sistemas jurídicos particulares de outros contratos – resulta da característica de a companhia, destacada no § 17, de que os direitos e as obrigações dos acionistas são definidos no estatuto como elemento das ações, com abstração dos seus titulares: o acordo de vontade que cria a companhia não define direitos e obrigações de determinadas pessoas, como ocorre nos contratos de prestação e nos demais contratos de sociedade, mas normas estatutárias que, embora particulares sob o aspecto de que somente se aplicam a determinada companhia, têm por destinatários quaisquer pessoas que ocupem e venham a ocupar as posições jurídicas de acionistas ou os cargos dos órgãos sociais.

O estatuto social tem, portanto, a mesma natureza do direito objetivo, no sentido de que é sistema de normas jurídicas genéricas, obrigatórias e permanentes, que somente são modificadas, ou deixam de existir, com observância de outras normas jurídicas – que regulam sua produção, vigência e eficácia. Essa natureza fundamenta o entendimento doutrinário de que a interpretação das normas estatutárias tem por objetivo determinar seu conteúdo segundo o mesmo processo de interpretação das normas legais, e não a busca da vontade das partes contratantes, como ocorre na interpretação das disposições contratuais¹⁸¹.

E também ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

Não nego, evidentemente, a origem contratual das sociedades, nem mesmo das sociedades anônimas (ainda que tal natureza contratual diga mais respeito, a meu juízo, à forma como a sociedade se constitui do que à substância do próprio ato constitutivo). O que me parece, porém, é que o estatuto da companhia, que rege sua vida por toda a sua existência (ressalvadas, evidentemente, eventuais modificações que venham a ser deliberadas), não pode ser tratado como simples contrato, dada a eficácia que guarda em relação a terceiros, estranhos à sua elaboração. Refiro-me àqueles que, posteriormente à constituição da sociedade, tornam-se seus acionistas. O caráter anônimo dessas sociedades, que faz com que se possa adquirir a posição jurídica de sócio sem que se tenha propriamente *affectio societatis* com os demais acionistas, é que me leva a essas considerações.

Estou absolutamente convencido de que a melhor forma de apreender a natureza do estatuto de uma sociedade anônima consiste em adotar a classificação dos atos jurídicos em atos-condição, atos-regra, atos subjetivos e atos jurisdicionais 6.

¹⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 223. No mesmo sentido: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55.

¹⁸¹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: ____ e LAMY FILHO, Alfredo (coord.). *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 164.

Pois, adotada essa classificação, resulta evidente que o estatuto das sociedades anônimas se insere entre os atos-regra, que se definem, nas palavras do Mestre Caio Mário, como "manifestação de vontade dotada de força obrigatória e apta a pautar um comportamento individual".

Sempre segundo as lições do mesmo emérito civilista, no primeiro plano dos atos-regra encontra-se a lei, expressão da vontade do grupo social. Há, porém, outros atos-regra, elaborados por grupamentos de indivíduos como complexos de normas de conduta, com caráter cogente e efeito normativo. São eles redigidos como *regulae iuris*, diferindo, porém, da lei pelo fato de ser esta de caráter geral, enquanto aqueles sujeitam agrupamentos mais reduzidos de pessoas. Além disso, a subordinação à lei independe da anuência do subordinado, enquanto a sujeição aos demais atos-regra depende da vontade de agrupar-se ou de, eventualmente, encontrar-se em uma situação peculiar de participação, ainda que momentânea, de dada relação jurídica.

O que caracteriza fundamentalmente os atos-regra, porém, é que sua força coercitiva ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição para abraçar qualquer pessoa que ingresse no agrupamento ou penetre na esfera jurídica de irradiação dessas normas particulares, recebendo seus efeitos em caráter permanente ou temporário. Diferem eles, assim, dos atos subjetivos, negociais, entre os quais se encontram os contratos. É isso o que se tem, por exemplo, nas convenções de condomínio. E é isso o que se tem, também, nos estatutos das companhias. Não fosse assim, seria muito difícil explicar, por exemplo, a submissão ao estatuto de um administrador da sociedade que dela não seja acionista. Afinal, não sendo ele um contratante, não haveria como explicar sua submissão a um contrato gerador de uma relação jurídica de que não seja ele um participante. Mas, reconhecida a natureza de ato-regra do estatuto, tudo se explica perfeitamente¹⁸².

A despeito das convincentes construções dos autores citados, cujos argumentos remontam, em certa medida, as lições de SCORZA, parece-nos que o estatuto social, ainda que objetivo, genérico e abstrato, tem sim a natureza de contrato plurilateral, assim como o tem o ato constitutivo da sociedade, já que sua obrigatoriedade repousa no consentimento inicial ou superveniente dos sócios com relação ao seu conteúdo e na sua essência de norma social interna¹⁸³.

¹⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 28, out.-dez., 2010, p. 30-40, p. 33-34.

¹⁸³ Nesse sentido, opina BRUNETTI: "Desde un punto de vista jurídico el estatuto consta de un conjunto de cláusulas que integran el contrato plurilateral de sociedad; desde un punto de vista técnico es el ordenamento orgánico de la asociación para las relaciones no reguladas por la ley. En él está comprendido el ordenamento corporativo de la persona jurídica por toda su duración, expresando la voluntad colectiva de los socios señalando las directrices de las facultades y de las obligaciones de los órganos en todas aquellas materias sobre las que la ley no es imperativa e inderogable. (...) El estatuto es un reglamento interno de la sociedad. (...) Precisamente, porque es un reglamento operante dentro de los límites, más o menos amplios, de las personas ligadas por el vínculo social, éste no pierde su naturaleza contractual aunque esté destinado a regir como norma reguladora en las relaciones entre la sociedad y los terceros y entre la sociedad y los futuros poseedores de las acciones." (Cf. BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 238-239).

Concordamos, nesse particular, com a visão de ASCARELLI, com base nas lições de VIVANTE¹⁸⁴:

Consentido por todos aquellos que han constituído la sociedad, el estatuto tiene un origen convencional; es el conjunto de las cláusulas convenidas del contrato de sociedad. Destinado a regular la vida de la sociedad a través de una serie de normas dictadas en vía general y abstracta y que extienden su imperio a todos los futuros socios, aun cuando todavía sean desconocidos, el estatuto puede muy bien considerarse la ley interna de la sociedad. Su naturaleza es, no obstante alguna duda, agudamente señalada recientemente, sin embargo, jurídicamente, la de un contrato, a pesar de la amplitud de sus efectos y del carácter abstracto de sus disposiciones las cuales regulan en vía general la vida futura de la sociedad; su obligatoriedad, efectivamente, reposa sobre el consentimiento de los socios, manifestado explícitamente en el momento de la constitución o implícitamente al entrar a formar parte de la sociedad después de la constitución, y no extiende más que a estos¹⁸⁵.

Nessa direção também se posiciona DIEGO CORAPI em monografia específica sobre o estatuto social das sociedades anônimas:

L'ordinamento delle società per azioni è ordinamento di carattere contrattuale, creato dall'autonomia delle parti, anche se nell'ambito di una tipicità stabilita dalla legge. Il particolare carattere organizzativo del rapporto societario e del negozio che lo fa sorgere comporta l'esigenza che la determinazione di tipi legali di società avvenga attraverso la determinazione di norme organizzative. Di qui la necessità che quella parte dell'ordinamento della società per azioni che contiene le norme organizzative, corrisponda nel suo contenuto alle norme stabilite dalla legge. Lo statuto, dunque, è formato da clausole il cui contenuto è predisposto dalla legge, ma nello stesso tempo è parte di un ordinamento di carattere contrattuale (...) L'ordinamento della società per azioni è contenuto del regolamento di un contratto, le cui sono tipicamente determinate dalla legge¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Para C. VIVANTE: "La ley menciona frecuentemente a los Estatutos como un acto separado del acto constitutivo, pero se debe reconocer que aun teniendo funciones distintas, son partes integrantes del mismo acto, ya que si el acto constitutivo es un contrato, los Estatutos forman simplemente uno de sus elementos. Los Estatutos deben necesariamente redactarse y votarse junto con la escritura de constitución, porque no se puede concluir un contrato si simultáneamente no se establecen todos los elementos sobre los que debe reunirse el consentimiento de los contratantes. Uno no tiene eficacia jurídica cuando el otro no lo completa: instrumento constitutivo, porque no indica el futuro ordenamiento de la Sociedad; los Estatutos, porque no contienen el contrato y principalmente la expresión de los accionistas contratantes y de sus aportaciones." (Cf. VIVANTE, Cesare. *Derecho mercantil*. T. II. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, 191).

¹⁸⁵ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades e asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Mauricio L; Yadarola. Buenos Aires: Ediar, 1967, p. 79. No mesmo sentido: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 140, 192.

¹⁸⁶ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 193. Em outra passagem, destaca o autor: "Nelle società per azioni, gli statuti, non solo si distinguono per il loro contenuto organizzativo, ma il loro contenuto è più specificatamente predisposto dalla legge. Perciò, mentre nelle associazioni la distinzione formale tra statuto e atto costitutivo non ha una eccessiva importanza, più netto è il distacco tra i due complessi di norme nelle società per azioni. D'altro lato, però, nelle associazioni se manca uno statuto in senso stretto, cioè se mancano norme per l'organizzazione della fattispecie soggettiva, non è possibile che sia riconosciuta la personalità giuridica. Nelle società per azioni, invece, anche in tale ipotesi si pongono in essere i presupposti per l'acquisto della personalità giuridica, poichè le norme organizzative predisposte dalla legge si applicano anche se non sono espressamente richiamate negli statuti ed anche se di statuto come documento separato non ci sia traccia. È inconcepibile, infatti, una società per azioni che difetti degli organi previsti dalla legge per questo tipo organizzativo." (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 120/121).

E também MODESTO CARVALHOSA:

O estatuto social é formado por um conjunto de cláusulas que integram o contrato plurilateral da sociedade, vindo a constituir o ordenamento orgânico do contrato associativo para as relações entre a sociedade, seus sócios e terceiros. Embora o ato constitutivo seja o gérmen da sociedade e o estatuto a norma da vida de sociedade em funcionamento, esses dois atos integram-se reciprocamente, na medida em que um não pode existir sem o outro.

E o melhor conceito está em Vivante, ao lecionar que o ato constitutivo e o estatuto são partes integrantes do mesmo ato, pois, sendo o ato constitutivo um contrato, o estatuto constitui o seu objeto. O estatuto há de estar necessariamente redigido e votado antes do ato constitutivo, porque não se pode concluir um contrato, se não se estabelece, anteriormente, o objeto sobre o qual deve convergir o consentimento dos contratantes¹⁸⁷.

Apesar de formarem um único sistema societário, a diferença de conteúdo entre o ato constitutivo e o estatuto social não é estanque e pode dar margem a dúvidas e, no limite, a contradições¹⁸⁸. Quanto à matéria, o ato constitutivo, ao dar origem à sociedade, deve conter os elementos necessários para a formação do negócio jurídico societário, tais como: o nome dos sócios, a denominação, o endereço da sede, o objeto social, as participações de cada sócio, o valor do capital social, o prazo de duração, entre outros. Já o estatuto social, cuja função primordial é disciplinar o funcionamento da sociedade, deve estabelecer, por exemplo, a competência e a forma de organização dos órgãos sociais, as especificidades relativas às participações dos sócios (i.e., direito de preferência, opção de compra de ações, recesso, cláusula compromissória), entre outros¹⁸⁹.

Mas não apenas isso. A distinção entre ato constitutivo e estatuto social está também relacionada ao seu objeto de regulação, no caso do primeiro as características básicas para o surgimento da sociedade e, para o segundo, as normas organizativas e estruturais que regulam os órgãos sociais e o exercício da atividade comum¹⁹⁰. Nesse sentido, resulta do estatuto social a estrutura organizativa, bem como as bases para a regulamentação

¹⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Cláusula compromissória estatutária e júízo arbitral (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 328; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355.

¹⁸⁸ UMBERTO NAVARRINI e GABRIELE FAGELLA fazem referência a um julgado da Corte de Milão, na Itália, datado do ano de 1912, no qual foi debatido o conflito real entre o estatuto social e o ato constitutivo de uma sociedade. A decisão da corte italiana coincidiu com a opinião dos doutrinadores no sentido de que devem prevalecer as previsões do estatuto social, que é anterior ao ato constitutivo, sendo que o conteúdo deste “não pode conter mais do que foi combinado” entre os subscritores quando da elaboração do documento estatutário. (Cf. NAVARRINI, Umberto e FAGGELLA, Gabriele. *Das sociedades e das associações comerciais*. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950, p. 260/261, na rota de rodapé n.º 21).

¹⁸⁹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 200/201. No mesmo sentido: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: _____ e LAMY FILHO, Alfredo (coords.). *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 168.

¹⁹⁰ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 256.

da posição do acionista como membro de uma sociedade, sua relação com os demais acionistas e com o próprio ente social – centro autônomo de imputação de direitos e deveres¹⁹¹.

Veja-se, nesse particular, a previsão do art. 83 da Lei n. 6.404/76¹⁹²: “O projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia.” Sobre o tema, leciona BULHÕES PEDREIRA, com sua habitual clareza:

(...) o estatuto social das companhias brasileiras, em regra, contém apenas as estipulações contratuais indispensáveis a definir os direitos e obrigações dos acionistas e sobre matérias que, segundo a LSA, ele deve regular, mas não reproduz todas as normas legais cogentes sobre o contrato e a organização social da companhia¹⁹³.

Por derradeiro, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, com base nas lições de HERBERT WIEDEMANN, ressalta a existência de discussão sobre a natureza das normas estatutárias, enfatizando, contudo, seu caráter de negócio jurídico e, portanto, de um contrato:

Os estudiosos debatem se as normas estatutárias seriam normas jurídicas ou atos jurídicos. A resposta a tal questão deve ser feita, segundo preconiza Herbert Wiedemann, pela análise do problema à luz dos prismas de conteúdo, eficácia e fundamento de validade. Pelo prisma de conteúdo, não há distinção entre a norma legal e a estatutária, ou seja, as regras são duradouras e abstratas, com consequências jurídicas concretas. Por outro lado, pelo prisma da eficácia, a estatutária tem a mesma eficácia da jurídica, atingindo um número determinado ou indeterminado de pessoas. No entanto, pelo prisma do fundamento de validade é que se vê a distinção entre normas estatutárias e jurídicas; tal distinção está entre o ordenamento autônomo (lei que a pessoa mesmo se dá) e o ordenamento heterônomo (norma que é imposta à pessoa), ou seja, o ordenamento de uma

¹⁹¹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 244.

¹⁹² No caso companhias abertas, a Lei 6.404/76 determina o conteúdo mínimo do prospecto. Nesse sentido, determina o art. 84. “O prospecto deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento, e em especial: I - o valor do capital social a ser subscrito, o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para aumento futuro; II - a parte do capital a ser formada com bens, a discriminação desses bens e o valor a eles atribuído pelos fundadores; III - o número, as espécies e classes de ações em que se dividirá o capital; o valor nominal das ações, e o preço da emissão das ações; IV - a importância da entrada a ser realizada no ato da subscrição; V - as obrigações assumidas pelos fundadores, os contratos assinados no interesse da futura companhia e as quantias já despendidas e por despende; VI - as vantagens particulares, a que terão direito os fundadores ou terceiros, e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula; VII - a autorização governamental para constituir-se a companhia, se necessária; VIII - as datas de início e término da subscrição e as instituições autorizadas a receber as entradas; IX - a solução prevista para o caso de excesso de subscrição; X - o prazo dentro do qual deverá realizar-se a assembleia de constituição da companhia, ou a preliminar para avaliação dos bens, se for o caso; XI - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos fundadores, ou, se pessoa jurídica, a firma ou denominação, nacionalidade e sede, bem como o número e a espécie de ações que cada um houver subscrito, XII - a instituição financeira intermediária do lançamento, em cujo poder ficarão depositados os originais do prospecto e do projeto de estatuto, com os documentos a que fizerem menção, para exame de qualquer interessado.”

¹⁹³ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: _____ e LAMY FILHO, Alfredo (coords.). *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 164.

sociedade é autônomo (foram os fundadores e os sócios que o auto-impuseram), ao passo que a norma jurídica é heterônoma (imposta a todos). Herbert Wiedemann conclui que o estatuto é negócio jurídico, embora tenha eficácia de norma jurídica (Gesellschaftsrecht, Band I: Grundlagen, München: C. H. Beck, 1980, §3 II 1, pp. 160-163¹⁹⁴).

Em síntese, conclui-se que o estatuto social tem natureza plurilateral e exprime o módulo estrutural típico (e básico) da organização societária, razão pela qual é correto dizer que existem limites para que normas resultantes da autonomia privada das partes derroguem o modelo estabelecido pela lei¹⁹⁵. Tais limites se refletem na qualidade de sócio, sendo esta também modificável apenas quando as mudanças estiverem de acordo com tais restrições¹⁹⁶.

2. Relações societárias

A discussão em torno das facetas do fenômeno associativo pressupõe a exata compreensão de dois pressupostos básicos do contrato de sociedade anteriormente examinados: (I) a natureza contratual, plurilateral e associativa do ato constitutivo e (II) a predisposição típica, o caráter organizacional e a noção de pessoa jurídica como ente distinto dos seus membros¹⁹⁷, cuja existência influi decisivamente na configuração das relações societárias¹⁹⁸.

¹⁹⁴ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27-28, nr 31

¹⁹⁵ Em estudo sobre o tema ALESSANDRO BERTINI sustenta a inexistência de diferenças essenciais entre o poder legiferante do legislador e a autonomia dos particulares na criação de normas jurídicas (por força própria ou por autorização do ordenamento). Nas palavras do jurista italiano: “Il legislatore pone il diritto in forza della potestà fornitagli dalla costituzione. Il privato pone i suoi precetti in forza della autonomia riconosciutagli dal legislatore. Ora, se è vero che l’atto del privato repete la sua validità da una autorizzazione rilasciata dalla legge, neppure la legge ha valore, in questo senso, assoluto, perchè ripete a sua volta la sua validità della costituzione.” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 19). Entre nós o tema é tratado por: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56-60.

¹⁹⁶ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 254; GALGANO, Francesco. GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3. ed. T I. Padova: Cedam, 2009, p. 148/149.

¹⁹⁷ Embora nem todos os fenômenos associativos tenham personalidade jurídica no direito societário brasileiro (como é o caso da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação), trata-se de característica relevante para a compreensão das relações societárias resultantes da constituição e do funcionamento de uma sociedade – em especial das anônimas, objeto deste estudo.

¹⁹⁸ Nesse sentido, pertinente é o comentário de ALESSANDRO GRAZIANI: “Perfenzionatosi il procedimento di costituzione della società per azioni com l’iscrizione nel registro delle imprese, venuta ad esistenza la persona giuridica società per azioni, gli originari contraenti del negozio di società assumono la posizione di membri della persona giuridica. Costituitasi, cioè, la società come persona giuridica, non vi ha un prolungamento del contratto originario di società, sub specie di rapporti di indole contrattuale intercorrenti fra i singoli soci: in contratto intercorre fra i futuri componente la persona giuridica-società, fra i futuri soci; venuta la società ad esistenza con l’iscrizione, il substrato contrattuale functus est munere suo, e subentrano rapporti giuridici tra ciascun membro della persona giuridica-società, e la società stessa.” (Cf. GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Napoli: Morano, 1948, p. 85). Sobre o tema, ver também: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 80-102 e 225.

O contrato de sociedade forma uma relação jurídica estável entre os seus participantes, cujo objetivo é perseguir um escopo comum e distribuir os resultados positivos e negativos daí advindos. Toda a sociedade tem um ordenamento jurídico interno responsável pela sua organização, pela regulação do exercício de sua atividade, pela disciplina da posição dos participantes entre si e perante a sociedade. Assim, do ponto de vista funcional, o exercício dessa atividade econômica exige uma forma mínima de organização que se materializa no ordenamento associativo, norma de caráter geral e abstrato, responsável pela estruturação de tais relações societárias¹⁹⁹.

Na tentativa de aprofundar o estudo do tema, o jurista italiano ARTURO DALMARTELLO, professor da Università Cattolica del Sacro Cuore, em Milão, dividiu as relações societárias resultantes do fenômeno associativo em dupla ordem de manifestações: (I) de um lado, o processo jurídico por meio do qual a pluralidade de sócios se organiza e se relaciona internamente em torno de uma unidade pessoal e patrimonial denominada ente associativo; (II) de outro, o feixe de relações estabelecido por tal ente na sua individualidade e no modo como se relaciona com outros sujeitos externos²⁰⁰.

Não se trata, porém, de duas fases distintas, de um período de formação seguido de outro de ação, como poderia parecer, mas sim de um momento de constante interação entre a constituição da sociedade e o desenvolvimento da sua atividade. Em regra, uma vez

¹⁹⁹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 11-13.

²⁰⁰ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 9; CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 17/18, 29. Na mesma linha caminha ERASMO VALADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA: “a distinção entre relações internas e externas pertence à estrutura das coletividades e, portanto, também das sociedades. Relações internas são aquelas estabelecidas entre sócios, titulares de órgãos e a sociedade, e que demandam regras de delimitação de competência dos órgãos sociais e regras que definam a participação de cada membro na esfera jurídica coletiva, as condições de entrada e saída, e os seus direitos. Relações externas, por outro lado, são aquelas que dizem respeito a terceiros, e as suas respectivas regras dizem respeito à atuação do órgão representante perante terceiros, a responsabilidade da sociedade e dos titulares de órgãos por danos causados a terceiros e a responsabilidade dos sócios por dívidas sociais. Uma sociedade pode ser meramente interna, não aparecendo enquanto tal perante terceiros, como é o caso da sociedade em conta de participação (CC, art. 991). Não pode haver sociedade meramente externa – pois já se estaria caminhando rumo ao campo das fundações (CC, art. 62). A distinção entre relações internas e externas, que de resto encontra perfeita adequação na letra da lei, a regular os planos separadamente (quando, em diversos capítulos, traz regras agrupadas sob epígrafe ‘das relações com terceiros’), não é balda de consequências jurídicas. É por elas que se explica, por exemplo, que o sócio não pode diretamente impor as suas decisões e opiniões como sendo da sociedade; inversamente, nem tudo que for imputado à sociedade poderá ser então imputado ao sócio. Além disso, as relações internas são, normalmente, reguladas por normas dispositivas; as relações externas, pelo contrário, por normas cogentes, por cuja tutela atua então o legislador (Cf. anotações de aula de pós-graduação na USP)” apud ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27-28, nr 26). Em sentido semelhante: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164-165. O tema pode ser aprofundado em: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes A sociedade em comum. São Paulo: Malheiros, 2013.

finalizado o processo de constituição da sociedade para a persecução do seu objeto social, inicia sua atuação por meio de uma contínua rede de relações dos sócios, entre si e com o ente associativo, operando a consolidação da unidade societária frente aos indivíduos que singularmente concorreram para constitui-la²⁰¹, a ponto de se formar o que se convencionou chamar de “força centrípeta” (*forza centripeta*), que assegura a coesão e a estabilidade desse novo ente coletivo²⁰².

A principal consequência dessa integração é justamente a formação de dois aspectos, ou melhor, de duas facetas distintas de um mesmo fenômeno, cujo ponto inicial de estudo foi a concepção societária romana do interno e do externo. Essa visão foi posteriormente flexibilizada pelo direito medieval-canônico, polida pelo direito moderno e sistematizada pelo direito contemporâneo até culminar na metáfora doutrinária utilizada para intitulá-lo: o verso e o reverso, o lado interno e o lado externo do contrato associativo. Nessa concepção, delinea-se a sociedade a partir de uma linha de demarcação complementar que considera, de um lado, as relações *interna corporis* e, de outro, os movimentos exteriores do *corpus*, sempre em conjunto, e não excludentes entre si²⁰³.

A despeito da utilidade da metáfora para descrever o fenômeno, seu pragmatismo não pode se sobrepor ao exame das diferenças jurídicas materiais (e porque não absolutas) existentes entre as facetas interna e externa. Nesse sentido, não é suficiente simplificar a questão a ponto de afirmar que a relação societária interna refere-se ao relacionamento havido entre os sócios, ao passo que a relação externa considera o relacionamento da

²⁰¹ Nada impede que a sociedade inicie o exercício das suas atividades econômicas antes do término do seu processo de constituição, hipótese em que se aplicará a ela o regime jurídico da sociedade em comum, salvo no caso das sociedades anônimas para as quais a lei estabeleceu regras próprias, segundo as quais os fundadores respondem, solidariamente, pelo prejuízo decorrente de culpa ou dolo em atos ou operações anteriores à constituição (art. 92, parágrafo único da Lei 6.404/76). Uma vez constituída a sociedade, a responsabilidade passa a ser dos primeiros administradores, nos termos do art. 99 (“Os primeiros administradores são solidariamente responsáveis perante a companhia pelos prejuízos causados pela demora no cumprimento das formalidades complementares à sua constituição. Parágrafo único. A companhia não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros administradores antes de cumpridas as formalidades de constituição, mas a assembléia-geral poderá deliberar em contrário.”). Sobre o tema ver: TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 136; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, Tomo L. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 173; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vols. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 918 e ss.

²⁰² DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 9.

²⁰³ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 11.

sociedade com terceiros²⁰⁴. É preciso ir além, isto é, buscar o que se vê e o que não se vê dessa construção²⁰⁵.

Para iniciar o processo de diferenciação, a relação societária interna é aquela que se estabelece entre os sócios entre si ou entre cada um dos sócios e a sociedade (sem que uma exclua a outra), tendo como pano de fundo direitos e obrigações decorrentes de normas constantes no contrato/estatuto social²⁰⁶, ao passo que a relação externa é, por ricochete, aquela na qual o substrato jurídico da relação resulta de um fato ou negócio não relacionado ao contrato social, envolvendo, portanto, a sociedade e terceiros²⁰⁷.

A precisão é tão necessária quanto exata, embora não seja suficiente para esclarecer, na sua plenitude, o substrato de cada uma dessas relações. Explica-se: além das relações internas acima referidas – resultantes do contrato social –, é preciso sublinhar que a sociedade mantém relações da mesma natureza com terceiros, isto é, pessoas estranhas ao contrato social, como administradores, conselheiros e outros indivíduos que exercem função administrativa ou fiscalizatória, mas que podem não ser, concomitantemente, seus sócios. Embora tais indivíduos sejam, de fato, terceiros, cujo vínculo com a sociedade pode não

²⁰⁴ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 255-312, p. 290.

²⁰⁵ A expressão “o que se vê e o que não se vê” faz referência a um ensaio do economista francês FRÉDÉRIC BASTIAT (1801-1850 – BASTIAT, Frédéric. *Frédéric Bastiat*. Trad. Ronaldo Legey. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989), no qual o autor destaca que uma prática, um ato, uma instituição, uma lei, não geram somente um efeito, mas uma série de efeitos. Dentre tais consequências, somente a primeira é imediata, pois se manifesta simultaneamente com a sua causa – visível – o que se vê. Os demais aparecem em um segundo momento, não sendo, portanto, visíveis – o que não se vê. Ambos os efeitos devem ser considerados pelos legisladores e tomadores de decisões, inclusive no âmbito societário.

²⁰⁶ A configuração e o peso das relações internas dentro da estrutura societária variam de acordo com os diferentes tipos societários, especialmente no que se refere ao fato de a sociedade possuir ou não personalidade jurídica. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS faz astuta observação sobre a relação existente entre personalidade jurídica e a formação dos relacionamentos societários internos: “Quanto menos densa a textura da sociedade, quanto menos autonomia exista entre a sociedade e seus sócios, mais importante será o componente contratual e correspondentemente menos institucional. (...) pode ter ou não personalidade jurídica. Quando não a tenha, dá lugar a relações jurídicas apenas entre os sócios, mas já não relações com a sociedade que, não sendo pessoa colectiva, não permite a imputação de situações, posições ou relações jurídicas. No polo mais pessoalista e contratualista da série tipológica, está a sociedade civil simples não personalizada. Neste polo, o relacionamento societário reduz-se a relações jurídicas entre os sócios; não há aqui relações jurídica dos sócios, enquanto tais, com a sociedade. No outro polo da mesma série tipológica, pode ser colocada a sociedade aberta (...). Nesta, não há, em princípio, relações jurídicas entre os sócios, com a possível excepção de acordos parassociais. O relacionamento societário resume-se praticamente a relações jurídicas entre a sociedade e os respectivos sócios. No âmbito do relacionamento societário, as relações entre sócios são normais. Nas sociedades sem personalidade jurídica são exclusivas, nas sociedades de capitais são acidentais ou secundárias. Nas sociedades com personalidade jurídica o relacionamento societário estabelece-se normalmente entre o sócio e a sociedade. Uma vez registrada, a sociedade tem personalidade jurídica, é uma pessoa colectiva, é um sujeito de direito que pode ser titular de relações jurídicas, quer com os seus sócios, quer com terceiros. O relacionamento societário que antes do registro se estabelecia entre os sócios, passa a unir os sócios com a sociedade.” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 55-58, 66-67).

²⁰⁷ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 12.

decorrer do contrato social, entende a doutrina que o substrato material da relação jurídica mantida entre eles trata mais especificamente do processo interno de organização da sociedade do que do seu relacionamento externo, razão pela qual tais relações são consideradas internas²⁰⁸.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, a questão pode ser sistematizada da seguinte forma: a relação societária interna é toda aquela cuja matéria de fundo esteja relacionada a algum tema regulado pelo contrato social, ou cujo conteúdo compreenda o processo de organização da sociedade, ao passo que a relação societária externa é, por exclusão, toda aquela no qual o ponto de atração seja o fato de a sociedade exercer sua atividade fora do seu âmbito interno, isto é, nos seus relacionamentos com terceiros (com exceção dos administradores, conselheiros, etc).

Para DALMARTELLO, as bases para a formação e o desenvolvimento das relações societárias internas, inseridas no seio da teoria geral da sociedade, foram essenciais para permitir a coexistência relativamente pacífica entre a pluralidade de sócios contratantes, portadores de interesses individuais, e o ente social, portador, na visão do autor, de um interesse ultraindividual. Nessa sistemática, as relações societárias internas dividem-se em dois tipos: (I) aquelas que derivam do contrato constitutivo da sociedade, dos sócios entre si e com a sociedade, denominadas “substanciais ou patrimoniais”; e (II) aquelas que se referem ao processo de organização da sociedade, com enfoque nas relações desta com aqueles que agem em nome dela, denominadas “formais ou de organização”²⁰⁹.

As discussões sobre as feições jurídica e econômica da figura do capital social nas sociedades anônimas ilustram muito bem a distinção entre os planos interno e externo da sociedade²¹⁰. Nas relações internas, o capital social mensura a extensão dos direitos e

²⁰⁸ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 12.

²⁰⁹ No âmbito das relações de organização, DALMARTELLO traça uma divisão entre sociedades de estrutura primária – nas quais a administração é exercida indistintamente por todos os sócios – e sociedades de estrutura complexa, a sociedade outorga poderes para que apenas determinados sócios possam agir em seu nome. In DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 16-20.

²¹⁰ Como salienta LUIS FELIPE SPINELLI, com base na doutrina de C. WINDBICHLER (WINDBICHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 22 Aufl.. München: C. H. Beck, 2009), K. SCHMIDT (SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. I. 4 Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, p. 3-4), H. WIEDEMANN (WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, B. I. München: Beck, 1980, p. 18), T. ASCARELLI (ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 255-312) e M. ADAMEK (ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27): “(...) o direito societário, enquanto direito das organizações finalísticas privadas (*Zweckverband*), é um direito de cooperação privada (*privatrechtliches Kooperationsrecht*) e, justamente para viabilizar o atingimento do fim comum ao congregar os diversos interesses que se manifestam

responsabilidades dos sócios ou acionistas, tanto no que se refere aos seus direitos políticos (e.g. voto) quanto aos seus direitos patrimoniais (i.e., dividendos). Já nas relações externas, o capital representa a medida indireta da garantia patrimonial da sociedade junto a terceiros – credores e investidores –, em razão da regra da responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas²¹¹ (art. 1.º da Lei n. 6.404/76 e art. 1.052 do CC/02).

O presente item dará enfoque ao primeiro tipo de relação interna, isto é, à categoria substancial ou patrimonial, cujo material de pesquisa compreende as relações estabelecidas entre os sócios entre si e com a sociedade, disciplinadas pela lei (Código Civil e Lei das S/As) e pela regra fundante da vida social, isto é, o contrato social, ou pelo estatuto social, tido este como conjunto das normas que regem a sociedade (art. 83 da Lei 6.404/76). A disciplina das relações internas nas sociedades, especialmente nas anônimas, relaciona, de um lado, o limite sobre o qual o interesse social deve prevalecer sobre o interesse individual do acionista, e, de outro, o poder da maioria de interpretar o interesse social e a prevalência dessa interpretação sobre a interpretação dos acionistas individuais ou da minoria²¹².

Tais relações, por sua vez, subdividem-se em outros três subtipos: (I) os sócios exclusivamente entre si; (II) os sócios com a sociedade; (III) os sócios entre si em sentido estrito²¹³, sendo apenas as duas primeiras examinadas no presente item.

internamente (e externamente), estabelece uma série de normas de comportamento (direitos e deveres), de competências/organização e de procedimentos. Assim, por exemplo, pode-se apontar o princípio majoritário, que é o modo clássico de solucionar eventuais divergências sobre a forma melhor se atingir o fim comum na esfera societária, além, é claro, dos próprios deveres – e direitos – que incidem sobre os sócios. (Cf. SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 37-38)

²¹¹ Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. Resultado obtido na alienação de imóvel, com aproveitamento de isenção fiscal - exclusão da base de cálculo do dividendo obrigatório. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 132-145, p. 134/135.

²¹² ASCARELLI, Tullio. Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 120.

²¹³ Não concordamos com os argumentos que defendem a criação deste último subtipo de relação patrimonial interna, razão pela qual ele não será objeto de análise detalhada neste item. Vale, entretanto, apresentar a construção proposta por DALMARTELLO, bem como o porquê da sua não adoção pela doutrina societária. Em síntese, a categoria das relações internas entre os sócios em sentido estrito volta a tratar da possibilidade de os sócios manterem exclusivamente entre si (i.e., sem a sociedade) relações societárias internas, mas, agora, sob uma perspectiva diferente. Sabe-se que as relações meramente individuais não são admissíveis no âmbito de atuação do contrato de sociedade, já que a função da sociedade é justamente servir de instrumento para a execução das obrigações do pacto (e não de interesses alheios a ele) e, portanto, comuns. Porém, na visão de DALMARTELLO, o âmbito de atuação do contrato social não exaure a plenitude da categoria das relações substanciais internas, pois existem relações substanciais internas que não estão no escopo de atuação do contrato de sociedade, apesar de terem nele seu ponto de partida (Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 107). Tais situações admitiriam a formatação de relacionamentos exclusivamente entre os sócios, sem a sociedade, mas que irradiariam seus efeitos sobre ela. Por exemplo, a relação jurídica que envolve a exclusão do sócio da sociedade por inadimplemento de uma obrigação social não representaria uma consequência necessária do relacionamento societário entre sócio e sociedade (pelo contrário, seria uma deformação do contrato). Em virtude disso, não poderia ser considerada como um efeito natural da atuação do contrato de sociedade, recaiando no campo de

2.1. Relações internas dos sócios exclusivamente entre si

Uma das vertentes doutrinárias que se dedicou a examinar o tema das relações societárias internas foi capitaneada na Itália por ALFREDO ROCCO e defendia que os únicos

atuação individual dos sócios, ainda que seus efeitos refletissem na sociedade. Haveria, no caso, uma nova manifestação de vontade – sobre a exclusão – que renunciaria ao efeito natural do contrato social – o adimplemento –, fazendo cessar os efeitos da relação societária anterior. Para o jurista italiano, a peculiaridade das características do contrato de sociedade faria com que essa questão fosse examinada sob uma ótica distinta, a qual apontaria para a ilegitimidade da sociedade para decidir questões dessa natureza. Vejamos: se o cumprimento das obrigações sociais constantes no contrato social se dá por meio da sociedade como instrumento centralizador da vontade social – tal qual ocorre no caso de a sociedade buscar do sócio remisso a integralização da sua parcela no capital social –, o poder de descontinuar o contrato, de resolvê-lo com relação a um membro ou de excluir um participante do negócio societário não seria atribuição desta, ainda que ela seja constituída por sócios. Esse poder dependeria da vontade individual do sócio – *uti singuli* –, por se tratar de um conflito jurídico entre os sócios adimplentes e os sócios não adimplentes das obrigações sociais, gerando tão somente consequências jurídicas para o ente social, especialmente com a mudança da composição subjetiva no negócio societário. A tese de DALMARTELLO sustenta que a sociedade tem uma função instrumental na execução das relações substanciais internas do contrato plurilateral de sociedade – *all'attuazione del contratto de società* –, com exceção daquelas matérias societárias que, apesar de estarem compreendidas na gama de assuntos do contrato social, dizem respeito à resolução do vínculo societário, sendo tais pertencentes única e exclusivamente aos sócios entre si (Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 122). Essa visão não foi acolhida pela doutrina societária brasileira por uma série de motivos. Vale destacar que, na visão de DALMARTELLO, a deliberação assemblear modificativa do contrato social e de exclusão do sócio não são atos da sociedade, como ente social, mas sim dos sócios, como contratantes. Segundo o autor: “Di fronte a questa eventualità si è detto che la legittimazione del diritto di esclusione passa in simile ipotesi all'assemblea dei soci: tesi questa che la valutata unitamente alla concessione de di quegli autori e giudicato che ritengono assolutamente necessaria per l'esercizio del diritto di esclusione la forma della deliberazione assembleare; e ciò, sia nelle società di persone, che in quelle di capitali. In proposito è da rilverare (e il rilievo vale per tutte le società in cui l'esclusione del socio sembra attuarsi attraverso una deliberazione sociale) che l'assemblea da cui viene deliberata l'esclusione di un socio non è in realtà l'assemblea organo di volontà sociale (anche se formalmente ed apparentemente può sembrarlo), ma è, sostanzialmente, una semplice riunione dei soci insoddisfatti, di fronti al socio inadempiente.” (Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 114). Além disso, para DALMARTELLO: “Siamo su un piano ben diverso da quello della ordinaria deliberazione assembleare maggioritaria: siamo, precisamente, di fronte ad un conflitto giuridico tra soci. Il fatto che tale conflitto si agiti in sede di riunione assembleare non vale a modificarne la natura ed a trasformare il conflitto (che presuppone la bilateralità) in deliberazione sociale, cioè in un atto strutturalmente unilaterale. La forma e l'apparenza non debbono velare la sostanza. Come già precedentemente, per quanto concerne gli atti che importano modificazione del contratto o dello statuto sociale, la loro forma esteriore di deliberazioni assembleari, non ci ha impedito di mettere a nudo la loro sostanza di atti di natura contrattuale od arbitratoriale (retro, n. 21 e 46), così nella presente circostanza, non dobbiamo restare vincolati dalla formale apparenza, quando la realtà ci si presenta ben diversa.” E mais: “Mentre, in fatti, l'azione del socio, in quanto si dirige alla pretesa dell'adempimento, realizza una finalità generale, comune a tutti i soci (anche a quello nei cui confronti la pretesa è avanzata: retro, n. 12), e, quindi, attua una finalità della collettività sociale. L'azione del socio o dei soci, in quanto si dirige alla risoluzione dal rapporto nei confronti del socio o dei soci escludendi, non attua più l'interesse della generalità dei soci, quale è costituita in quel momentum ma l'interesse di una categoria di soci (gli adempienti) contro al socio, o ai soci, inadempienti.” (Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 115-117). Acreditamos que, no caso específico da exclusão de sócio pelo cometimento de falta grave, se trata, evidentemente, de inadimplemento de uma obrigação que o sócio tem para com a sociedade (i.e., é a aplicação do instituto da resolução do contrato por inadimplemento adaptada à teoria do contrato plurilateral) (como o próprio DALMARTELLO já defendeu em DALMARTELLO, Arturo. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Padova: CEDAM, 1939, p. 69 e ss), sendo que a exclusão (judicial ou extrajudicial) é um ato da sociedade e não dos sócios entre si em sentido estrito – como propôs DALMARTELLO. Sobre o tema, por todos e com vasta pesquisa bibliográfica, ver SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 35 ss.

sujeitos passíveis de constituir relacionamentos de tal natureza eram os sócios *uti singuli*²¹⁴ e não a pessoa jurídica. Essa visão partia do pressuposto de que a personalidade jurídica não irradiava efeitos jurídicos *interna corporis* – somente *externa corporis* –, razão pela qual não poderia a sociedade, como centro autônomo de interesses, atuar internamente em relações com os sócios que a formam²¹⁵.

Ainda que materialmente equivocada (e, por isso, superada), a proposição teórica permite vislumbrar a materialização da relação societária sem a presença da sociedade, como uma de suas partes, a partir do que era possível identificar dois tipos de relações societárias: (I) os sócios individualmente entre si – *uti singuli*; (II) e os sócios singularmente com o conjunto de outros sócios – a coletividade.

Para entender as razões da superação dessa teoria é preciso repisar que o sócio, ao participar de um negócio societário, não doa, sacrifica ou desperdiça, a troco de nada, o aporte realizado em favor do interesse individual dos demais sócios ou de um terceiro desconhecido. Muito antes pelo contrário: sua contribuição é destinada ao atendimento de um escopo comum, que também é o seu, devidamente unificado e anteriormente concebido, incidindo sobre ele, em contrapartida, uma série de direitos e obrigações de forma e natureza diversas, com caráter eminentemente social, mas concedidos a cada sócio singularmente considerado.

Dessarte, o vínculo de indisponibilidade e a destinação especial que assumem os aportes realizados pelos sócios não dizem respeito à sua relação individual com os demais membros, mas sim à sociedade, em prol do alcance de um escopo comunitário. Como já destacamos, nos contratos plurilaterais o adimplemento e/ou inadimplemento de uma obrigação social repercutirá diretamente na sociedade – e apenas indiretamente no conjunto de todos os sócios.

O reflexo desses efeitos no campo da eficácia do contrato de sociedade resulta no surgimento de uma via de mão dupla que considera sempre dois atores que se entrecruzam: (I) a sociedade e o sócio; (II) o sócio e a sociedade. A título ilustrativo, se a sociedade é titular de um direito em face de um ou alguns sócios, entende-se que ela deve agir, ainda que

²¹⁴ ROCCO, Alfredo. *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 27.

²¹⁵ Ilustrativa é a construção de DALMARTELLO, com base nas lições de FRANCESCO FERRARA: “Ed infatti col negare ogni riflesso interno dela personalità, si vuole in sostanza impedire che la persona giuridica penetri, colle sue finalità ultraindividuali e colle sue particolari aspirazioni, ‘come um estraneo in mezzo ai soci e ne suchi i diritti’; si vuole evitare che questo ente venga ‘a spogliare i soci e a gettarli sul lastrico, per appropriarsi avidamente dei loro lucri’; si vuole inibire che ‘questa terza persona, questa bestia rara di fabbrica legislativa, venga ad assidersi sul patrimonio dei soci per diventarne padrona’”. (cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 31).

contra a vontade deles (como no caso da não integralização, por um sócio, da parcela subscrita no capital social da sociedade – art. 106²¹⁶ e 107²¹⁷ da Lei n. 6.404/76), já que tal conduta está orientada a buscar um valor, um benefício, uma finalidade social, não restrita a um participante ou a ela mesma, mas necessariamente à totalidade deles, incluindo, também, o sócio remisso, relutante e/ou negligente²¹⁸.

Naturalmente a lógica funciona para a situação inversa: por exemplo, se o sócio se coloca frente à sociedade para exigir o ressarcimento de um dano a ele causado, o requerente não está exigindo individualmente dos demais sócios, mas sim do ente coletivo, formado pelo conjunto desses indivíduos. E mais: se a demanda for procedente e a sociedade tiver de ressarcí-lo, o patrimônio da sociedade será reduzido, o que repercutirá negativamente sobre

²¹⁶ Art. 106. “O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas. §1º Se o estatuto e o boletim forem omissos quanto ao montante da prestação e ao prazo ou data do pagamento, caberá aos órgãos da administração efetuar chamada, mediante avisos publicados na imprensa, por três vezes, no mínimo, fixando prazo, não inferior a trinta dias, para o pagamento. §2º O acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora, sujeitando-se ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a dez por cento do valor da prestação.”

²¹⁷ Art. 107. “Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha: I - promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil; ou II - mandar vender as ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista. § 1.º Será havida como não escrita, relativamente à companhia, qualquer estipulação do estatuto ou do boletim de subscrição que exclua ou limite o exercício da opção prevista neste artigo, mas o subscritor de boa-fé terá ação, contra os responsáveis pela estipulação, para haver perdas e danos sofridos, sem prejuízo da responsabilidade penal que no caso couber. § 2.º A venda será feita em leilão especial na bolsa de valores do lugar da sede social, ou, se não houver, na mais próxima, depois de publicado aviso, por três vezes, com antecedência mínima de três dias. Do produto da venda serão deduzidos as despesas com a operação e, se previstos no estatuto, os juros, a correção monetária e a multa, ficando o saldo à disposição do ex-acionista, na sede da sociedade. § 3.º É facultado à companhia, mesmo após iniciada a cobrança judicial, mandar vender a ação em bolsa de valores; a companhia poderá também promover a cobrança judicial se as ações oferecidas em bolsa não encontrarem tomador, ou se o preço apurado não bastar para pagar os débitos do acionista. § 4.º Se a companhia não conseguir, por qualquer dos meios previstos neste artigo, a integralização das ações, poderá declará-las caducas e fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal; se não tiver lucros e reservas suficientes, terá o prazo de um ano para colocar as ações caídas em comisso, findo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembleia geral deliberará sobre a redução do capital em importância correspondente.”

²¹⁸ Sobre o tema explica DALMARTELLO: “Si osservi al riguardo che anche nel conflitto più vivo tra società e socio, non può esattamente dirsi che la [Gesellschaft] sia – come il Behrend vuole – l’espressione comprensiva di tutti i soci in opposizione al socio col quale si è stabilito il conflitto. Ed invero quando la società pretende, anche coattivamente, la esecuzione del conferimento da parte del socio riluttante, essa attua non solo gli interessi degli altri membri, ma anche e inscindibilmente quelli del socio inadempiente, considerato come socio e non come individuo che ha mèta e finalità extrasociale: il conferimento, infatti, agevolerà le operazioni sociali, e quindi la creazione di un maggiore guadagno, che si tradurrà in maggiore utile per lo stesso inadempiente (...) Lo stesso deve dirsi per tutte le altre azioni dela società, verso il socio (eliminazione della indebiti prelevamenti del socio; risarcimento di danni causati dal socio, ecc); le quali azioni sono tutte ispirate a far salvo l’interesse generale, l’utilità complessiva e non già quella di una sola categoria di soci: sono dunque azioni dela collettività in cui è compreso il socio col quale il conflitto si è posto.” (Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 27).

o valor da participação de todos os sócios, inclusive do requerente, beneficiado do ressarcimento²¹⁹.

O caminho até aqui percorrido permite duas conclusões prévias: (I) a impossibilidade de existirem relações societárias internas estabelecidas exclusivamente por sócios entre si, sem considerar o interesse social, questão que será retomada na conclusão do item (2.2) abaixo; e (II) a ratificação de que a razão para a formação de um contrato plurilateral associativo é o escopo comum havido entre os participantes, que dá origem à sociedade, tornando a presença desta indispensável nas relações societárias internas²²⁰.

2.2. Relações internas entre os sócios e a sociedade

A construção em torno das relações entre os sócios e a sociedade perpassa pela inserção do ente associativo como sujeito da relação societária *interna corporis* (e não apenas externa ou de representação perante terceiros), bem como pela compreensão do contrato de sociedade como um fenômeno dinâmico, em constante movimento na busca de seus fins e na consecução de seus objetivos comuns.

Compreendida essa premissa, resta examinar os principais argumentos que sedimentaram a presença da sociedade com uma parte indispensável nas relações societárias internas. Em apertada síntese, duas foram as teorias que se dispuseram a examinar a natureza dessa relação societária interna de forma séria e aprofundada: (I) a primeira é a que vislumbrou a existência de uma relação corporativa ou estatutária entre a sociedade e os sócios, a partir do momento da constituição do ente social²²¹; (II) a segunda é a que concebeu a relação sob o enfoque estritamente contratual, vislumbrando uma coexistência horizontal entre o contrato social, como fonte de obrigações e direitos sociais, e a pessoa jurídica, como um centro de interesse comum e, muitas vezes, em confronto com os interesses individuais dos sócios²²².

A doutrina predominante (contratual) defende que a visão corporativa ou estatutária é inaceitável para explicar a relação entre o sócio e a sociedade, especialmente pelo fato de

²¹⁹ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 29.

²²⁰ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 30.

²²¹ Sobre o tema: SCORZA, Bernardino. *Gli statuti degli enti a tipo associativo*. Roma: Foro Italiano, 1934, p. 73, 74, 77, 144 ss.; DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 37-66; CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 49-51.

²²² DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 69; AULETTA, Giuseppe. *Il contratto de società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 14.

negar relevância contínua ao contrato de sociedade e estabelecer uma relação e uma estrutura vertical de poder entre a sociedade e os seus sócios. Por outro lado, a vertente contratual é tida como coerente, porém insuficiente para explicar o fenômeno, devendo ser considerada apenas como um ponto de partida, e não um ponto de chegada capaz de destrinchar a questão, já que não consegue explicar como o contrato originalmente firmado entre os sócios individualmente dá origem a uma relação contratual entre a sociedade, como ente dotado de personalidade jurídica – no caso das sociedades personificadas –, e eles mesmos²²³.

Como vimos, a doutrina moderna trata da sociedade como um contrato, mas não um contrato comum: é um fenômeno associativo, onde prepondera a comunhão de escopo entre os participantes²²⁴. Trata-se de uma organização de pessoas e de bens para a consecução de um escopo produtivo em comum que, se nem sempre dá origem a uma pessoa jurídica, assume, em cada caso, autonomia própria em relação aos sócios que a criaram, sendo titular do patrimônio a ela transferido²²⁵.

O delineamento da questão passa pela exata compreensão da causa geradora do contrato de sociedade, mais especificamente do fato que, em regra, os sócios do ente associativo não se postam uns contra os outros, como se estivessem em lados opostos de uma trincheira, mas colocam-se em posições justapostas para a consecução do escopo comum que os uniu, ainda que em determinadas circunstâncias os interesses dos participantes possam se entrecortar com o do ente social. Nessas hipóteses, caberá ao contrato social ou à lei criar técnicas e fórmulas capazes de demover a pretensão individual do sócio de sobrepor vantagens pessoais ao bem comum da sociedade²²⁶ (como ocorre com as regras que disciplinam o abuso do direito de voto e o conflito de interesses – art. 115 da Lei 6.404/76).

Em verdade, há um direcionamento natural dos interesses individuais dos sócios no sentido da formação de um interesse social e comum, que se dá por meio da contínua manifestação da vontade da sociedade em substituição às vontades particulares. O fenômeno da sociedade não advém, portanto, de uma mera relação contratual mantida entre os sócios, mas sim dos efeitos obrigacionais resultantes do cumprimento de deveres sociais constantes

²²³ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 75.

²²⁴ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*. 8. ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012, p. 3.

²²⁵ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 13. ed. A cura de Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino: Utet, 2011, p. 230.

²²⁶ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 76/78.

na lei e/ou no ato de constituição (e.g. lealdade), particularmente do adimplemento da obrigação de aportar bens capazes de formar um patrimônio destinado ao exercício de uma atividade e de outros deveres laterais (como os decorrentes da boa fé no âmbito societário).

O ponto essencial na descrição do fenômeno está no fato de que os contratantes assumiram reciprocamente entre si direitos e obrigações, cujo cumprimento permitirá o exercício de uma atividade sucessiva e continuada da sociedade em prol de um interesse comum. Mas não apenas isso: segundo DALMARTELLO, quando tais elementos concretos e substanciais estão justapostos, irradiam efeitos que fogem do controle dos contratantes, pouco importando se eles desejaram a formação da sociedade, haja vista que o novo ente surgirá espontânea e sucessivamente como reflexo indireto, porém necessário, da natureza e do conteúdo dos direitos e obrigações estabelecidos no contrato de sociedade²²⁷, desaguando, assim, na linha argumentativa defendida por ASCARELLI²²⁸.

É, portanto, da materialização dos efeitos do contrato social que se origina a sociedade, ao passo que são as obrigações resultantes do instrumento contratual que fazem referência a um ente unitário, centralizador e autônomo. Não há dúvida, contudo, de que é o contrato de sociedade que implicitamente – em razão do conteúdo das obrigações que origina – ou explicitamente – por meio da coordenação administrativa – reúne os sócios em torno de um objetivo comum, coordena e forma uma unidade organizada, um novo centro unitário de referência²²⁹.

A sociedade, nesse contexto, age como um *elemento accentratore*, exercendo a função instrumental de executar unitariamente o contrato/estatuto social, a partir de algumas tarefas primordiais (e outras acessórias), dentre as quais se destacam: (I) garantir a integralização dos bens subscritos pelos sócios para a formação do seu capital social; (II) empregar tais recursos/bens para a consecução do objeto social; (III) distribuir aos sócios os lucros obtidos ao final do exercício, se existentes²³⁰.

Sustenta-se, assim, que a solução para o problema da relação interna entre sócio e sociedade está no plano contratual funcional, isto é, esta, após sua constituição, passa a ter existência própria e vinculada ao cumprimento de determinada função. Esse centro

²²⁷ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 91.

²²⁸ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades e asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Mauricio L; Yadarola. Buenos Aires: Ediar, 1967, p. 30.

²²⁹ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 93.

²³⁰ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 78.

autônomo de interesses posta-se diante dos sócios como um ente subjetivo investido de poderes e ações instrumentais indispensáveis para o cumprimento unitário e coordenado das obrigações previstas no contrato social e para a consecução do seu escopo comum²³¹. Os sócios ao monitorarem o cumprimento das obrigações sociais, diretamente ou indiretamente – por intermédio de um administrador nomeado, de conselheiros eleitos, de auditores internos ou externos –, o fazem funcionalmente na condição de agentes fiscalizadores e na proteção do interesse comum, confundindo, nesse ato, órgão e organismo social²³².

Pode-se dizer, assim, que contrato e organização não são duas partes da mesma realidade social, mas sim aspectos incindíveis do mesmo fenômeno, que varia de acordo com o ângulo pelo qual é observado, ora a ação social, ora as ações individuais em prol do grupo. A posição do ente social frente aos sócios é, portanto, de uma entidade instrumental necessária para o cumprimento e para a execução unitária e coordenada das obrigações assumidas no contrato social, como resultante da celebração de um instrumento anterior²³³.

A relevância da construção acima consiste na explicação do fenômeno jurídico por meio do qual um contrato societário originalmente firmado entre sócios estende seu espectro subjetivo a ponto de dele se extrair um novo ente, a sociedade. Delineia-se, assim, de forma mais precisa, como esse ente passa a compor, ao lado dos sócios, uma relação jurídica interna que originalmente não compunha, conciliando, ao fim e ao cabo, a ideia de contrato com a de pessoa jurídica no conceito de uma sociedade comercial²³⁴.

²³¹ Nesse particular, ressalta DALMARTELLO: “A differenza degli altri contratti, in cui ciascuno dei contraenti cura e pretende la esecuzione del contratto per sè solo e suo esclusivo personale interesse, nel contratto di società ogni socio cura e pretende la esecuzione del contratto, non soltanto nel suo interesse individuale e personale, ma bensì in quello della collettività dei soci: egli non esercita quindi, un suo semplice diritto, ma persegue anche una finalità d’interesse generale: non è titolare di una mera pretesa, mas è portatore di una funzione: non è solo creditore, ma è anche organo e strumento della generalità”. (Cf. DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 82). No mesmo sentido: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 182.

²³² DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 90.

²³³ É irrelevante, nesse momento, se os sócios, ao contratar, anteviram ou não a criação da sociedade como entidade orgânica e capaz de exercer atividades próprias, da mesma maneira que é secundário o fato de os contratantes terem desejado criar esse novo sujeito e assumir, perante ele, determinados direitos e obrigações.

²³⁴ Nas palavras de DALMARTELLO: “È noto che l’esigenza di armonizzare queste due idee, apparentemente irriducibili per il loro diverso orientamento teleologico (individuale, il contratto; ultraindividuale, la persona giuridica), costituisce il tormento logico della teoria dei rapporti sociali interni (retro, n. 5), tanto che le varie costruzioni precedentemente tentate sono state portate a sacrificare la personalità al contratto, o questo a quella (retro, n. 28). La teoria della funzionalità sociale è l’unica che non porti ad un simile risultato. Il contratto vi è fatto salvo dalla considerazione che la persona giuridica è semplicemente un centro unitario di riferimento delle obbligazioni contrattuali e che essa appare, perciò, investita della funzione di curare l’esecuzione coordinata del contratto; che perciò, essa non si asside fra i soci, come un estraneo, e non ne perturba, con un’azione dispoticamente autoritaria, il lineare e paritario rapporto contrattuale. La persona giuridica è fatta salva, non solo dalla considerazione di questa sua azione strumentale, ma anche, e più, dal rilievo che in tale azione essa si stacca dei singoli soci, conseguendo una sia pur tenue impronta ultraindividualistica.” (Cf.

A visão preponderante na doutrina defende que a formação contratual do vínculo societário abstrato não passa pela existência de uma relação intersubjetiva entre os sócios e a sociedade, mas sim pela ideia da sociedade como contrato de organização, pondendo esta ser qualificada pela lei como pessoa jurídica (sociedades personificadas). Nessa lógica, os sócios mantêm relações intersubjetivas com a sociedade em si justamente quando as normas do ordenamento jurídico interno têm atuação concreta, do que resulta uma relação intersubjetiva entre sociedade e os sócios²³⁵.

Ao examinar as relações jurídicas entre sócios e sociedade PEDRO PAIS DE VASCONCELOS assim pondera:

A relação jurídica entre o sócio e a sociedade é una e complexa. É una porque se estabelece apenas uma relação jurídica entre cada um dos sócios e a sociedade; é complexa, porque contém no seu âmbito uma pluralidade de situações jurídicas activas e passivas, de natureza vária, unificada em redor da posição subjectiva de sócio.

A relação jurídica societária é complexa e móvel. No seu âmbito existem poderes e vinculações de variada natureza. Há poderes de domínio, poderes creditícios, poderes potestativos; há vinculações pecuniárias, obrigações de facere e de non facere, há sujeições. A mobilidade do conteúdo da relação jurídica que se estabelece entre sócio e a sociedade decorre de várias causas. Por um lado, o contrato, pacto ou estatuto da sociedade pode ser modificado por deliberação social e até a própria lei que os rege pode ser alterada. Por outro, as deliberações tomadas pelos órgãos sociais têm influência no conteúdo concreto da posição jurídica de sócio. Finalmente as circunstâncias que envolvem a vida da sociedade e do sócio podem ser de molde a modificar o conteúdo da sua posição jurídica²³⁶.

Está correta, nesse particular, a visão de MIRANDA VALVERDE ao afirmar que a relação entre o interesse individual do acionista – enquanto acionista – e o interesse social está estreitamente ligada

(...) à sua qualidade de membro ou acionista da sociedade, ou melhor, só nascem com a aquisição dessa qualidade. A lei e os estatutos é que discriminam os direitos e as obrigações, que competem ao acionista e à sociedade, e estabelecem as

DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 105).

²³⁵ A partir dessa construção, CORAPI entende que o ato da sociedade que altera o ordenamento societário não pode ser considerado uma relação intersubjetiva entre sociedade e sócio. O fato de desse ato poder resultar uma modificação na posição individual do sócio deve ser visto como um reflexo da modificação realizada pela assembleia geral na norma estatutária. Assim, por exemplo, uma deliberação assemblear que, alterando o estatuto, insere ou elimina uma norma que estabelece privilégio a determinada categoria de acionista não modifica a relação intersubjetiva entre a sociedade e tais acionistas, mas sim a norma geral e abstrata que disciplina uma relação concreta futura que poderá surgir entre sociedade e sócio (este como terceiro). (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 303-304).

²³⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 67.

garantias para o exercício dos direitos, eo cumprimento das obrigações. Todos são, realmente, direitos e obrigações corporativos²³⁷.

Como explica LUIS FELIPE SPINELLI, a relação societária é complexa e normalmente duradoura, gerando para seus participantes um rol de posições jurídicas ativas (direitos, poderes e faculdades) e passivas (deveres, sujeições e ônus), resultantes da lei ou do contrato²³⁸. No mesmo sentido, opina MARCELO VIEIRA VON ADAMEK:

A sociedade (...) é um contrato – plurilateral e associativo, pelo qual se constitui e organiza uma duradoura coletividade marcada pela comunhão de escopo, da qual os sócios são partes ou centros de imputação de interesses. Embora a doutrina alemã sustente que a qualidade de sócio (*Mitgliedschaft*) corresponde, simultaneamente, a um direito subjetivo e a uma relação jurídica, pode-se também afirmar, simplesmente, que a qualidade de sócio constitui uma *posição contratual* que identifica a *situação jurídica subjetiva* do indivíduo no contexto da *relação jurídica societária*, sendo esta, por sua vez, uma relação contratual e, como tal, *complexa* ou *mista*; segue-se que a qualidade de sócio caracteriza-se por uma série conexcionada de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas. Mais simplesmente, a qualidade de sócio corresponde à situação jurídica que o indivíduo ocupa na relação jurídica societária e, por efeito, o conjunto de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas da pessoa enquanto membro daquela específica sociedade; é, por outras palavras, a situação jurídica complexa que cada sócio ocupa na sociedade, situação esta que só poderá ser aferida em concreto e que, em cada sociedade, poderá variar de conteúdo para cada sócio. Em sentido estrito, a qualidade de sócio não é um *status*, mas uma qualidade jurídica; no entanto, num sentido mais amplo do termo, é possível afirmar que se cuida de um estado, de modo a então legitimar emprego do termo que se popularizou: *status socii*²³⁹.

Essa conclusão, no entanto, não autoriza confundir o objetivo/fim comum almejado pela sociedade – caracterizado por H. WIEDEMANN como “a estrela polar do direito societário²⁴⁰” – com os objetivos/motivações individuais de cada sócio ao ingressar no

²³⁷ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 30

²³⁸ Nas palavras do autor: “(...) a relação sócio-sociedade (a situação jurídica que cada sócio ocupa na relação jurídica societária ou, para quem preferir, o status socii, a qualidade de membro ou a membridade – *Mitgliedschaft*) é uma relação normalmente duradoura (destinada a prolongar-se no tempo) e complexa pautada por um feixe de direitos e deveres (que decorrem de lei ou do contrato) ou, melhor dizendo, posições jurídicas ativas (direitos, poderes e faculdades) e passivas (deveres, sujeições e ônus. E os deveres para com a sociedade começam imediatamente com o contrato (se não for estabelecida outra data) e terminam somente quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais (como determina o art. 1.001 do Código Civil – e como determinava o art. 329 do Código Comercial de 1850 e o art. 1.375 do Código Civil de 1916).” (Cf. SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 38).

²³⁹ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 47-48.

²⁴⁰ No original em alemão: “Die Gegenstands- oder Zweckklausel des Status bildet den ‘Polarstern’ der Verbandswelt, an dem sich alle Organe und Mitglieder orientieren müssen.” Referida passagem consta da tradução realizada por ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA (WIEDEMANN, Herbert. Excerto do Direito Societário I – Fundamentos. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 45, v. 143, p. 66-75, jul./set. 2006, p. 67). A referência

negócio societário – os quais podem ser – na verdade geralmente o são – distintos entre si. Como salienta FÁBIO K. COMPARATO, nos contratos plurilaterais – como o de sociedade – “(...) há conjugação de esforços e recursos para a satisfação de interesses convergentes. Aqui o individualismo é não só imoral como ilícito²⁴¹.” Da mesma maneira, ADAMEK pondera que “(...) não há sociedade ou associação sem fim comum próprio, que não se confunde com o fim individual porventura perseguido pelos seus integrantes (e o qual não conflita nem exclui aquele fim comum). Pouco importa o fim que cada um persegue individualmente: isso não interfere com a finalidade comum a todos²⁴².”

também é feita em: WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, B. II. München: Beck, 2004, p. 122. A propósito, segundo LUIS FELIPE SPINELLI: “ (...) se diz que o fim comum é a estrela polar do direito societário pois possui: (i) eficácia constitutiva (*konstituierende Wirkung*), já que o fim comum é elemento constitutivo das organizações societárias, inexistindo sociedade (ou associação) sem fim comum próprio, o que acarreta a determinação da forma jurídica e da natureza da organização societária (se se trata de associação ou sociedade, qual tipo societário, bem como qual atividade a ser desempenhada e, então, se a sociedade é simples ou empresária, restando, assim, definidas as normas aplicáveis), além de ser a própria causa do contrato de sociedade (finalidade econômico-social, que é o exercício de uma atividade econômica para obter um lucro e repartí-lo entre os sócios, no caso das sociedades); e (ii) eficácia funcional (*funktionelle Wirkung*), pois a relação entre os sócios e entre os membros e a sociedade é pautada pelo fim comum, estabelecendo este fim comum as diretrizes da política social, além de determinar os direitos e deveres dos sócios (em especial a sua intensidade) (delimitando, assim, as esferas individual e coletiva) – bem como dos administradores – e dirigir os estágios da vida social (constituição, desenvolvimento e dissolução). Sobre o tema, ver: ADAMEK. *Abuso de minoria em direito societário*, cit., p. 79-85; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. “Affectio Societatis”: um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de “Fim Social”. In: _____. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27-68, p. 42-47; SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. I. 4 Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, p. 61 ss; WIEDEMANN. *Gesellschaftsrecht*, B. I, cit., p. 8-11; WIEDEMANN. *Gesellschaftsrecht*, B. II, cit., p. 121-126. Ver, também: COMPARATO. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual, cit., p. 137-138.” (Cf. SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 36, nr 43).

²⁴¹ COMPARATO, Fabio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51, p. 44.

²⁴² Continua o autor: “do ponto de vista dos sócios, registra Werner Flume, ‘o fim comum societário não é, em realidade, nem fim próprio nem fim alheio, mas fim comum supraindividual: é o fim da sociedade como sociedade de pessoas’. O fim social é, segundo Herbert Wiedemann, o motor da união entre duas pessoas, porque duas pessoas fazem melhor do que uma. A sociedade, acrescenta Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França ‘constitui uma comunhão de escopo, sendo justamente através da constituição contratual de uma comunhão de escopo que se constitui a comunhão de interesses’. Em cada caso, e de regra, as partes são livres para estabelecer o fim social, que pode ser econômico, ideal, passageiro, duradouro etc. Também são livres para estabelecer as contribuições, que podem ser das mais variadas espécies de bens ou até, em certos casos, de serviços.” (cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 80-81). No mesmo sentido, pondera LUIS FELIPE SPINELLI: “Salientamos que toda e qualquer sociedade (ou, melhor dizendo, todas as associações de pessoas) possui um fim social, que pauta a sua atuação juntamente com os direitos e deveres dos sócios. E, para se ter sociedade, todos os sócios devem ter o objetivo comum, o que não significa que todos os membros tenham os mesmos objetivos individuais ou a mesma motivação, como bem salienta, entre outros, WINDBICHLER. *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 50). Ver, também: ADAMEK. *Abuso de minoria em direito societário*, cit., p. 81.) (Cf. SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 36, nr 44).

Examinadas as bases fundamentais do contrato de sociedade, bem como as relações jurídicas que decorrem da celebração de um instrumento dessa natureza, cujo objetivo é atingir o fim comum havido entre os sócios, no próximo capítulo trataremos do princípio da autonomia privada (seus limites e áreas de atuação) e da categoria dos direitos subjetivos e suas derivações, entre as quais estão as posições jurídicas ativas e passivas.

CAPÍTULO II – AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO SUBJETIVO

1. Autonomia privada: princípio

1.1. Abordagem histórica

A compreensão da autonomia privada como princípio jurídico que compõe um dos pilares do Direito Privado e a construção de uma categoria autônoma de direitos subjetivos depende do entendimento de um conjunto de valores multifacetários (e.g. morais, econômicos, sociais, culturais, legais e políticos) cultivados no período histórico que antecedeu a formação desses conceitos²⁴³. Em razão disso, para delimitar a natureza, a função e os limites da autonomia privada, bem como compreender a categoria dos direitos subjetivos, é imprescindível conhecer, ainda que brevemente, algumas das circunstâncias que influenciaram esse processo.

A esfera de liberdade de que o indivíduo dispõe no âmbito privado denomina-se autonomia e sua concepção teórica foi produto do movimento individualista²⁴⁴, da longa evolução da ideia de *status* para a de contrato²⁴⁵, que conseguiu reunir em um pensamento único e sistematizado as mais variadas tendências resultantes do direito romano, canônico e moderno, com forte presença do conteúdo moral²⁴⁶.

A origem do termo *autonomia* remonta à combinação das palavras gregas *auto* e *nomos*, cujos significados remetem, respectivamente, a próprio e regra²⁴⁷, e indica a faculdade de governar a si mesmo, o direito de se reger por leis próprias, a liberdade ou independência com relação a algo²⁴⁸, a possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses. Seu antônimo é *heteronomia*,²⁴⁹ que, por sua vez, supõe a

²⁴³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 79.

²⁴⁴ RANOUIL, Veronique. *L' autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 9, citando WALINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestein, 1945, p. 14.

²⁴⁵ Sobre o tema, o clássico estudo de MAINE, Henry James Sumner. *Ancient law*. London: Minton Keynes, 1861.

²⁴⁶ Exemplos dessa evolução são (I) o contratualismo de JEAN JACQUES ROUSSEAU, em que o conceito ganha contornos de *status* político, e (II) o liberalismo econômico de ADAM SMITH, no qual passa a exercer relevância econômica, alcançando, com o individualismo, relevante vertente do pensamento jurídico.

²⁴⁷ SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 25.

²⁴⁸ BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Objetiva, 2010, p. 37; e HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 45.

²⁴⁹ A heteronomia é o contrapeso e o limite da liberdade dos sujeitos como seres sociais expressos juridicamente como um princípio. Na visão de IMMANUEL KANT, a heteronomia representa a sujeição da vontade humana a impulsos passionais, inclinações afetivas ou quaisquer outras determinações que não pertencem ao âmbito da legislação estabelecida pela consciência moral de forma livre e autônoma. (Cf. RANOUIL, Veronique. *L'*

condição de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos que recebem sua lei de regência de um elemento ou ente externo à sua própria razão²⁵⁰, isto é, expressa a edição de regras por outrem que não o participante ou destinatário da relação.

Já o adjetivo *privado*, em oposição a *público*, advém do termo em latim *privatus* (próprio, particular, individual) e, na esfera jurídica, exprime o sentido de individual ou o que é próprio e pertinente às pessoas, consideradas isoladamente, como indivíduos ou particulares²⁵¹. Para os fins do presente estudo, ele indica que serão os particulares por meio de sua manifestação de vontade, e não o Estado diretamente, os responsáveis pelo delineamento das regras que regularão determinada relação jurídica, ainda que caiba ao ente estatal determinar os interesses passíveis de tutela e os limites para atuação da vontade.

Se conectarmos o termo *autonomia* à noção jurídica de indivíduo como sujeito de direito e associarmos o produto dessa combinação ao adjetivo *privado*, indicando um relacionamento de natureza particular, chegaremos ao seguinte resultado: autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver, desde que respeitados os limites legais, suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. Na lógica oposta, a supremacia do poder ou da vontade de um terceiro (e.g. Estado) ou de um conjunto de pessoas (e.g. coletividade) externo à relação jurídica firmada entre as partes sobre o individual fundamenta a conclusão do que se convencionou chamar de heteronomia, cuja função primordial é justamente limitar a autonomia, em um jogo de pesos e contrapesos²⁵².

Avançando nessa linha argumentativa, enquanto as normas legais são heterônomas, supondo existir uma supremacia do órgão legislativo que as edita sobre seus destinatários, em uma evidente relação de subordinação, as normas negociais são autônomas, na medida em que os sujeitos que com elas propõem conformar a própria conduta estão, em tese, em

autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 9-13); HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 120.

²⁵⁰ BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Objetiva, 2010, p. 130; e HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 120.

²⁵¹ PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 476. No mesmo sentido, BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Objetiva, 2010, p. 916; e HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 890.

²⁵² LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 5.

um plano de igualdade²⁵³, em uma relação de coordenação, reforçando a tendência de excluir elementos estranhos à vontade das partes²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Um dos marcos iniciais de introdução da autonomia privada no universo jurídico foi a Revolução Francesa²⁵⁶, com a consequente formação do Estado burguês, no final do século XVIII, fundado sobre os dogmas da liberdade, da igualdade e da fraternidade (com menor intensidade para este último), baseando-se em um mercado livre da intervenção estatal, regulado pelos seus participantes e pelas leis do mercado²⁵⁷.

A conjuntura política e econômica da época seguia a concepção individualista do Direito. Na esfera das relações particulares, a manifestação mais característica dessa concepção individualista foi a construção do conceito de liberdade civil, ideia matriz do Código Napoleônico²⁵⁸, que modelou as instituições jurídicas fundamentais do período. Sobre o referido período assevera ORLANDO GOMES: “Era um conjunto necessário ao triunfo

²⁵³ Modernamente uma parcela considerável dos negócios jurídicos dá origem a contratos de adesão, nos quais uma das partes estabelece de forma unilateral o conteúdo e a redação das cláusulas contratuais, limitando-se a outra a aderir aos seus termos, não se outorgando a ela a possibilidade de modificar, nuclearmente, seu conteúdo. O tema, contudo, extrapola o escopo do presente trabalho.

²⁵⁴ SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 25.

²⁵⁵ LUIGI FERRI, um dos autores italianos que realizou profunda pesquisa sobre o tema, tem uma visão distinta do significado da expressão “autonomia privada”, criticando a visão da maioria da doutrina por não considerar o aspecto da realidade negocial e posição da norma negocial dentro do ordenamento jurídico. Para o autor, os negócios jurídicos têm conteúdo normativo e formam um microssistema completo e próprio. (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 90-92 e 333 e 335).

²⁵⁶ Narra ORLANDO GOMES que se buscava instituir a doutrina liberal do *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*: “Após um esforço de séculos, o indivíduo conseguiu romper os últimos laços de uma sujeição milenar. Então os franceses de 89 anunciaram à humanidade, numa declaração romântica, que o homem sendo titular de direitos inalienáveis e imprescritíveis, era sujeito de um patrimônio jurídico inviolável, que lhe possibilitava plena liberdade de ação. Triunfava, assim, em todo o seu radicalismo, a concepção individualista do Direito.” (Cf. GOMES, Orlando. *Elegia do Código de Napoleão. A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 107).

²⁵⁷ GOMES, Orlando. *Elegia do Código de Napoleão. A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 107; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Direito e Democracia*. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da ULBRA. v. 1, set. 2000, p. 95-111, p. 97; SILVA, Eduardo Silva da, *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59.

²⁵⁸ É importante ressaltar que o Código Civil francês, promulgado em 1804, quinze anos após a tomada da Bastilha, sofreu influência dominante dessas ideias, reproduzindo expressamente em seus dispositivos a defesa do dogma da autonomia da vontade do indivíduo como forma de afirmar o individualismo e os ideais humanistas difundidos durante a revolução. Em verdade, a apologia de valores humanistas que sustentava esse pensamento filosófico retratou a vontade dos indivíduos como regra moral fundada na confiança, na crença de que o pactuado deverá ser indiscutivelmente mantido. Na síntese do jurista francês LÉON DUGUIT, a teoria da autonomia da vontade no sistema civilista era resumida em quatro proposições: (I) todo sujeito de direito deve ser um sujeito de vontade; (II) todo ato de vontade de um sujeito de direito é socialmente protegido como tal; (III) essa proteção está subordinada à circunstância de ser o ato lícito; (IV) toda situação jurídica é uma relação entre dois sujeitos de direito, dos quais um é o sujeito ativo, e o outro, sujeito passivo. (Cf. DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon*. Paris: F. Alcan, 1920, p. 31, apud GOMES, Orlando. *Elegia do Código de Napoleão*. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 109); RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. de Francesa de Osório de Oliveira. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 38.

integral do individualismo jurídico. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão fora a sentença de libertação do indivíduo. O Código o seu alvará de soltura²⁵⁹.”

Mas nenhum instituto jurídico desenhado pelos legisladores franceses representou de forma mais ilustrativa a influência do individualismo do que o contrato²⁶⁰, verdadeiro instrumento jurídico para a formalização de interesses particulares e independentes. Nesse ambiente, a autonomia da vontade²⁶¹, que representava um elemento ativo do conceito de liberdade, um dos componentes da trilogia valorativa antes referida, ganhou seu passaporte de ingresso para a seara civilista e, a partir disso, se imiscuiu na formação e no desenvolvimento de todo o direito privado²⁶².

Ocorre que, se em um primeiro momento a escola jurídica do individualismo ou voluntarismo clássico conferia à vontade a função de fonte exclusiva de criação do direito, alheia a limites externos, a ponto de ignorar a existência anterior do direito objetivo, a evolução da teoria passou a conceber que a vontade individual representava uma espécie de comutador que garantia passagem a uma corrente de ordem e valores cuja fonte se encontra alhures (e não na simples vontade individual das partes²⁶³). Como bem se sabe, reside na fonte estatal a causa geradora dos direitos outorgados aos indivíduos, já que os interesses particulares exteriorizados por meio de uma declaração de vontade merecem proteção do direito tão somente quando o ordenamento jurídico os reconhece como legítimos e passíveis de tutela²⁶⁴.

²⁵⁹ GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 108.

²⁶⁰ GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 107. A própria palavra *contrato* é plurívoca, sendo empregada em diferentes sentidos, compreendendo desde o acordo de vontades até o instrumento em que vem redigido. (Cf. SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista. 1999, p. 14).

²⁶¹ Na clássica e imperecível lição de DUGUIT, a autonomia privada corresponde ao direito de querer juridicamente, o direito de poder por um ato de vontade, de criar uma situação jurídica, desde que respeitadas certas condições. Esse poder que o indivíduo tem, como senhor do seu destino e sujeito capaz de declarar sua vontade, é a fonte primária para criar, modificar, conservar ou extinguir seus direitos. DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoleon*. Paris: F. Alcan, 1920, p. 31, apud GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 109. A autonomia privada representava, nesse particular: “(...) um espaço e um princípio de não-interferência do poder estatal no agir dos particulares, que livremente regulam suas relações, já que são formalmente iguais entre si.” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60).

²⁶² GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 109.

²⁶³ MAZEAUD, Henri y Leon et MAZEAUD, Jean. *Leçon de droit civil*. T. II. Paris: Montchrestien, 1956, p. 116, apud GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 11.

²⁶⁴ GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 11.

Observa-se, assim, que o passar dos anos minimizou o extremismo inicial da corrente privatista. Os estudos jurídicos em torno do dogma da vontade evoluíram e abandonaram o tom absoluto dos seus primórdios. Mas a relativização não lhe retirou potência: a despeito de o poder e a supremacia da vontade não terem a mesma amplitude e intensidade que tinham nos séculos XVIII e XIX²⁶⁵, o estudo do Direito Civil se desenvolveu e dependeu, em grande parte, das construções teóricas em torno de três dos seus núcleos centrais: (I) o sujeito de direito, (II) o negócio jurídico e (III) o direito subjetivo²⁶⁶, representando o negócio jurídico uma categoria capital para a formação da esfera privada, instrumento por meio do qual a vontade dos indivíduos adquiriu significação jurídica²⁶⁷.

Porém, ao longo do século XX, essa escola também sofreu profundas críticas e limitações por parte de movimentos em defesa do social, cujo objetivo principal era, essencialmente, valorizar o coletivo em detrimento do individual²⁶⁸. A decadência do sistema do voluntarismo jurídico no Direito Privado e, por conseguinte, das duas vertentes que buscaram explicar o primado da vontade (i.e., teoria da vontade e teoria da declaração²⁶⁹), deu-se, em grande parte, em virtude de transformações econômicas, políticas e sociais que impuseram o abandono da noção de que a vontade individual representava a

²⁶⁵ Observa ORLANDO GOMES: “Admitir a força criadora da vontade individual era consagrar o arbítrio. Daí a preocupação, logo nascida, de preservar a segurança da ordem jurídica, sacrificada, como seria, se prevalecesse a onipotência da vontade.” (Cf. GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 11).

²⁶⁶ GABRIELLI, Enrico. Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi. *Rivista del Diritto e Procedura Civile*, out.-dez., 1984. n. 4, p. 974.

²⁶⁷ GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 10.

²⁶⁸ LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 36.

²⁶⁹ Duas teorias em especial expressaram o primado da vontade: a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). Aos primeiros, importa a vontade interna, enquanto aos segundos é válida apenas vontade declarada. A título de exemplo, FREDERICH KARL VON SAVIGNY (*Traité de Droit Roman*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855-1860) e BERNARD WINDSCHEID (*Diritto delle pandette*. Torino: Torinese, 1904) foram representantes do voluntarismo jurídico, ligados principalmente à teoria da vontade de OSCAR VON BÜLOW e EMILIO BETTI (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969). É preciso mencionar, também, que, no processo de abandono de uma posição marcadamente individualista em direção à proteção da boa-fé e à maior segurança no comércio jurídico, se desenvolveu na Alemanha a teoria da confiança ou do crédito social (tendo, inclusive, o Código Tedesco se orientado nesse sentido), cujo fundamento é emprestar valor à aparência da vontade, se esta não é destruída por circunstâncias que indiquem a má-fé de quem acreditou ser verdadeira. Apesar de proteger o contratante, essa teoria não consegue explicar o conteúdo do negócio jurídico. (Cf. GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 17). De mais a mais, cumpre registrar os comentários críticos de FÁBIO K. COMPARATO (Cf. COMPARATO, Fabio. K. Aparência de representação: insustentabilidade de uma teoria. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 111, ano XXXVI, julho-setembro, 1998, p. 39-44, p. 42) acerca da teoria da aparência, fazendo referência ao fato de que os argumentos desenvolvidos pelo jurista alemão WERNER FLUME (Cf. FLUME, Werner. *Das Rechtsgeschäft*, 3ª ed., Spring-Verlag, 1979, §49, 3) constituíram “condenação inapelável da teoria da representação aparente”.

pedra angular do Direito Privado e uma das fontes de criação de regras jurídicas, determinando a migração para um sistema que não primava pelo respeito da clássica dicotomia entre Direito Público e Privado²⁷⁰.

Muito mais do que isso, o aumento da atividade governamental, praticamente imposto pela alteração da matriz filosófica dominante, produziu reflexo direto na redução da área dominada pela autonomia privada, centro do antigo liberalismo²⁷¹. Verifica-se, nesse diapasão, a constante e progressiva alteração do conteúdo de conceitos fundamentais do Direito Privado, cujos elementos formadores passaram a ser diretamente influenciados pela incorporação de elementos sociais, coletivos ou públicos (e.g. condicionar o gozo de direitos subjetivos em função do interesse público ou da ordem pública²⁷²).

1.2. Terminologia e conceito

A partir do declínio da concepção voluntarista foi preciso buscar explicações para a categoria dos negócios jurídicos e dos direitos subjetivos de forma mais objetiva, fora do dogma da vontade, do que resultou importante construção teórica: a necessidade de se reconhecer a autonomia privada, mas também de impor limites externos à vontade das partes, tais como os moldes de um contrato socializado²⁷³.

No decorrer desse processo de transição persistiu, por muitos anos, um intenso debate doutrinário, principalmente na Alemanha e na Itália, a respeito das teorias

²⁷⁰ Sobre o tema, ver: GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 10; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A evolução do direito privado e os princípios contratuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 328, p. 25-29, out./dez., 1994, p. 26; RANOUIL, Veronique. *L' autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 130-132; TIMM, Luciano Benetti. *Novo direito contratual brasileiro*. São Paulo: Forense, 2004, p. 39.

²⁷¹ Esse movimento lembra a famosa construção de LACORDAIRE: “Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. (Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30).

²⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A evolução do direito privado e os princípios contratuais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 328, p. 25-29, out./dez., 1994, p. 26. O tema também é abordado em: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito das minorias na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 63, ano XXV, julho-setembro, 1986, p. 106-111, p. 106/107.

²⁷³ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 65-70, p. 65/66. Lembre-se que a chamada escola solidarista ou do “Direito Social” (próprio do *Welfare State*), da qual Duguit (do mesmo autor, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1911) e Hauriou (HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional*. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 82) são os principais fundadores, propõe um modelo socialmente funcionalizado de legislação e, por conseguinte, do negócio jurídico. (Cf. TIMM, Luciano Benetti. *Novo direito contratual brasileiro*. São Paulo: Forense, 2004, p. 43).

subjetivas²⁷⁴ e objetivas²⁷⁵ acerca da manifestação da vontade, da participação do indivíduo na determinação do conteúdo, na formação do negócio jurídico e na definição da expressão que melhor qualificava o princípio: “autonomia da vontade”, “autonomia privada” ou “autonomia negocial”, para mencionar as principais²⁷⁶.

Apesar de teórica, a discussão tem um fundo de verdade: a polissemia do termo contribuiu para sua vagueza e imprecisão, tornando-o, muitas vezes, ambíguo e incerto²⁷⁷. Nesse particular, a expressão “autonomia privada” exprimiria uma visão moderna do conceito conectada ao poder da vontade das partes de se autorregular, em conformidade com o Direito, de modo objetivo, externo, concreto e real, enquanto a locução “autonomia da vontade” expressaria uma construção ideológica datada do final do século XIX, na qual a vontade representava um sentido subjetivo, interno, psicológico, como emanção de um

²⁷⁴ Como já destacado, de acordo com essa concepção, a vontade humana é o fator essencial na criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações. Em consequência disso, vontade e negócio jurídico foram assimilados. Compõem essa corrente a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). No Direito brasileiro, o problema da vontade ou da sua declaração como elemento determinante da eficácia do negócio jurídico manifesta-se principalmente em matéria de interpretação (art. 112) e erro (art. 138 a 144).

²⁷⁵ Como respostas às teorias da vontade, surgiram as teorias preceptivas e normativas, da qual são representantes, entre outros, EMÍLIO BETTI (BETTI, Emilio, *Teoria geral do negócio jurídico*, trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969) e LUIGI FERRI (FERRI, Luigi. *La autonomía privada*, trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959). A propósito, cumpre mencionar o debate travado entre esses dois autores. Em apertado resumo, para o primeiro a autonomia seria um dado da realidade, compreendido, recebido e admitido pelo ordenamento jurídico, mas formado pelos particulares, sem a participação do Estado. O negócio jurídico, nessa perspectiva, não é fonte de Direito, nem de normas jurídicas – na verdade, é uma realidade pré-jurídica. Para o segundo, o espaço da autonomia privada existe somente dentro dos limites determinados pelo Estado, podendo se manifestar dentro dessa esfera e sempre dependendo do reconhecimento do ordenamento. Os particulares, nessa perspectiva, têm poder normativo para criar normas jurídicas. Logo, o negócio não é um fenômeno social que depois de recepcionado pelo ordenamento jurídico passa a ser jurídico, mas sim um fenômeno jurídico desde a sua origem, já que o poder de criar normas jurídicas decorre de outras normas jurídicas. A despeito das diferenças no entendimento dos juristas, ambos concordaram com a ideia de que a autonomia privada corresponde a um âmbito ou espaço de autorregulação dos particulares e de poder de criar e modelar negócios jurídicos, bem como que os efeitos jurídicos de tais normas decorrem sempre da letra da lei. Sobre o tema ver: SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64-70.

²⁷⁶ Para uma visão crítica sobre os argumentos que embasam cada uma das correntes (subjetiva e objetiva), ver AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4-9; e, também, TUSA, Gabriela. *Negócio jurídico e manifestação da vontade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1998, p. 15-70.

²⁷⁷ Relevantes são as críticas tecidas por JUDITH MARTINS COSTA, no prefácio da obra de EDUARDO SILVA DA SILVA: “Tenho insistido que a expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser subsumida no conceito de ‘autonomia privada’ nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a ‘autonomia negocial’. Não se trata de mero e fútil nominalismo, na medida em que, como acentuou Eros Roberto Grau, os conceitos jurídicos não são apenas signos de coisas – constituem propriamente ‘signos de significações’.” SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12.

poder jurídico do indivíduo praticamente ilimitado²⁷⁸⁻²⁷⁹. Já o termo “autonomia negocial” decorreria do uso, da praxe daqueles que operam no campo da livre iniciativa econômica, tendo sido cunhado especialmente para o universo dos negócios empresariais²⁸⁰.

Independentemente da corrente ou da expressão que se adote, é fundamental que se compreenda um ponto em especial: se, em um primeiro momento, a autonomia adquiriu independência e relevo conceitual conectada à concepção jurídica do voluntarismo e do liberalismo econômico, a modificação do contexto político-econômico e sua compreensão como pressuposto teórico do negócio jurídico e do direito subjetivo fez com que a sua configuração jurídica também fosse alterada, passando a sofrer transformações que acompanharam a evolução deste último e a reformulação da teoria negocial²⁸¹.

²⁷⁸ E continua a civilista gaúcha: “Ora a significação do signo linguístico traduzido na expressão ‘autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo ‘um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos. Para o sucesso dessa construção, foram adotados e distorcidos alguns dos postulados kantianos atinentes à ‘liberdade individual’, liberdade natural e moral de querer ou de determinar-se de tal ou qual modo, identificando-se a busca do fundamento do poder objetivamente reconhecido aos sujeitos, pelo ordenamento, de criar normas jurídicas (‘poder negocial’), com a vontade real ou psicológica dos sujeitos para criar normas jurídicas, vontade que, nesta acepção, seria a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos. Atualmente, porém, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se como ‘autonomia privada’ (dita no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’), seja um fato, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios jurídicos que pactuam, seja a de fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado.” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12). Ver, também, excelente estudo da autora em: MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

²⁷⁹ Para estudo pormenorizado sobre o tema, ver ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-72; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4 e ss; SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57-62.

²⁸⁰ EDUARDO SILVA DA SILVA, com amplo respaldo na doutrina estrangeira, principalmente a italiana (e.g. Natalino Irti, Norberto Bobbio, Salvatore Pugliatti), destaca: “Somando-se à tendência de especificidade e objetividade que trilham os institutos jurídicos como reflexo de uma sociedade plural e segmentada, o termo autonomia privada tem encontrado recentemente mais precisão. Doutrina mais recente, em paralela simetria a praxe dos que operam no campo da livre iniciativa econômica, passa a valer-se da expressão autonomia negocial ou poder negocial, para designar o fundamento específico dos negócios jurídicos, sobretudo no campo do direito dos comerciantes e, mais modernamente, da empresa, pela necessidade ainda mais contínua de produção de novas formas jurídicas e negociais a fim de atender às necessidades sempre novas do comércio, com feição cada vez mais internacional. Não se trata de mera mutação do vernáculo, mas de reconstrução efetiva de um espaço reservado aos particulares com a sua adequação aos valores que norteiam atualmente o Direito Privado, sobretudo com a valorização dos princípios constitucionais da solidariedade e da função social.” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 72).

²⁸¹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 25; GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 65. Para uma visão crítica sobre o estágio de desenvolvimento da

De tudo isso, ressalte-se que, além de buscar compreender o significado e os limites jurídicos de atuação da autonomia dos indivíduos no âmbito do direito privado, é preciso, também, do ponto de vista metodológico, definir a expressão que será empregada ao longo do texto, de forma a uniformizar sua utilização: optamos, assim, por utilizar a expressão “autonomia privada”.

Vimos que a sua evolução jurídica sofreu influência de múltiplos fatores, que contribuíram, de uma forma ou de outra, para equilibrar o poder da vontade com interesses externos à relação contratual. A abrangência do assunto e as facetas que a temática pode assumir exigem a delimitação do conceito; assim, para os fins do estudo, convém que se discuta um dos seus planos, particularmente aquele relacionado à manifestação de vontade na aceitação, criação e modelagem de negócios jurídicos, bem como na função que os particulares desejam atribuir ao contrato celebrado²⁸².

Uma das formas de expressar um poder jurídico é a criação de normas, o que pode ser realizado tanto pelos particulares, no exercício de sua autonomia privada, quanto pelo Estado, na concretização da competência que lhe é conferida pela norma constitucional. Na primeira situação, as partes originam negócios jurídicos privados, cuja validade depende, por óbvio, do preenchimento de certos requisitos legais, dentre os quais a capacidade jurídica do agente, a licitude do objeto e a observância da forma prescrita ou não defesa em lei. Na segunda, não existe autonomia, mas sim heteronomia, já que apenas o Estado está legitimado a agir e regular o fato em concreto, em virtude da previsão de norma jurídica prévia, que impulsiona e confere validade aos seus atos imperativos²⁸³.

Como bem destacou LUIGI FERRI, em seu conhecido estudo sobre o tema da autonomia privada, é preciso formular o conceito a partir de uma perspectiva eminentemente jurídica, utilizando-se de critérios precisos e valores técnicos, tentando, na medida do possível, levar em consideração alguns elementos que a dinâmica da vida social diariamente apresenta ao operador do Direito e ao legislador. Tais fatores, se de um lado enriquecem o

doutrina civilista italiana na segunda metade do século XX, a necessidade de construir as bases de uma teoria que concebesse a autonomia privada como poder normativo e o negócio jurídico como fonte normativa, ver: FERRI, Luigi, *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 163-171.

²⁸² SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista. 1999, p. 15.

²⁸³ LOBO, Paulo Diniz Neto. *O contrato – Exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 45; e LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 18.

suporte fático da norma, de outro dificultam sobremaneira a construção de categorias dogmáticas rígidas²⁸⁴.

O civilista italiano entende que a autonomia privada não representa apenas o valor da liberdade no universo jurídico, manifestado pelos particulares por meio da formação de negócios jurídicos, respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento, mas sobretudo a faceta do poder atribuído pelo legislador aos particulares para criar normas negociais próprias. Nesse sentido, a autonomia privada seria um poder normativo e o negócio jurídico representaria seu correlato perfeito, como fonte normativa²⁸⁵.

A despeito de a linha defendida por L. FERRI ter sido criticada na doutrina, especialmente por caracterizar a autonomia como um verdadeiro poder normativo – tal qual o do legislador –, o raciocínio deu fôlego à discussão do tema na Itália, pondo novamente em destaque a possibilidade de os indivíduos autorregularem seus interesses nas relações jurídicas das quais participam e criarem direitos subjetivos²⁸⁶.

²⁸⁴ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 6.

²⁸⁵ LUIGI FERRI tece severas críticas à tendência da doutrina civilista de restringir o estudo da autonomia privada à sua conexão com o negócio jurídico. Para o autor, o conceito de autonomia privada foi abandonado depois que a doutrina concluiu – corretamente – que negócio jurídico representa a principal forma de manifestação da vontade. O autor entende que conceber a autonomia privada como poder atribuído aos particulares para criar normas jurídicas para regular seus interesses privados está em conformidade com a visão de que o negócio jurídico é uma manifestação da autonomia privada e, portanto, uma fonte de criação de normas jurídicas. Assim, pode-se dizer que a norma negocial está conectada ao sujeito privado e a sua vontade por intermédio do poder resultante da autonomia privada, assim como a norma jurídica está conectada ao Estado por meio do poder legislativo. (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 7-9, 36/37, 42, 43/44, 106). No mesmo sentido GIUSEPPE D'EUFEMIA: “Gli elementi che caratterizzano l'autonomia in senso lato sono: il potere di autodeterminazione del soggetto di autonomia, che si concreta nella potestà di emanare norme giuridiche o, per lo meno, che presuppone norme giuridiche primarie che lo costituiscono e lo limitano.” (Cf. D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 12).

²⁸⁶ A crítica é referida por FRANCESCO GALGANO: “L'analogia fra il contratto e la legge diventa ancora più stretta quando il contratto è utilizzato come strumento per il perseguimento di interessi collettivi. Tuttavia, le norme giuridiche in senso proprio sono norme generali ed astratte; le determinazioni contrattuali, per quanto astratte, restano determinazioni particolari e non generali: esse non vincolano che i contraenti; la loro forza vincolante deriva della spontanea adesione al contratto di coloro che ne restano vincolati.” (Cf. GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 38). No mesmo sentido, GIUSEPPE D'EUFEMIA, em pioneiro estudo sobre a autonomia privada no direito societário: “Anche nell'autonomia attribuita ai privati si riscontrano tali caratteri; ma tale opinione è contrastata soprattutto per quanto riguarda l'inserzione dell'autonomia privata nel sistema delle fonti giuridiche. Si sostiene che, mentre l'autonomia attribuita ai gruppi sociali ha una funzione creativa di norme giuridiche, l'autonomia privata, invece, ha funzione creativa modificativa o estintiva di rapporti giuridici fra privati. Nell'autonomia creativa di norme giuridiche l'ordinamento statale riconosce una vera e propria fonte di diritto obiettivo, entro i limiti della competenza ad essa assegnata; per contro nell'autonomia privata l'ordine giuridico si limita a riconoscere ai privati il potere di porre in essere fattispecie atte a generare vincoli fra loro. Da qui i caratteri netti e infondibili dell'autonomia privata nel confronti di ogni altra autonomia. Secondo questa teoria, da molti scrittori sostenuta, l'autonomia privata non è fonte di diritto obiettivo, ma solo di rapporti giuridici; essa non pone in essere un imperativo, ma solo una fattispecie giuridica. E la differenza fondamentale fra legge e autonomia privata consisterebbe nel fatto che la legge ha carattere autonomo e per sé stante, l'autonomia privata invece carattere subordinato e complementare: la prima crea un comando generale, la seconda il fatto previsto dalla legge.” (Cf.

A discussão é extensa e foge ao escopo do presente estudo. Em verdade, pretende-se apenas ressaltar que a relação entre negócio jurídico, direito subjetivo e autonomia privada deve ser entendida como uma convergência entre a manifestação de vontade do indivíduo e a letra da lei. Aproveitando-se dessa lógica e adotando os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, conclui-se que a norma jurídica incide sobre um suporte fático composto por um ou vários acontecimentos da realidade, originando uma relação jurídica, e, nesse conjunto, a manifestação da vontade representa o suporte do negócio jurídico, não se podendo identificá-la, nem confundi-la com o próprio negócio jurídico, que resulta do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico²⁸⁷.

1.3. Sentido e instrumento

O objetivo dos dois primeiros itens foi demonstrar que a concepção de autonomia privada teve estreitas conexões com um contexto histórico bastante peculiar, particularmente relacionado à transição da economia feudal para a capitalista e à formação dos Estados Nacionais. Da mesma forma, buscamos precisar que o conceito que utilizaremos ao longo do presente estudo será restrito, consubstanciado na possibilidade de as partes regularem, pela força da sua vontade, em função de seus próprios interesses, e moldarem as relações jurídicas estabelecidas na sua esfera subjetiva, respeitadas as restrições legais²⁸⁸.

Não é novidade que a possibilidade de uma pessoa agir de acordo com a sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se, em linguagem comum, liberdade. Mas a simplicidade do raciocínio dissimula e ofusca a complexidade da sua análise: trata-se de conceito plurívoco, extremamente complexo, que compreende várias espécies, tais como a liberdade natural, a social, a civil, a política, a pessoal, a econômica, a jurídica, sendo somente esta última a que nos interessa.

D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 12/13 e ss).

²⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 3-5; SAAD DINIZ, Gustavo. A existência, validade e eficácia de negócios jurídicos estipulados por sociedade empresária, p. 4. Disponível em: <www.saaddiniz.com.br/existencia.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2012.

²⁸⁸ Nesse sentido: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, 89; GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 45. Como já referido, o conceito de autonomia privada para LUIGI FERRI é mais abrangente, pois inclui o poder de criar normas jurídicas: FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 298/299.

Nessa perspectiva, a liberdade jurídica é a possibilidade de um indivíduo atuar com eficácia na esfera legal²⁸⁹. Do ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de manifestar vontade para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. De forma mais objetiva, é o poder de regular juridicamente tais relações, preenchendo seu conteúdo e atribuindo-lhe efeitos, com o reconhecimento e a proteção do direito²⁹⁰. Como vimos, a esfera de liberdade de que o agente dispõe no Direito Privado é chamada de autonomia²⁹¹.

Sabe-se, da mesma forma, que a atribuição de personalidade, de capacidade jurídica aos indivíduos e o surgimento da propriedade privada foram consequência do reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da liberdade como poder do sujeito de dispor de forma absoluta de seus bens e de produzir efeitos jurídicos por meio da prática de atos individuais ou coletivos²⁹².

A partir disso, o universo jurídico dos particulares passou a ser marcado por dois referenciais inquebrantáveis: a propriedade e a autonomia privada²⁹³. Como corolário dessa evolução, o conceito de autonomia privada ganhou conteúdo autônomo e operacional, passando a integrar o conceito de negócio jurídico como expressão da liberdade econômica. Logo, o negócio jurídico deixou de ser visto na perspectiva de um simples instrumento de troca de bens para se tornar o produto da vontade livre de sujeitos de direito²⁹⁴.

Disso tudo extrai-se que a base para a compreensão da autonomia privada parte de três elementos principais: (I) a manifestação de uma vontade particular dirigida à produção de determinados efeitos, com o que as pessoas regulam os seus interesses; (II) o

²⁸⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 382.

²⁹⁰ No Brasil, com especial destaque para o Código Civil, o reconhecimento da autonomia contratual das partes está expresso em dispositivos de grande relevo, como os artigos 104 a 114, que regulam o negócio jurídico como categoria geral compreensiva das declarações de vontade destinadas à criação, modificação e extinção de relações jurídicas. O Código permite, por exemplo, que a formação de um contrato ou a produção de obrigações decorra do silêncio de uma das partes, desde que as circunstâncias ou os usos do local autorizarem e a lei não exija declaração de vontade expressa (art. 111). Sobre o tema: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 382.

²⁹¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 383.

²⁹² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 7/8.

²⁹³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 10 e 15; GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 68; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 209. Lembre-se, nesse sentido, dos ensinamentos de Karl Larenz: “O indivíduo só pode existir socialmente como personalidade jurídica quando lhe seja reconhecida pelos outros não apenas a sua esfera de personalidade e da propriedade, mas também quando, além disso, possa em princípio regular por si mesmo as suas questões pessoais, e, na medida em que com isso seja afectada outra pessoa, possa regulamentar as suas relações com ela com carácter juridicamente obrigatório mediante um acordo livremente estabelecido”. (Cf. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 65).

²⁹⁴ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 9/10.

reconhecimento, pelo sistema legal, do poder que os particulares têm de regular seus interesses; e (III) os limites estabelecidos pela lei para a formação do negócio jurídico válido e eficaz²⁹⁵.

A liberdade, como fundamento axiológico, a vontade, como manifestação do indivíduo, e o negócio jurídico, como seu instrumento, são os elementos que dão suporte à autonomia privada e ao direito subjetivo. No plano teórico, a liberdade de um indivíduo tem como parâmetro, ou melhor, limite de ação, a não interferência na esfera de liberdade de outros indivíduos da mesma sociedade²⁹⁶.

Do ponto de vista jurídico, a perspectiva é um pouco distinta, dividindo-se a liberdade em dois principais polos: um negativo e um positivo. O primeiro caracteriza a impossibilidade de o indivíduo ser coagido a praticar atos e ações ou, ainda, ser expropriado de bens ou direitos de sua propriedade contra a sua vontade – tema que será aprofundado na Parte II, Capítulo II deste trabalho, especialmente quanto aos direitos individuais dos acionistas –, ao passo que o segundo denota a possibilidade de o indivíduo constituir, regular ou extinguir relações jurídicas patrimoniais, exercer ou não direitos subjetivos outorgados pela lei, desde que nos limites estabelecidos por ela²⁹⁷.

No momento, é necessário delinear melhor esta última noção positiva. O poder da vontade individual como característica diferenciadora do negócio jurídico elevou a autonomia privada para o primeiro plano das conquistas histórico-jurídicas, sendo

²⁹⁵ Essa visão coincide com o primeiro aspecto da divisão proposta por FREDERICO CASTRO Y BRAVO em seu trabalho sobre o negócio jurídico. Para o referido autor, a autonomia privada pode ser dividida em dois aspectos: (I) o primeiro deles ligado ao poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção das relações jurídicas, e (II) o segundo ao poder da vontade referido ao uso, gozo e disposição dos direitos subjetivos e dos poderes e faculdades das pessoas. (Cf. CASTRO E BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. T. X. Madrid: INEJ, 1967, p. 379, apud GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 210). SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 25. A noção em torno do negócio jurídico, como categoria privada genérica, teve como ponto de partida o Código Civil alemão de 1896, o qual busca na qualificação da vontade uma forma de diferenciação e classificação dos atos jurídicos. Sobre o tema, infalíveis são as lições de CLÓVIS DO COUTO E SILVA: “O ordenamento jurídico, que serve de moldura da atividade dos particulares, acaba por qualificar a vontade expressa no ato. Se ele conferir ampla autonomia, afirma-se, configura o ato um negócio jurídico; depois, se a vontade das partes que o ordenamento valorizar for tão somente a vontade de praticar o ato, uma vez que os efeitos jurídicos são impostos obrigatoriamente pela lei, temos então o ato jurídico em sentido estrito; ou, ainda, se o ordenamento jurídico não valorizar nem mesmo a vontade de praticar o ato, e considerar como juridicamente relevante somente o resultado da atividade volitiva, tem-se o ato-fato.” (Cf. COUTO E SILVA, Clóvis. *Para uma história dos conceitos do direito civil e do direito processual civil*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 18). No mesmo sentido: COMPARATO, Fabio Konder. Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 513-520, p. 513; FERRI, Luigi, *La Autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 238/327 e 387.

²⁹⁶ CALDENTEY, J. Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952, p. 29.

²⁹⁷ GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 45; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

responsável pelo movimento de formação do seu conceito. É inegável, portanto, a existência de uma estreita conexão de significados entre a autonomia privada e a liberdade de ação dos indivíduos. Contudo, não se pode integrá-los em um único conceito, como se fossem expressões sinônimas, porque a autonomia privada não abrange toda a extensão do termo liberdade, nem a completude da expressão liberdade privada, muito menos o universo da locução liberdade jurídica, mas sim e tão somente uma das dimensões desta última: a liberdade negocial, justamente a que nos interessa²⁹⁸.

A partir dessas premissas, conclui-se que o exercício da autonomia privada é qualificado pelo seu espaço de atuação, isto é, pelas atividades negociais e econômicas praticadas pelos indivíduos, contrapondo, em última análise, a prerrogativa de regular seus interesses ao poder do Estado. Nessa perspectiva, desdobra-se a autonomia em dois principais aspectos: o direito subjetivo e a liberdade negocial, mecanismos jurídicos de expressão da liberdade dos sujeitos privados na manifestação da sua vontade e na tutela de seus interesses²⁹⁹.

A união de tais facetas modela a autonomia privada em toda a sua plenitude, materializando-se no espaço que o ordenamento estatal outorga aos indivíduos para manifestar sua vontade e exercer o poder jurídico de regular seus interesses, de decidir quando e com quem desejam contratar, respeitados, obviamente, os limites impostos. O negócio jurídico é o instrumento que formaliza a atuação da vontade nesse espectro de liberdade³⁰⁰.

Compreende-se a estrutura e a gênese do negócio jurídico quando se reconhece a natureza, o objeto, o caráter e os limites da autonomia privada. Esta representa, efetivamente, um dos elementos que formam o substrato da concepção moderna de negócio jurídico, no sentido de declaração de vontade destinada a produzir os efeitos que o agente pretende e o

²⁹⁸ A advertência está em: PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 13.

²⁹⁹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 4; FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 244 e 274.

³⁰⁰ Vale ressaltar que a construção do conceito de negócio jurídico é, ao mesmo tempo, um fato histórico e uma categoria lógica, decorrente de um processo de abstração a partir dos ideais de liberdade e igualdade formal de todos perante o direito, que se inicia com a Revolução Francesa e ganha destaque com a doutrina pandectística alemã no século XIX, com o objetivo de estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos sem distinções de classe. Ao contrário do que pensam alguns, não se trata de uma figura jurídica concreta, mas sim de um paradigma lógico constituído pela doutrina para acomodar sistemática e didaticamente elementos e dogmas jurídicos, e, apesar das críticas que sofre, seu substrato teórico ainda é considerado uma abstração útil ao universo jurídico. (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388/390; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 214). Sobre o tema da conceituação do negócio jurídico, ver, por todos, AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

direito reconhece³⁰¹. Em última análise, o negócio jurídico é o instrumento por meio do qual esse poder se concretiza, de tal maneira que uma e outro estão indissolivelmente ligados, por uma simples razão: o negócio jurídico é a expressão da autonomia privada³⁰².

O relevo da categoria do negócio jurídico, ao lado da noção de direito subjetivo, examinada a seguir, foram os grandes instrumentos a serviço da liberdade e da autonomia privada, permitindo que a manifestação da vontade adquirisse eficácia em áreas jurídico-patrimoniais³⁰³. Assim, os fins almejados pelos particulares ao exercerem o poder de iniciativa para a determinação de seus interesses serão apreciados, antes de produzirem efeito, pelo ordenamento jurídico, que os ignorará, reconhecerá ou combaterá. O escopo dessa política legislativa estatal é estabelecer o equilíbrio entre interesses, subordinando, muitas vezes, o interesse individual ao da coletividade, ainda que o excesso de paternalismo do Estado tenha efeitos deletérios à lógica de funcionamento do Direito Privado³⁰⁴.

³⁰¹ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 67; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 383.

³⁰² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: 2010, Forense, p. 210; MORAES, Maria Amélia Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 73-88, p. 83.

³⁰³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 13; SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 4; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Vol. I. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 98. Seguindo as lições de ANA PRATA, é possível construir a seguinte ilação: se toda ação ou comportamento humano é, em si mesmo, uma maneira de afirmar o poder da vontade de alguém, concebido no formato de um negócio jurídico, o direito subjetivo que fundamenta essa conduta tem sua força impositiva nas previsões consagradas em forma de lei. Invertido o ângulo de visão, mas sem alterar a lógica dos argumentos, também é correto dizer que o direito objetivo constitui, de certa forma, elemento interno e estrutural do poder jurídico da vontade, e, de outro, limite externo desta, criando barreiras legais impossíveis de serem transpostas pelas partes, pois extrapolam o perímetro lícito do ordenamento. Assim, se por um lado a autonomia privada outorga aos indivíduos o poder de autorregular seus interesses, por outro, não se pode olvidar que o fundamento jurídico dessa liberdade – direito subjetivo privado, que permite o exercício da autonomia – tem como uma das suas fontes uma norma que protege esse interesse. E não só isso: a proteção desse interesse privado depende, em última instância, do seu reconhecimento legislativo, como um valor ou princípio perseguido pelo ente responsável pela construção do ordenamento jurídico. Ao fim e ao cabo, a consagração de um interesse privado realiza, ainda que de forma mediata, um interesse público que se encontra na base da própria concessão da proteção, e se constituiu na razão pela qual a guarida legal foi concedida. Essa construção teórica, que envolve a compreensão da autonomia privada, está em consonância com a doutrina moderna, que entende não integrar a categoria dos negócios jurídicos qualquer ato voluntário dirigido à produção de determinados efeitos, muito menos um ato voluntário em que haja coincidência entre a vontade do indivíduo e os efeitos resultantes do ato, mas tão somente aqueles casos em que a vontade expressa de forma legítima pelo indivíduo integre a previsão da lei, estando os efeitos produzidos dispostos na disposição legal. Nela, o papel da vontade individual fica subordinado à apreciação normativa, responsável por determinar quais são os interesses merecedores de tutela por parte do ordenamento. Tem-se, assim, que autonomia privada e negócio jurídico passam a constituir instrumento de uma composição jurídica de interesses, ainda de natureza eminentemente privada. Porém, ao contrário de antes (visão voluntarista), não são mais meio e instrumento deixados ao alvitre único e exclusivo das partes, na medida em que surge, nesse contexto, um novo sujeito, o Estado intervencionista, cuja função é especificar os interesses tutelados e controlar o teor das manifestações de vontade, segundo a natureza daqueles. (Cf. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980, p. 18-24).

³⁰⁴ SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista. 1999, p.42.

Em síntese, tem-se que o negócio jurídico é, por excelência, o meio de realização da autonomia privada, e o contrato, como invólucro jurídico de uma operação econômica, seu principal símbolo³⁰⁵. O processo de criação de regras jurídicas privadas tem, no reconhecimento da influência da vontade das partes, uma função prática essencial: servir como válvula de escape da rigidez do sistema e da excessiva proteção estatal, representando o negócio jurídico, nesse contexto, um elemento primordial no processo de adaptação da maleável realidade prática ao rígido ordenamento estatal, assumindo o papel que dele se espera: ser principal instrumento da autonomia e núcleo central do sistema de Direito Privado³⁰⁶⁻³⁰⁷.

³⁰⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 384; GOMES, Orlando. Elegia do Código de Napoleão. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 115.

³⁰⁶ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 68.

³⁰⁷ SANTI ROMANO, citado por LUIGI FERRI, distingue as figuras do poder e do direito subjetivo. Na visão do autor, o poder ou *potestas* se desenvolve “en una dirección o aspecto genérico y no tiene objetos particularmente determinados”, não se resolve “en pretensiones respecto a otros sujetos”, e por isso não tem deveres em contraposição, ao passo que o direito subjetivo se desenvolve sempre “en una concreta y particular relación jurídica, sea con una cosa determinada, sea frente a personas determinadas que tienen deberes correspondientes”. (Cf. ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*: Milano, 1947, vozes “Poteri” e “Potestad”, p. 173). FERRI se utiliza dessa concepção para superar a ideia do negócio jurídico como suporte fático para aplicação de uma determinada norma jurídica e sustentar a proposição do negócio jurídico como fonte normativa. Nas palavras do autor: “El obstáculo que impide a la doctrina dominante reconocer la naturaleza normativa del negocio jurídico es, a mi parecer, puramente ficticio y estriba en la unilateralidad del punto de vista adoptado. Se vé en el negocio jurídico solo el presupuesto o la condición necesaria para el paso de la abstracta disposición de la norma a una figura particular de concreta calificación jurídica, es decir, el presupuesto o la condición de los efectos jurídicos, y en la autonomía privada una autorización para crear hipótesis de hecho que caigan bajo el imperio de la única norma jurídica admisible, esto es, de la estatal. Y no se advierte que el negocio no es solamente hecho o comportamiento sino que es un hecho o comportamiento que tiene un contenido normativo propio, es decir, que es a su vez fuente de normas y, por lo tanto, mediatemente, de calificaciones jurídicas. (...) Por consiguiente, es un poco volver del revés la verdadera situación afirmar que, en el caso de los negocios, la fuente de los deberes está en la ley y no en el negocio, cuando, por el contrario, las normas están en el negocio y son normas del negocio, y la ley se ha limitado, en orden a los negocios, a conferir poderes y a determinar presupuestos y condiciones para un ejercicio válido de éstos y no crear deberes (...)”. O autor esboça, também, uma distinção entre poder jurídico e direito subjetivo para, ao final, concluir que o poder normativo constitui uma espécie do gênero poder jurídico: “El poder no es derecho subjetivo, ni el derecho subjetivo es poder. En cuanto el ejercicio del poder incida en la esfera de lo lícito jurídico, habremos de reconocer que el ejercicio del poder es también, al mismo tiempo, ejercicio de un derecho. Pero es evidente que en ningún caso debe confundirse conceptualmente el ejercicio del derecho subjetivo con el ejercicio del poder. Incluso cuando el ejercicio del poder está condicionado por la existencia de un derecho, es decir, es al mismo tiempo ejercicio de un derecho; incluso cuando, en otras palabras, el poder se mueve en la esfera del lícito – como por lo demás ocurre normalmente – ejercitar un poder es siempre algo más que un simple obrar según derecho, porque es obra según derecho que crea nuevo derecho. Utilizando palabras de Carnelutti, podemos decir que no es cualquier *agere licere*, sino es un *iubere licere*, supuesto que el poder se manifiesta en mandatos. Cuando entra en liza el poder, cualquier manifestación suya se concreta en el establecimiento de nuevos mandatos jurídicos. La diferencia entre poder e derecho subjetivo, como hemos afirmado varias veces, aparecerá solo cuando se advierta que el poder pertenece a la dinámica del derecho e el derecho subjetivo a su estática. El derecho subjetivo es el producto, el resultado, de normas existentes. Un derecho subjetivo puede existir sólo en cuando exista un deber correspondiente, y éste, a su vez, presupone una norma. El ejercicio del derecho, mientras sea solamente eso, no puede llevar a ninguna modificación del ordenamiento jurídico; es un actuar según derecho, un actuar lícito, un actuar protegido por el derecho objetivo. Al moverme en la esfera que me reserva el derecho objetivo, no modifico su contenido ni su amplitud. Sólo al ejercitar un poder, esto es, al establecer o modificar normas jurídicas, modifico la esfera de lo lícito

Se, no entanto, a determinação do conteúdo do contrato está no âmbito de determinação das partes que compõe aquela relação jurídica, os efeitos resultantes do contrato, por sua vez, são disciplinados exclusivamente pela lei, sendo, portanto, sua competência normativa reservada ao legislador. Nesse sentido conclui EMILIO BETTI:

O conteúdo preceptivo do negócio está sujeito à competência dispositiva dos indivíduos, na órbita em que é admitida e circunscrita pela lei; os efeitos jurídicos, pelo contrário, são submetidos exclusivamente à disciplina da lei, são reservados à competência legislativa desta. Enquanto às partes incumbe a tarefa de organizar o conteúdo do negócio, configurando-lhe e orientando-lhe o objecto do modo mais conveniente, segundo a sua apreciação, é função da ordem jurídica, e só dela, não das partes, determinar os efeitos jurídicos a atribuir ao negócio³⁰⁸.

A autonomia privada, como princípio, e o direito subjetivo, como categoria, pressupõem a legitimidade necessária do agente para realizar atos jurídicos em nome próprio e com capacidade para produzir efeitos sobre a esfera jurídica do seu titular, no exercício de sua competência dispositiva. Nesse contexto, a legitimidade constitui pressuposto material para atuação da autonomia privada no âmbito dos direitos subjetivos, havendo, portanto, uma relação direta entre o direito individual e a possibilidade/capacidade para a prática de atos³⁰⁹, como veremos no Item 3 a seguir.

1.4. Limites genéricos e específicos

A caracterização de um sistema jurídico como aberto ou fechado está diretamente relacionada à extensão, ao campo de abrangência que é outorgado ao princípio da autonomia privada. Nesse sentido, a autonomia privada atua dentro de arcabouços legais previamente

ensanchándola o restringiéndola. El mero ejercicio del derecho no puede consistir en un mandar, como parece pensar Carnelutti, porque mediante mandatos se crean nuevas normas y, por consiguiente, nuevos deberes y nuevos derechos. (...) el poder normativo no és más que una especie del género poder jurídico.” (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 46, 211, 215, 286/288).

³⁰⁸ Para chegar a essa conclusão o autor sustenta que: “O critério de delimitação pode formular-se como segue: é da competência dos indivíduos determinar, nas relações entre eles, os escopos práticos a atingir e as vias a seguir para regular os seus interesses; é da competência da ordem jurídica separar e avaliar, de acordo com as finalidades gerais, as categorias de interesses e escopos práticos que os particulares costumam procurar atingir, prescrevendo para os seus atos as modalidades e os requisitos de validade e de eficácia e ligando a eles situações jurídicas congruentes, isto é, capazes de traduzir em acto, com a maior aproximação possível, as funções sociais que correspondem àqueles escopos. Certamente, também o (*sic*) competência privada é determinada pela ordem jurídica, no sentido de que esta procura assegurar-lhes limites e impor-lhes ônus (§ 8.º). Mas o ponto saliente é que, em relação à iniciativa privada, a ordem jurídica tem uma função apenas negativa, limitadora, disciplinadora; nem é de pensar que possa substituir-se ao indivíduo, na tarefa que é propriamente dele. Essa tarefa consiste em dar vida ao conteúdo do negócio jurídico, ou seja, em lhe configurar e orientar o objeto (§ 5.º), seguindo a destinação pretendida. Dessa forma afirma-se a necessidade de distinguir claramente entre o conteúdo do negócio e o respectivo tratamento jurídico – os chamados efeitos jurídicos – em correlação com as diversas esferas de competência a que um e outro pertencem. (...) (Cf. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Vol. I. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 167/169).

³⁰⁹ CALDENTEY, J. Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952, p. 32.

estabelecidos, preenchendo os espaços vazios das normas em branco e criando os suportes fáticos que as regras jurídicas propositadamente não descreveram, abstrata ou totalmente³¹⁰.

O Direito Privado é, por excelência, a seara jurídica em que a autonomia privada encontra maior respaldo, na medida em que, em se tratando de relações jurídicas particulares, são os próprios sujeitos os mais aptos a saberem de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente. Porém, em uma perspectiva de abrangência, é preciso registrar que o campo de ação da autonomia não é irrestrito a todas as esferas privadas³¹¹⁻³¹².

Em uma visão macrojurídica, dois fatores concorrem, cada qual em seu espectro, para a construção das limitações impostas à autonomia privada: (I) a concentração de capitais e (II) a crescente intervenção do Estado. Ainda que se possa defender que, na sua essência, o princípio se manteve incólume, pois as limitações sempre existiram, de uma forma ou de

³¹⁰ MORAES, Maria Amália Dias de. *Autonomia privada e negócio jurídico*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 73-88, p. 75. HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO, em sua dissertação de mestrado sobre os sistemas jurídicos abertos e fechados, afirma que é possível identificar, pelo menos, dois tipos de estruturas jurídicas básicas: (I) um de natureza aberta, em que há ampla margem de atuação dos indivíduos na criação de formas ou modelos jurídicos, sendo os tipos existentes integrantes de um rol exemplificativo, e (II) outro de caráter fechado, no qual o campo de ação concedido à liberdade das partes é restrito, e o rol de formas e modelos, de tipo taxativo. (Cf. CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Entre autonomia e controle: numerus clausus e numerus apertus em direito privado*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993, p. 3.). No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.; COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 9.

³¹¹ Apesar de as Constituições modernas reconhecerem a autonomia privada, a inspiração em políticas legislativas anti-individualistas determinou a sobreposição de alguns princípios coletivos sobre os individuais, como ocorre com a função social, seja ela da propriedade, seja do contrato, seja ainda da empresa. A evolução do Direito Privado dentro de tais coordenadas tem-se caracterizado, essencialmente, (I) pela relativização dos seus princípios formadores, em virtude da sua função social (e.g. Carta constitucional, art. 5.º, XXIII, Código Civil brasileiro, art. 421); (II) pela vinculação ético-social desses princípios; e (III) pelo recuo perante o formalismo do sistema do século XIX, especialmente em termos de aplicação da lei pelo juiz. Nesse sentido, assevera ORLANDO GOMES: “O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada. Diminuíram as restrições, mais enérgica e ostensivamente, da direção estatal da economia, que se tornou corrente até nos países mais apegados ao liberalismo. Em consequência da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou de um de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita da autorização ou da aprovação da autoridade administrativa, e assim por diante. Surgiram, em consequência, novas figuras jurídicas que excedem o modelo clássico do contrato, lhe alteram a configuração e impõem a necessidade de rever seu próprio conceito”. (Cf. GOMES, Orlando. *Sentido das transformações*. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 7).

³¹² Na evolução histórica do direito, a liberdade de escolha dos indivíduos, pela força da sua vontade, como forma de cristalizar o princípio da autonomia privada, nunca foi regra. Muitos séculos se passaram até que fossem flexibilizadas as linhas rígidas e cogentes do direito material e se pudesse tornar o universo jurídico privatista mais dispositivo do que cogente. A partir desse movimento – que está em processo de regressão – a lei passou a conter mais regras supletivas e interpretativas do que cogentes, satisfazendo-se o Estado com o mínimo de regras jurídicas imperativas. Sobre o tema: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 56 e GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 69; GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 129; FERRI, Luigi, *La Autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 337.

outra, é inegável a multiplicação da intervenção do Estado nas relações, inclusive econômicas, sob a justificativa de realizar justiça social³¹³.

Em um exame jurídico pormenorizado, os núcleos de heteronomia, ou melhor, os limites à autonomia privada, são amplamente reconhecidos e examinados pela doutrina especializada³¹⁴. Dentre todos os de caráter genérico, merecem destaque: (I) a licitude do regramento das partes³¹⁵, (II) a ordem pública³¹⁶, (III) a moral e os bons costumes³¹⁷ e (V)

³¹³ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 69; SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1999, p. 49; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A evolução do direito privado e os princípios contratuais*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 328, p. 25-29, out./dez., 1994, p. 26.

³¹⁴ A abertura desses conceitos, verdadeiras instituições sociais, interfere na escolha de valores albergados pelo ordenamento e na formulação da política legislativa, podendo restringir, para certas decisões, o âmbito em que a vontade individual se manifesta. Nesse sentido, SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 26.

³¹⁵ Sobre o tema, comenta MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES: “Não menos significativa é a limitação decorrente da conformidade com o direito. É certo que os limites lógicos dentro dos quais se desenvolve a fenomenologia jurídica são o lícito e o ilícito, e que os comportamentos humanos, juridicamente transcendentais, são estimados, também, em função da sua conformidade ou contrariedade a direito, de onde advém a subdivisão dos fatos jurídicos *lato sensu* em lícitos e ilícitos. Contudo, quando a ordem jurídica assina aos particulares uma órbita dentro da qual, livremente, poderão engendrar, sob a égide do direito, relações jurídicas, parece-me definitivo que esta autorização contém, já na sua gênese, o imperativo da licitude. (...) impõe-se a conclusão de que a autonomia privada se circunscreve ao campo da licitude, sendo inaceitável a admissão de ato de autonomia privado de ilicitude.” (Cf. MORAES, Maria Amália Dias de. *Autonomia privada e negócio jurídico*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 73-88, p. 83).

³¹⁶ Inexiste definição consensual na doutrina brasileira sobre o conceito de ordem pública. Nesse sentido, a lição de ENZO ROPPO, para a qual a ordem pública representa “(...) o complexo dos princípios e valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de evolução histórica e que, para isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica”. (Cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 301). Segundo ORLANDO GOMES, a ordem pública é representada pelas “leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos; as leis sobre o estado e a capacidade das pessoas; certos princípios de direito hereditário, como os relativos à legítima e à proibição dos pactos sobre a sucessão futura; as leis monetárias; os princípios fundamentais do direito da propriedade”. Na visão do autor, outros temas relacionados à ordem pública seriam a proibição do anatocismo e as leis de proteção do trabalho e do consumidor, entre outras. (Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, 26. ed. Atual. de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24/25). Para aprofundamento do tema no âmbito processual ver: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

³¹⁷ O conceito de bons costumes é outro que intriga a comunidade jurídica. Diante dessa dificuldade, ORLANDO GOMES se utiliza da técnica da enumeração. Nessa lógica, violariam os bons costumes os negócios jurídicos que tivessem por conteúdo (1) a exploração de casas de tolerância; (2) a corretagem matrimonial; (3) o jogo; (4) a venda ou o comércio de influência; (5) a usura. (Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, 26. ed. atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25).

as cláusulas gerais³¹⁸; e (VI) outros tantos de ordem técnica³¹⁹, dentre os quais (VII) os pressupostos gerais de existência e validade dos negócios jurídicos³²⁰ e (VIII) as normas jurídicas cogentes ou imperativas, sendo estas o enfoque do presente item.

Diversos são os critérios utilizados para classificar as normas jurídicas, dentre os quais se destacam o sistema a que pertencem, a fonte da qual emanam, os âmbitos material, temporal, pessoal, de validade, hierarquia ou seus elementos estruturantes³²¹. Daremos enfoque ao critério que distingue as normas segundo o seu conteúdo em cogentes ou imperativas e não cogentes, dispositivas ou interpretativas, já que essa categorização tem fundamental importância para a construção dos tipos societários, examinados na Parte II deste trabalho.

Na visão de PONTES DE MIRANDA, o direito cogente, impositivo ou proibitivo é aquele que a vontade dos particulares não pode alterar. Logo, uma vez formado o suporte fático, haverá incidência automática da regra jurídica, ainda que o interessado ou todos os

³¹⁸ Sobre o tema, preciosas são as lições de JUDITH MARTINS-COSTA: “(...) Verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.” (Cf. MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*. Revista dos Tribunais, 2000, p. 286). No âmbito contratual, importante notar que os deveres principais e acessórios impostos às partes pelos ditames da boa-fé objetiva, probidade e função social do contrato são de extrema relevância, como bem determinam os artigos 421 e 422 do Código Civil.

³¹⁹ Outro fenômeno decorrente da crescente intervenção do Estado na economia, mas que não interessa aos fins do presente estudo, é o dos contratos regulamentados pelo Poder Público, de forma imperativa, a exemplo do contrato de seguro, de locações de prédios residenciais urbanos, certos contratos bancários, etc. Explica CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA que essa intervenção pode se dar pela determinação imperativa do preço ou até mesmo do próprio conteúdo do contrato. A intervenção estatal também se manifesta pela criação de relações jurídicas similares às criadas pelo contrato, sem o concurso da vontade das partes ou até contra a sua vontade (*contrat imposé, diktierte Vertrag*). Exemplo marcante de contrato necessário, abundante no direito brasileiro, é a concessão de serviços públicos, no qual a empresa não pode deixar de fornecer os serviços, nem eleger outro contratante, mas apenas traçar certos requisitos e os contornos do contrato, que, preenchidos, obrigam-na a contratar. Na mesma esteira, surge igualmente a figura do contrato autorizado, a depender da manifestação da autoridade administrativa para seu aperfeiçoamento (v.g. oferta pública de ações; aquisição de controle de empresas abertas; contrato de *underwrite*; comércio externo, etc.). (Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A evolução do direito privado e os princípios contratuais*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 328, p. 25-29, out./dez. 1994, p. 29). Sobre o tema, ver, também, GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 10-26.

³²⁰ MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES destaca que: “Os sistemas jurídicos prefixam os pressupostos gerais de existência e validade, ainda quanto aos atos de autonomia privada, impondo certos requisitos em atenção aos quais ser-lhes-á reconhecida a existência juridicamente relevante e, em um segundo momento, a afirmação de sua validade, com a consequente aptidão para irradiar efeitos jurídicos. Não é demais assinalar que a respeito de tais pressupostos não há autonomia dos particulares.” (Cf. MORAES, Maria Amália Dias de. *Autonomia privada e negócio jurídico*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 26, p. 73-88, p. 82).

³²¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107. Para aprofundamento sobre o tema, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro 2008, p. 177-190.

interessados não o queiram. Tais normas são caracterizadas por ordenar ou proibir alguma coisa; por determinar, em certas circunstâncias, a realização de uma ação ou abstenção; por sistematizar a categorização de determinado fato ou estado subjetivo, sem admitir alternativas, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta. No plano teórico, a justificativa para a sua existência é a regulamentação de determinadas relações ou estados da vida social que não podem ser deixados ao arbítrio individual, já que tutelam interesses fundamentais da sociedade diretamente relacionados ao bem comum³²².

As normas cogentes compõem a antítese da autonomia privada, ou seja, não permitem a formação do conteúdo dos negócios jurídicos a ela vinculados e, por vezes, obrigam os interessados a adotar determinada conduta ou a fazer uso de uma forma prescrita em lei. Não autorizam, também, que as partes excluam do campo de abrangência de determinados negócios a produção de certos efeitos jurídicos, difundindo-se, entre essas relações jurídicas, o princípio da inserção automática do conteúdo de determinados contratos, e assim por diante³²³.

Em síntese, as normas cogentes são aquelas em que o imperativo jurídico não abre aos particulares quaisquer fissuras, retirando-lhes o poder de dispor de acordo com certas conveniências. Seus suportes fáticos, rigidamente fixados, regram matéria indisponível, sendo incompatíveis com as manifestações de autonomia, que encontra óbice intransponível no *jus cogens*³²⁴. A partir dessas explicações, denota-se que as normas cogentes se impõem de modo absoluto, irretorquível, não sendo possível a sua derrogação pelos particulares.

Dentre essas regras, três espécies merecem destaque: (I) as imperativas, caracterizadas por determinar a prática de uma ação, ou (II) as proibitivas, assim designadas por imporem uma abstenção³²⁵, estando geralmente relacionadas à disciplina de matérias de ordem pública³²⁶ e aos bons costumes; e (III) as outorgativas ou permissivas, cuja

³²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 56.

³²³ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 69.

³²⁴ MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 73-88, p. 81/82.

³²⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113.

³²⁶ São exemplos de limitações impostas pela ordem pública a Lei 8.078/90, que estabelece o Código de Defesa do Consumidor; a Lei 8.245/91, que regula a locação de imóveis urbanos; a Lei 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel; e a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica. Além disso, são também restrições impostas pelo princípio da ordem pública as sanções de nulidade e anulabilidade para os casos de contratos com determinados vícios de vontade ou de forma (CC, arts. 138 e ss).

característica principal é atribuir a alguém o poder sobre alguma porção do mundo exterior ou de determinar, por intermédio de sua vontade, algo de jurídico³²⁷.

Avançando na análise, em sentido contrário às normas cogentes estão as normas não cogentes ou permissivas, aquelas que facultam o livre exercício da vontade individual na disciplina dos interesses particulares. Em geral, autorizam que os sujeitos determinem a forma e/ou o conteúdo que melhor lhes aprouver, dividindo-se em (I) supletivas, aplicáveis na falta de regulamentação privada, preenchendo as lacunas deixadas pelos particulares no exercício de sua função integradora; e (II) interpretativas, estabelecendo critérios para identificação do sentido da norma³²⁸.

Assim, quando a regra jurídica, ao invés de impor, proibir ou não dar margem à manifestação da vontade das partes, permitir que elas regulem, como bem entenderem, suas relações, a regra será classificada como dispositiva, enquadrando-se em uma das suas espécies: supletiva ou interpretativa³²⁹. Supletiva é a regra jurídica que incide somente se os particulares optarem por não regradar o suporte fático. Pode-se defini-la como a regra jurídica que incide se o suporte não foi preenchido pela vontade dos particulares, pois, se houve manifestação dessa vontade, ele se tornou inadequado, por excesso, não sendo, portanto, considerado para fins de aplicação da regra. Interpretativa, por sua vez, é a regra jurídica que incide apenas se o sentido daquilo que o interessado ou os interessados estabeleceram restou impreciso ou duvidoso. É, portanto, norma silenciosa³³⁰.

Para diferenciar as espécies de normas dispositivas é importante observar a função atribuída a cada uma delas. Por exemplo, se nas regras supletivas o espírito do direito é evitar o vácuo, o esvaziamento, o não regramento da situação fática, nas regras interpretativas o intuito é impedir a ambiguidade, a vacilação no entendimento do que as partes puseram como manifestação da sua vontade³³¹⁻³³².

³²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 57-68.

³²⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 114/115.

³²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 58.

³³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 58/59.

³³¹ Para PONTES DE MIRANDA: “O direito interpretativo não supre, nem suplementa. Com ele, apenas se fixa o que o manifestante da vontade (possivelmente, o manifestante ou comunicante do conhecimento ou do sentimento, mas raramente) exprimiu. Tem-se, com ele, o conteúdo da vontade (ou do enunciado de conhecimento, ou de sentimento), legalmente interpretada aquela vontade, ou aquele enunciado de conhecimento, ou aquele sentimento. Não há algo *a mais*; há, apenas, operação revelatória.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 60).

³³² Vale destacar que, nos espaços que o Direito deixa em branco, caberá aos interessados preencher com regras que resultem da sua autonomia privada. Nessas situações haverá ou (I) regras jurídicas dispositivas (pois o direito supõe que é necessário preenchê-las com a vontade das partes ou com outras regras jurídicas), ou (II)

Essa construção teórica procura sustentar, ao fim e ao cabo, que as regras jurídicas de caráter dispositivo podem ser descartadas pelas partes, por meio de clara e inequívoca manifestação da sua vontade. As normas supletivas não constituem um limite ao exercício da autonomia privada; o fundamento do *ius dispositivum* é justamente abrir aos interessados a possibilidade de estabelecer os pormenores e delinear as sutilezas daquela relação negocial em relação à qual a regra jurídica, de caráter genérico e abstrato, optou por não descer em miúdos³³³.

Em resumo, a função das regras jurídicas de caráter dispositivo é dúplice: (I) permitir que a vontade manifestada pelas partes tenha espaço e poder para regular suas relações jurídicas e, na hipótese de essa vontade não ter sido manifestada, ou de que, se manifestada, tenha deixado margem para dúvida, (II) completar, preencher os espaços em branco ou duvidosos, justamente onde seria de se esperar que o interessado ou interessados manifestassem algo³³⁴.

A distinção das normas jurídicas em cogentes e dispositivas tem, entre os seus fundamentos, o nível de eficácia que a vontade particular adquire em face dos preceitos emanados do Estado, sendo o equilíbrio entre esses dois interesses (público e privado) essencial para o funcionamento do sistema jurídico, mormente nos países de tradição romano-germânica.

Não há dúvida, portanto, que as normas cogentes constituem verdadeiros limites de atuação da autonomia privada, já que visam à proteção e/ou à regulação de interesses superiores aos meramente privados, ao passo que as normas dispositivas representam espaços para sua atuação³³⁵.

regras jurídicas interpretativas (porque o direito supõe ser necessário inexistir dúvida se houve manifestação da vontade), ou, ainda, (III) não haverá regras jurídicas (porque o direito supõe que pode haver vontade, apesar de não ser necessário que haja). (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 60).

³³³ A norma contratual dispositiva não alterada pela vontade das partes passa a vigor e regular o contrato. Assim, nessa situação, a liberdade de contratar deve ser entendida em termos, já que a lei outorgou às partes a possibilidade de contratar diferentemente do que dispunha o preceito facultativo, mas diante da não utilização dessa faculdade, vale a norma dispositiva. Logo, se as partes não pactuaram de forma diversa do que dispunha a norma dispositiva, presume-se que pactuaram conforme essa norma, tornando-a obrigatória. Nesse sentido: BESSONE, Darci. *Do contrato – Teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 27; e LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 20; FERRI, Luigi, *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 218.

³³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 61/62.

³³⁵ Ao tratar dos limites ao exercício da autonomia privada como poder normativo, LUIGI FERRI muda o espectro de análise, passando a examinar as normas sob o aspecto finalista, contrapondo interesse privado e interesse público, para concluir que na autonomia privada, vista como poder, inexistem deveres, apenas cargas. O autor admite que há situações em que o indivíduo, no seu âmbito privado, está obrigado a perseguir determinada finalidade ou interesse, mas em tais situações não há limites à autonomia privada, já que o próprio sujeito

1.5. Núcleo de atuação: direito societário

A autonomia privada manifesta-se nas esferas jurídicas particulares, variando de acordo com os interesses tutelados pelas normas. Naquelas áreas em que há efetivo predomínio de normas de ordem pública ou cogentes, haverá menor margem para sua efetivação, podendo o agente escolher, antecipadamente, se deseja ou não se submeter a tal regramento, exercendo sua liberdade de ingressar ou não em determinada relação contratual. Já nos campos em que predominarem normas de natureza dispositiva, caberá às partes, respeitados os limites legais, modelar a estrutura do negócio de acordo com os seus interesses.

Em termos qualitativos, há prevalência de normas cogentes nas matérias pertencentes aos ramos do Direito Público, ao passo que na maioria das searas do Direito Privado há predominância de regras de caráter dispositivo (como no direito das obrigações), enquanto em outras cresce o número de regras imperativas, como no caso do direito de família, sucessões, títulos de crédito e reais³³⁶.

As razões que nos parecem mais plausíveis para explicar o limite de atuação da autonomia privada nas searas que contêm elevado número de normas jurídicas cogentes estão relacionadas a dois pontos fundamentais: (I) a relevância e o aspecto indisponível do objeto da relação jurídica em questão e (II) os efeitos que o negócio jurídico produzirá perante terceiros e a necessidade de proteger a ordem pública e/ou a segurança jurídica do mercado. Prova disso é que os direitos reconhecidos, regulados e contemplados por normas jurídicas imperativas são, na grande maioria dos casos, irrenunciáveis pela vontade das partes³³⁷.

Dessas constatações, percebe-se o seguinte: se de um lado a autonomia privada encontra limites à sua atuação em certas áreas do direito privado, mormente naquelas em que se vislumbra a necessidade de proteger a ordem pública ou a segurança jurídica do

aceitou tais limitações. (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 219, 223, 353/354 e 358/359).

³³⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 114; LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 134. Nesse particular, desconhecemos estudos empíricos que evidenciem, em números, as conclusões apresentadas pela doutrina.

³³⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 79. Concordamos, nesse sentido, com a crítica de JOSÉ LOURENÇO no sentido de que não há critérios mínimos e coerentes no processo de qualificação seletiva de normas jurídicas no que se refere a sua imperatividade. As normas jurídicas, tidas como de imperatividade absoluta (de ordem pública ou cogentes), são classificadas a partir de critérios pessoais do legislador ou do hermenêuta, calcados em julgamentos discricionários e, muitas vezes, desconectados da realidade prática. (Cf. LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001, p. 63).

mercado, de outro há ramos em que se verifica maior incidência dela na conformação e na criação de regras negociais, justamente naqueles em que o objeto da relação jurídica envolve direitos patrimoniais de natureza disponível, relacionados à exploração de atividades econômicas pelos indivíduos.

A adequação das normas às demandas postas pelo mercado depende, em certo grau, do nível de liberdade outorgado à autonomia privada das partes³³⁸. Nesse sentido, não é de surpreender que seja justamente no âmbito do direito das obrigações que a vontade das partes e, por conseguinte, a autonomia privada, encontra boa margem de atuação³³⁹, especialmente na seara dos contratos³⁴⁰. As razões para esse estreito relacionamento saltam aos olhos; o contrato é o negócio jurídico por excelência, instrumento indispensável para o bom fluxo dos negócios empresariais, nos quais há ampla possibilidade para as partes estabelecerem livremente direitos e obrigações e regerem suas condutas e relações umas com as outras³⁴¹.

Como examinado no Capítulo I, o contrato de sociedade é um contrato típico, cujos elementos formadores estão previstos no artigo 981 do Código Civil. Da noção de sociedade como um fenômeno plurilateral associativo e de organização, celebrado entre pessoas cujos objetivos principais estão relacionados, de forma direta ou indireta, à limitação do risco do empreendimento e à repartição dos lucros e das perdas, resulta pelo menos uma conclusão prévia que nos interessa: a de que as relações jurídicas societárias têm a natureza jurídica obrigacional, de cunho patrimonial e disponível, representando, portanto, uma seara fértil para a atuação da autonomia privada³⁴².

Na verdade, correto é o raciocínio inverso: a autonomia privada é um dos princípios formadores do direito das sociedades e os direitos e deveres atribuídos aos acionistas representam o modo de atuação dos particulares no âmbito do ordenamento societário. Assim, em regra, uma vez constituída a sociedade, seus sócios podem fazer tudo o que não

³³⁸ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7; D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 32.

³³⁹ MORAES, Maria Amália Dias de. *Autonomia privada e negócio jurídico*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 73-88, p. 81. Em 1955, ORLANDO GOMES, ao traçar as diretrizes da reforma no direito civil brasileiro (que viria a ser implementada somente no ano de 2002), entendia que uma das diretrizes reformadoras seria a de converter normas supletivas em imperativas, de irrestrita obediência. Destacava, na época, a predominância de normas supletivas em matéria obrigacional: “Atualmente, os dispositivos que regem os direitos obrigacionais têm, em sua maior parte, o caráter de regras subsidiárias, que apenas se aplicam na ausência da vontade dos indivíduos”. (Cf. GOMES, Orlando. *Variações sobre a reforma do Código Civil*. In: _____. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 129).

³⁴⁰ Sobre o tema, ver: SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1999, p. 23-82.

³⁴¹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3-5.

³⁴² DALMARTELLO, Arturo. *Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società)*. *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 217).

for proibido pela lei, representando a liberdade dos acionistas uma válvula de escape para regular seus próprios interesses, organizados de diversas formas/técnicas, dentre as quais estão os direitos subjetivos³⁴³.

A constatação não passou despercebida pela doutrina. Na visão de ALFREDO LAMY FILHO,

(...) as instituições comerciais nasceram e se moldaram à revelia dos doutos, muita vez contra os princípios universalmente aceitos pelo Direito comum, com suas primeiras compilações recolhidas por comerciantes e práticos, até hoje anônimos, e escritos em latim bárbaro. A grande força criadora do Direito Comercial sempre foi o engenho humano à procura do lucro, e o comerciante para alcançá-lo buscou e soube abrir seus próprios caminhos. Foi na liberdade de contratar que o empresário encontrou o grande instrumento criador de riqueza e instituidor de inovações, e esta grande e tradicional via não deve ser obstruída pelas regulamentações excessivas ou minuciosas, que esterilizam a capacidade criadora dos homens, e terminariam por igualar, numa medíocre burocracia comercial, a grande e fecunda luta de competição e concorrência que fez a grandeza econômica de tantos povos. Não vemos por que alterar o que então dissemos: liberdade nos campos em que possa legitimamente prosperar a inventiva do empresário; responsabilidade para os que abusarem dessa liberdade e disciplina onde o interesse público o exige. É evidente que essa liberdade não exclui a disciplina necessária, nem a regulação oportuna. O problema é, apenas, de medida, e deve ser ponderado como advertência a resguardar-nos de excessos cesaristas³⁴⁴.

A relação entre a autonomia privada e o direito de propriedade na esfera societária permite reconhecer a intangibilidade dos direitos individuais dos acionistas, que somente poderão ser limitados com a aquiescência dos seus titulares ou nos casos previstos na lei, mediante compensação satisfatória³⁴⁵. Essa é uma premissa relevante que terá grande

³⁴³ Nesse sentido parece caminhar a opinião de GIUSEPPE D'EUFEMIA, em obra específica sobre a autonomia privada no direito societário: "In diritto corporativo, l'accertamento della corrispondenza dell'attività discrezionale alle finalità dello Stato corporativo è effettuato alla stregua di espressive disposizione legislative le quali stabiliscono i criteri e i mezzi dell'esame preventivo degli atti discrezionalità, oppure sanciscono le responsabilità del privato per le quali essa fu concessa. Tali disposizioni dimostrano la rilevanza giuridica dell'autonomia privata e ne indicano la natura discrezionale, poichè, come si è innanzi ricordato, il carattere specifico della discrezionalità sta nella particolare rilevanza giuridica degli atti per l'ordinamento statuale. Diversamente si atpeggia l'autonomia allorchè la capacità concessa ai privati di porre la regola di condotta si esplica come esercizio di diritti subiettivi. L'elemento distintivo fra esercizio di discrezionalità e esercizio di diritto soggettivo va individuato della diversa direzione degli accertamenti, che l'ordinamento giuridico esige, della corrispondenza delle suddette attività stessa non porti lesione all' interesse collettivo, nel caso dell'attività discrezionale, invece, l'accertamento ricerca la effettiva rispondenza dell'attività privata ai fini pubblici, che costituiscono nel primo caso il limite dell'attività privata, nel secondo lo scopo diretto dell'attività stessa. Nel primo caso la causa è il limite posto dalla legge alla attività dei privati, nel secondo la causa è la fonte dell'obbligo di compieri l'atto in conformità ai fini voluti dall'ordinamento." (Cf. D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 26/27).

³⁴⁴ LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 7, 1972, p. 123-158, pp. 125/126, p. 138.

³⁴⁵ MENESES CORDEIRO, Antônio. *Manual de direito das sociedades*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2007, p. 236-237.

utilidade no estudo dos direitos individuais dos acionistas, na segunda Parte do presente trabalho.

A título de fechamento, BULHÕES PEDREIRA, ao tratar do tema da cogência ou disponibilidade das regras no âmbito da Lei n. 6.404/76, esclarece:

Não obstante a elevada porcentagem das normas cogentes e dispositivas que compõem a LSA, o princípio da liberdade de contratar continua a prevalecer (dentro dos limites definidos pela lei) na parte do conteúdo do contrato que diz respeito ao objeto social, às contribuições para o patrimônio social a que se obrigam os acionistas, à repartição entre estes do resultado da atividade social, à modificação do estatuto social e aos negócios de incorporação, fusão e cisão. As normas do estatuto legal da organização social da companhia são, na sua maioria, cogentes, ou imperativas, mas o estatuto também compreende (ou pode compreender) normas dispositivas ou supletivas³⁴⁶.

2. Situação jurídica: gênero

Na teoria geral do Direito, a norma jurídica é um preceito originariamente abstrato que depende do surgimento de uma hipótese fática subsumível ao seu conteúdo para que ocorra sua materialização no universo jurídico. Forma-se, com isso, uma relação jurídica tida pela doutrina como um nexo que une entre si sujeitos de direito, cujo vínculo é reconhecido pela lei, a partir do qual duas ou mais pessoas se relacionam a respeito de bens ou interesses jurídicos, estabelecendo, para alguns, posições ativas de poder e, para outros, posições passivas de dever³⁴⁷.

Assim, formam-se situações jurídicas qualificadas ou legitimadas pelo Direito, as quais realçam na subsunção entre fato e norma o conjunto de direitos e deveres que são atribuídos aos sujeitos passivos e ativos dessas relações, não sendo possível concebê-los sem que haja uma relação prévia prevista na lei que os estabeleça. As situações jurídicas encontram sua justificação e seu ponto de encontro na noção de relação jurídica. O conteúdo dessas relações jurídicas constitui justamente os poderes e deveres atribuídos aos seus

³⁴⁶ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: ____ e LAMY FILHO, Alfredo (coords.). *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 170.

³⁴⁷ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdoy Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 246-249. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, por exemplo, entende que a expressão *relação jurídica* pode ser tomada num sentido amplo e num sentido restrito ou técnico. Nas palavras do jurista português: “Relação jurídica em sentido amplo é toda a relação da vida social relevante para o Direito, isto é, produtiva de efeitos jurídicos e, portanto, disciplinado pelo Direito. Relação jurídica em sentido restrito ou técnico é a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição.” (Cf. PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 168).

titulares, os quais lhes atribuem a possibilidade de exigir, por ato exclusivo de sua vontade, um comportamento da outra parte, impondo-lhe consequências ou efeitos jurídicos³⁴⁸.

Na visão de FRANCISCO AMARAL, as situações jurídicas “(...) são, assim, conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem”³⁴⁹. O estilo pedagógico do italiano PIETRO PERLINGIERI auxilia na compreensão da relevância do tema:

O efeito jurídico é um dever-ser. Tome-se, por exemplo, a assinatura de um cheque. Desse fato jurídico, desse ser, nasce – em virtude da previsão normativa – a obrigação de pagar. A obrigação é um efeito, um dever-ser. A obrigação de pagar não é o pagamento (o qual é execução, adimplemento da obrigação); ela não é um fato, mas um conceito que permite avaliar um comportamento. O pagamento (fato) é o comportamento conforme à obrigação de pagar (efeito), que deriva da emissão do cheque (fato). O efeito é instrumento de avaliação do agir humano entendido segundo categorias. O conceito geral de tais categorias é a situação jurídica. O efeito é, portanto, um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situação jurídica. Fazem parte do conceito geral da situação jurídica, por exemplo, o direito subjetivo, o poder jurídico (*potestà*), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.; trata-se sempre de situação subjetiva³⁵⁰.

Tais situações estão inseridas no contexto de uma relação jurídica da qual decorrem posições subjetivas ativas e passivas ocupadas por um sujeito³⁵¹. As primeiras estão relacionadas à proteção de determinado interesse, correspondendo a autorizações, permissões ou concessões oferecidas pelo ordenamento jurídico para que o sujeito realize

³⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105-113.

³⁴⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 222. Na mesma linha caminha FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, para quem a situação jurídica é o produto final de uma relação jurídica preliminar de interesses da qual surgem uma série de direitos e deveres aos participantes: “Durante lo svolgimento della fattispecie produttiva del rapporto, che attua la subordinazione definitiva di un interesse ad un altro e perciò si dice definitivo, può sorgere un (o più di un) rapporto giuridico, strumentale rispetto al primo, al quale si dà il nome di rapporto giuridico preliminare. Per designare questa fase si è anche propoto il nome de situazione giuridica.” (Cf. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, 75). No mesmo sentido VICENTE RAO: “Não existem, pois, direitos subjetivos, mas situações jurídicas subjetivas, cujo pressuposto resulta da destinação de algum bem a um fim determinado, individual ou coletivo, tutelado pelo direito mediante um sistema de sanções e coerções sociais. (...) A situação jurídica, portanto, apresenta-se-nos como um conjunto de imperativos, de mandamentos, os quais, longe de criarem para os indivíduos obrigações e direitos em sentido subjetivo, dirigem-se a todos os membros da comunidade e aos órgãos do Estado. (...) Tais situações são especiais e temporárias: especiais, por só poderem ser invocadas por uma ou algumas pessoas; temporárias, por se extinguirem após o uso da pretensão ou prática da ação, que envolvem.” (Cf. RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2º vol. São Paulo: Max Limonad, s/a, p. 56/57).

³⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

³⁵¹ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 104.

certas atividades, ao passo que as segundas representam uma necessidade que geralmente se resolve em um sacrifício ou na subordinação de interesses.

O conteúdo do polo ativo dessa relação resta materializado de diversas formas, dentre as quais estão o direito subjetivo, o poder jurídico³⁵², a pretensão³⁵³, a faculdade

³⁵² SANTI ROMANO, citado por LUIGI FERRI, distingue as figuras do poder jurídico *stricto sensu* e do direito subjetivo. Na visão do autor, o poder ou *potestas* se desenvolve “en una dirección o aspecto genérico y no tiene objetos particularmente determinados”, não se resolve “en pretensiones respecto a otros sujetos”, e por isso não tem deveres em contraposição, ao passo que o direito subjetivo se desenvolve sempre “en una concreta y particular relación jurídica, sea con una cosa determinada, sea frente a personas determinadas que tienen deberes correspondientes”. (ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*: Milano, 1947, vozes “Poteri” e “Potestad”, p. 173, citado por LUIGI FERRI que se utiliza dessa concepção para superar a ideia do negócio jurídico como suporte fático para aplicação de uma determinada norma jurídica e sustentar a proposição do negócio jurídico como fonte normativa: FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 46, 211, 215, 286/288.

³⁵³ Segundo FRANCISCO AMARAL: “O direito que o titular do direito subjetivo tem de exigir de outrem uma determinada ação ou omissão chama-se, por influência do direito alemão, pretensão. (...) A pretensão nasce no momento em que se pode exigir a prestação, o que nem sempre coincide com o nascimento do direito subjetivo, o crédito. Se uma pessoa se torna devedora de outra, obrigando-se a pagar posteriormente, em um dia determinado, e não paga, descumprindo seu dever, só neste dia é que nasce a pretensão. (...) O conceito de pretensão pressupõe o de direito subjetivo e o do correspondente dever. Mas existem direitos que não dão origem a pretensões, os direitos potestativos, a que não correspondem deveres. O conceito de pretensão é, assim, útil para se distinguirem os direitos subjetivos dos direitos potestativos. Estes não têm deveres, não podem ser lesados, logo, não geram pretensão.” (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 240/241).

jurídica³⁵⁴, a expectativa de direito³⁵⁵ e o direito potestativo³⁵⁶⁻³⁵⁷. Em termos estruturais, a relação jurídica expressa, em regra, um vínculo binário entre os sujeitos, representado por

³⁵⁴ Na visão de FRANCISCO AMARAL: “Faculdades jurídicas são os poderes de agir, contidos no direito subjetivo. Consistem em possibilidade de atuação jurídica que o direito reconhece na pessoa que se encontra em determinada situação. (...) As faculdades jurídicas distinguem-se, assim, dos direitos subjetivos por não terem autonomia e deles serem dependentes. São como que desdobramentos do próprio direito, sem existência autônoma.” (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 238). No mesmo sentido: LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdoy Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 259; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 170.

³⁵⁵ Entende FRANCISCO AMARAL que “Os direitos subjetivos podem formar-se instantânea ou gradativamente. No caso de formação progressiva, cria-se uma situação preliminar de incerteza, de expectativa, de espera pela aquisição do direito. Este ainda não nasceu. A expectativa é, assim, um direito em formação, ainda dependente de algum elemento. Diz-se de fato quando existe apenas a esperança, a simples possibilidade abstrata de aquisição do direito que, por isso mesmo, não goza de proteção legal. Diz-se de direito quando já se configura em parte o direito, existindo uma situação dependente do requisito legal ou fato específico. A relação jurídica está suspensa, pendente, mas já produz efeitos provisórios, diversos porém dos que existiram se o direito já estivesse totalmente constituído. Exemplos de expectativa de fato são (...) a dos sócios de uma pessoa jurídica sobre o patrimônio desta, em caso de dissolução, a do adquirente de um direito sob posição suspensiva etc.” Para aprofundamento sobre o tema, inclusive sobre a diferença entre direito eventual, condicional, futuro e atual, ver: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 238-242; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 180.

³⁵⁶ Para KARL LARENZ, direito potestativo é “el derecho que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica entre ella y otra persona, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o recindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia. El derecho potestativo confiere al titular un ‘poder’ jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad, para producir los cuales, dado que por ello es afectada la esfera jurídica de otro, se requiere normalmente el consentimiento de éste. Al derecho potestativo correspondiente por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica. Dicha irrupción consiste precisamente en la modificación jurídica. El derecho potestativo y la vinculación a él correspondiente pueden resultar de la ley o de una de las partes ha concedido a la otra por contrato un derecho potestativo y se ha sometido a la determinación unilateral de éste.” (Cf. LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 281/282). A visão é compartilhada por FRANCISCO AMARAL, para quem: “Direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir. O direito potestativo não exige um determinado comportamento de outrem nem é suscetível de violação. É, assim, figura inconfundível com a de direito subjetivo e, para alguns, até com a de relação jurídica, a qual se considera externo e antecedente. A outra parte não é sujeita ao poder do titular, mas à alteração produzida. O direito potestativo distingue-se do direito subjetivo. A este contrapõe-se um dever, o que não ocorre com aquele, espécie de poder jurídico a que não corresponde um dever mas uma sujeição, entendendo-se, como tal, a necessidade de alguém suportar os efeitos do exercício do direito potestativo. Como não lhe corresponde um dever, não é suscetível de violação e, por isso, não gera pretensões.” (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 236/237). CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO caminha no mesmo sentido, acrescentando o conceito de sujeição (como a “situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular.”) e dividindo os direitos potestativos em constitutivos, modificativos e extintivos. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 174/176. Para estudo detalhado sobre o assunto, com enfoque na análise crítica de potenciais situações jurídicas em que as partes estão diante de verdadeiros direitos potestativos, ver: PULEO, Salvatore. *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*. Milano: Giuffrè, 1959. LUIGI FERRI, alinhado com Santi Romano, critica o caráter híbrido da categoria jurídica dos direitos potestativos, que, em sua visão, constitui uma espécie de mescla entre poder jurídico e direito subjetivo. Para uma opinião crítica sobre essa categoria, ver: FERRI, Luigi, *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 293/294.

uma posição ativa de poder e uma posição passiva de dever³⁵⁸ (que será tratada com mais detalhes no Capítulo II, da Parte II).

Nessa perspectiva, as condutas fáticas contempladas pela previsão normativa conjugam-se de maneira dúplice: no aspecto objetivo da conduta legalmente prevista, isto é, no conteúdo da norma, e no aspecto subjetivo dos direitos, ou seja, das posições dos agentes que adotam comportamentos e, por conseguinte, na titularidade de situações jurídicas subjetivas classificadas pela doutrina como direitos subjetivos, cuja base de sustentação é sempre o ordenamento jurídico objetivamente considerado³⁵⁹.

O raciocínio é complementado por GIUSEPPE SPERDUTI ao relacionar direito subjetivo e situação jurídica como formas legais de proteger interesses:

Siamo partiti da una nozione amplissima di diritto in senso soggettivo per giungere ad un certo momento ad una nozione piuttosto ristretta e rigorosamente tecnica del diritto soggettivo. Ma si può anche introdurre una nozione intermedia, per andare incontro alle esigenze dell'interpretazione dei testi di diritto positivo.

Questa è la nozione di diritto soggettivo in senso lato. Quale ne sia la portata è determinabile collegandola a quella di 'avente diritto' (der Berechtigte). Avente diritto non è non solo chi è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, ma anche chi è titolare di un interesse legittimo, di una pretesa ecc; in breve chiunque abbia un interesse in qualche forma giuridicamente protetto. Analogamente per diritto soggettivo in senso lato è da intendere ogni situazione giuridica che rappresenti una forma di protezione degli interessi di chi in essa è posto³⁶⁰. (...)

Vejamos, com mais detalhamento, algumas características dos direitos subjetivos.

³⁵⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207.

³⁵⁸ Ressalta FRANCISCO AMARAL: "O dever jurídico é, portanto, a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a quem tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido, sujeita-se o infrator às sanções preestabelecidas. O não cumprimento do dever geral de abstenção, nos direitos absolutos, pode configurar ato ilícito, enquanto nos direitos relativos consiste na infração do dever especial, gerando-se, em ambos os casos, a obrigação de reparar o dano, chamada de responsabilidade civil." (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 235). Para aprofundamento sobre o tema, ver: LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 262-269.

³⁵⁹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, 70/71; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 1; FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 116.

³⁶⁰ SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 118-119.

3. Direitos subjetivos: espécie

3.1. Fundamentos e distinções

Como categoria privada específica, os direitos subjetivos situam-se na esfera de atuação da autonomia privada, como veículos para sua realização, sendo considerados uma espécie de situação jurídica ativa de poder concreto e determinado que a ordem legal outorga ao indivíduo para agir e exigir de outrem, conforme os seus interesses, um determinado comportamento, respeitados os limites legais³⁶¹.

O Direito se qualifica como subjetivo em razão de ser exclusivo do respectivo titular que busca a realização de seus interesses, ao passo que sua atuação jurídica é reconhecida e limitada pelo direito objetivo. Em síntese, o titular do direito subjetivo é específico e seu objeto/interesse é delimitado pelos termos da pretensão posta pela lei, representando, ao fim e ao cabo, uma esfera de liberdade consubstanciada na prática em um poder legítimo de atuação individual concreta³⁶², cujo instrumento de manifestação é o negócio jurídico³⁶³.

Na mesma linha caminha FRANCISCO AMARAL:

O direito subjetivo é, portanto, expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se, juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico. Consiste, assim, na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo, como se pode depreender da própria evolução histórica doutrinária do conceito.” “(...) Qualquer que seja o entendimento sobre a matéria, o direito subjetivo representa uma esfera de liberdade, um domínio reservado ao titular respectivo, traduzindo-se em um poder legítimo de atuação individual. Significando também uma restrição legítima à atuação de outrem, mais adequado seria dizer que o direito subjetivo é, simplesmente, um poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.

Nem *facultas agendi*, nem poder da vontade, nem interesse protegido. Apenas um poder de agir e de exigir determinado comportamento para a realização de um

³⁶¹ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 257/258; PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 169. No mesmo sentido, LUIGI FERRI: “La figura del derecho subjetivo es, pues, una figura general. Lo mismo que no puede existir una norma jurídica sin que exista un deber por ella impuesto, igualmente no puede darse un deber sin un correlativo derecho subjetivo que representa, por así decirlo, su otra cara.” Ainda nesse particular, não se pode olvidar a definição de direito subjetivo de WINDSCHEID como o “poder jurídico de querer”, que, nos primórdios do século XX, lançou o embrião para o estudo dessa categoria jurídica, mesmo que posteriormente tenha se destacado a figura do poder do direito subjetivo. (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 249 e 285).

³⁶² SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 82/83.

³⁶³ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 121; PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 90.

interesse, pressupondo a existência de uma relação jurídica. Seu fundamento é a autonomia dos sujeitos, a liberdade natural que se afirma na sociedade e que se transforma, pela garantia do direito, em direito subjetivo, isto é, liberdade e poder jurídico³⁶⁴.

3.2. Modo de atuação e legitimidade³⁶⁵⁻³⁶⁶

No seu modo de atuação, o titular de um direito deve exercer concretamente as faculdades que constituem o conteúdo abstrato estabelecido pela lei, nos limites estabelecidos pelo próprio Direito ou por disposições jurídicas que buscam proteger direitos dos demais envolvidos naquela relação jurídica. Sobre o tema, SANTORO-PASSARELLI explica que “(...) il contenuto del diritto soggettivo è determinato dall’interesse concreto del titolare, nel senso che il potere è attribuito a questo per la tutela non di un certo tipo d’interesse, ma fin dove con l’interesse astratto coincide l’interesse concreto³⁶⁷.”

Nessa linha, entende-se que “(...) a extensão dos direitos subjetivos é condicionada, portanto, por limites próprios da natureza do direito (intrínsecos), de outros direitos

³⁶⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 224/225, 231, 225-240.

³⁶⁵ O presente estudo não tem qualquer pretensão de adentrar no estudo do tema da legitimidade sob a perspectiva do direito processual civil (nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil – “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”), muito menos na análise das teorias clássicas e modernas que tratam do direito de ação e das condições para seu exercício/admissibilidade – abstratas ou concretas – em juízo e o momento no qual cabe ao juiz examiná-las (quando do ajuizamento da ação ou quando da prolação da sentença). O enfoque do estudo é, portanto, estritamente material, conectando-se com a prerrogativa do titular de um direito subjetivo de dele dispor, considerando-se o poder de disposição como uma consequência direta da atuação do sujeito no exercício de tais direitos. Eventuais referências a aspectos processuais da legitimidade serão pontuais e estarão sempre relacionadas a alguma questão de cunho material. De qualquer forma, para uma abordagem processual sobre legitimidade ver: ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 299-326; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil. Comentado artigo por artigo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98-99.

³⁶⁶ DONALDO ARMELIN esclarece a tênue (e confusa) diferença entre os termos “legitimidade” e “legitimação”. Nas palavras do autor: “(...) a doutrina estrangeira reporta-se à legitimação e não à legitimidade, tal como adotado no vigente Código de Processo Civil Brasileiro (arts. 3.º e outros), do que emerge o enfoque da situação, o ato de legitimar, e não da qualidade de estar legitimado, resultante do tratamento legal alienígena. Sem embargo da necessária correlação entre sujeito e objeto, imanente na legitimidade, tal denominação, ressaltando tratar-se esta de qualidade do sujeito, embora resultante de situação normalmente preexistente, é mais correta, porquanto remarca a pertinência daquela situação legitimante ao sujeito do ato, centro e destinatário do sistema. Entretanto, essa conceituação de legitimidade como qualidade aproxima-a da capacidade, conceito afim e de não fácil desvinculação daquele, o que, não obstante, é insuficiente para arredar a adequação da denominação legitimidade ao instituto em tela.” (Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 12). Já para LUIGI FERRI, o termo *legitimação* (que expressa a ideia de legitimidade e de licitude do ato) não coincide com a ideia de poder de disposição de um direito, mas sim com a titularidade do direito no sentido de exercício lícito do poder. (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 306 e ss).

³⁶⁷ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 76.

subjetivos, inclusive societários³⁶⁸, ou por limites externos estabelecidos pelo direito (extrínsecos)³⁶⁹”.

Quanto ao exercício, defesa e titularidade de tais direitos, FRANCISCO AMARAL ressalta, com precisão, que:

A ordem jurídica coloca à disposição do titular do direito subjetivo diversas medidas para conservá-lo ou defendê-lo. Tais medidas classificam-se, quanto ao conteúdo, em preventivas e repressivas e, quanto à forma de realização, em judiciais e extrajudiciais (...). No campo do procedimento judicial, um dos requisitos para que uma pessoa proponha uma ação³⁷⁰ é a sua titularidade sobre o direito, objeto da controvérsia, a chamada legitimidade para a causa, *legitimatio ad causam*, o que pressupõe a participação do sujeito na relação (CPC, arts. 3.º, 6.º, 267, VI) em que surge o conflito de interesses. Ser sujeito de uma relação jurídica, e consequentemente de direitos e deveres, é sinônimo de titularidade, isto é, a união de uma pessoa com o seu direito³⁷¹.

O exercício de um direito subjetivo depende da vontade do seu titular, isto é, de o sujeito ser livre ou não para exercê-lo. Em razão disso, é, concomitantemente, uma manifestação e um meio de atuação da autonomia privada e, nesse particular, entende-se a autonomia não no sentido de se criar um ordenamento a que se fica submetido, como ocorre com o negócio jurídico, mas sim como sinônimo de liberdade de agir, de soberania do querer³⁷².

Verifica-se, pois, que em uma perspectiva material, o estudo da autonomia privada, do exercício e da titularidade dos direitos subjetivos traz consigo a necessidade de ingressar no exame da questão da legitimidade do seu titular, mormente no que se refere a sua prerrogativa de dispor de tais direitos, especialmente porque o poder de disposição é uma consequência direta da atuação do sujeito no exercício de seus direitos subjetivos³⁷³.

³⁶⁸ Sobre esse potencial conflito entre direitos subjetivos no âmbito do direito societário, KARL LARENZ refere, por exemplo, que: “Los derechos propios de socio la condición de socio pueden estar restringidos por el deber de fidelidade del socio”. (Cf. LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 296/297).

³⁶⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 242. No mesmo sentido, LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 257/258.

³⁷⁰ Pertinente, mais uma vez, a ponderação de FRANCISCO AMARAL: “(...) o art. 75 do Código Civil de 1916, sem correspondente no código atual, dispunha que todo direito corresponde a uma ação, que o assegura. No âmbito constitucional, o art. 5.º, XXXV, também dispõe que ‘a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. O direito de ação é, assim, o direito que as pessoas têm de exigir do Estado, por meio dos tribunais, a proteção e a garantia dos seus direitos subjetivos.” (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248).

³⁷¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 247 e 206/207.

³⁷² PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 169.

³⁷³ LUIGI FERRI vai além ao concluir que “poder de disposição” e “autonomia privada” formam o mesmo conceito. Nas palavras do autor: “Si se presta atención, se notará que la palabra poder es usada frecuentemente con referencia a los negocios jurídicos, en la expresión ‘poder de disposición’. Esto significa que en nuestra tradición la idea del poder no es en absoluto extraña a la idea de negocio y que es común la intuición de que el poder es un presupuesto subjetivo del negocio jurídico. Es verdad que entre los civilistas reina la máxima

É curioso observar que o interesse pelo estudo do tema da legitimidade não teve como ponto de partida o universo jurídico; na verdade, o instituto encontrou nas pesquisas sociológicas de MAX WEBER, mais especificamente no campo dos tipos de poder legítimo e de dominação, áreas férteis para seu desenvolvimento³⁷⁴.

E, nessa esfera, a legitimidade, tal qual a legalidade, representam atributos do poder. Para os fins do presente estudo é preciso diferenciar, ainda que de forma sumária,

discordancia sobre el concepto del poder de disposición. Un recorrido a las opiniones más corrientes nos dará la prueba evidente de una absoluta falta de puntos de convergencia en la doctrina. Hay quien sostiene que tal poder es manifestación de la capacidad jurídica; quien sostiene que de la capacidad de obrar; quien piensa que está incluido en el derecho subjetivo, que es anterior a éste; quien hace de él un poder general, un poder propio y exclusivo de sujeto dirigido hacia un determinado derecho; quien lo considera antecedente únicamente de los contratos con eficacia real; quién también de los contratos meramente obligatorios; en fin, quien no lo considera verdadero poder, sino mera posibilidad objetiva o de hecho. Pienso que esta desorientación es el resultado de la falta de una precisa noción jurídica de autonomía privada. Para mí, poder de disposición y autonomía privada son el mismo concepto. Estoy de acuerdo plenamente con Santoro-Pasarelli en el punto de que el negocio jurídico es, por su naturaleza, dispositivo y no puede ser otra cosa que dispositivo, y lo es, para mí, precisamente porque es un acto de ejercicio del poder de disposición; esto es, de la autonomía privada. Señalo, incidentalmente, que también en la doctrina alemana autorizados escritores usan la palabra *Vertügensmacht*, que es la traducción de nuestra expresión poder de disposición, precisamente con el significado de autonomía privada. Es conveniente hacer notar que, cuando la doctrina corriente o el legislador afirman que no se puede ejercitar el poder de disposición sobre ciertos derechos, en sustancia lo que hacen es excluir tales relaciones y derechos del ámbito en que opera la autonomía privada: es la llamada ‘materia sustraída a la disponibilidad de las partes’ (asi expresamente en el artículo 2.969 C.c. italiano). Forman parte de esta materia los derechos de la personalidad, la relación de filiación legítima y natural, el vínculo conyugal y en general todos los status del derecho de familia; sobre ellos no puede ejercitarse el poder de disposición: así no se afirma generalmente y esto equivale a decir que la autonomía privada no actúa en este campo, que está excluida de él.” O autor refere, também, que a expressão ‘poder de disposição’ pode ser concebida em sentido mais limitado ou restrito, que também nos interessa, qual seja, uma espécie de “disponibilidade subjetiva relativa”: “La expresión ‘poder de disposición’ se emplea también en un sentido más limitado o restringido que el que acabamos de poner en evidencia. Se dice, por ejemplo, que Ticio no tiene el poder de disponer de un derecho, de una relación, pero no porque éstos correspondan a la ‘materia indisponible’, esto es, sean objetivamente indisponibles, sino porque Ticio no tiene *in casu* el poder de disponer de ellos. El legislador, en el artículo 1.192 C. c it [56] establece que el deudor no puede impugnar el pago realizado con cosas de las que no podía disponer. Es evidente que, empleado en este sentido, ‘poder de disposición’ no equivale a autonomía privada. La autonomía privada es un poder único, indivisible e intransmisible, que compete a todos los sujetos privados, y no tendría sentido decir que Ticio está provisto de este poder, mientras que Cayo no lo está. No hay, en resumen, tantas autonomías privadas cuantos son los sujetos privados o los objetos sobre los que puede ejercerse la autonomía privada. Por lo tanto, el concepto de poder de disposición, considerado en relación con sujetos determinados y con derechos también determinados, no es ya sinónimo de autonomía privada. El poder de disposición de Ticio es la cantidad de autonomía privada que Ticio puede válidamente ejercitar con actos negociales. El poder de disposición, en este sentido más restringido, se refiere a una disponibilidad subjetiva o relativa. Es el resultado de una especie de distribución de competencias dentro de la autonomía privada. A Ticio corresponde, como a todos los sujetos privados, el poder en que consiste la autonomía privada, pero las concretas manifestaciones deste poder están condicionadas en cada ocasión a determinadas circunstancias. Potencialmente Ticio puede realizar cualquier negocio jurídico; actualmente y en relación con una concreta situación histórica, la consunción válida de este o de aquel requiere la presente de ciertos presupuestos de hecho o de derecho. Ahora bien, decir que uno tiene el poder de disponer en este sentido más restringido equivale a decir que respecto de él se han producido aquellos presupuestos. Notemos incidentalmente que, tampoco en esta acepción más limitada, puede considerarse parte integrante del derecho subjetivo el poder de disposición; tal poder no es más que un reflejo o una proyección o especificación de la autonomía privada.” (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 299/306).

³⁷⁴ BOBBIO, Norberto. Sul principio di Legittimità. In: *Studi per una teoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 79-93, p. 79.

legitimidade de legalidade. Para tanto, deve-se perquirir o que é um ato conforme a lei, que pode apresentar duas dimensões: (I) o sujeito deve ter o direito de praticá-lo; (II) o sujeito que tem o direito de praticá-lo o faz dentro dos limites estabelecidos. Na primeira situação fala-se em legitimidade, isto é, a investidura jurídica do sujeito³⁷⁵ e sua titularidade para praticar o ato, enquanto na segunda tem-se a legalidade, ou seja, o exercício do poder nos limites definidos pela lei³⁷⁶⁻³⁷⁷.

No âmbito do Direito Privado, o desenvolvimento de uma teoria unitária em torno da legitimidade é recente e remonta à segunda metade do século XX³⁷⁸. Até então, a figura jurídica da legitimidade teve ampla utilização para a explicação e construção de soluções jurídicas para fenômenos diversos e esparsos relacionados ao direito civil (i.e., aquisição a *non domino*, pagamento, representação, contratos) e ao direito comercial (i.e., títulos de crédito), sendo que, na grande maioria das vezes, buscava-se uma forma de atuação da lei na tutela e na proteção dos interesses dos agentes e de terceiros³⁷⁹.

A legitimidade, nesse contexto, era tratada como uma mera qualidade que se acrescenta ao exercício do poder por um ente ou indivíduo, que emerge de uma fonte legal e se verifica na situação ativa de quem o exerce e na situação passiva de quem é afetado por seus efeitos, a qual deve ser concreta e específica. Dessarte, a legitimidade guardava na esfera jurídica, tal qual na sociológica, a estrutura qualitativa subjetiva ativa e passiva para o exercício do poder e a justificativa de respeito e obediência a comandos e ordens emanados de seus titulares³⁸⁰.

³⁷⁵ A expressão foi usada por MONACCANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 96.

³⁷⁶ Na visão de NORBERTO BOBBIO: “Quando si exige che un potere sia legittimo, si chiede che colui che lo detiene abbia un giusto titolo per detenerlo; quando si invoca la legalità di un potere, si chiede che venga esercitato giustamente, cioè in base a leggi stabilite. Il potere legittimo è un potere il cui titolo è giusto; un potere legale è un potere di cui è giusto l’esercizio.” (Cf. BOBBIO, Norberto. Sul principio di legittimità. In: *Studi per una teoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 79-93, p. 82).

³⁷⁷ O jurista italiano entende que há um paralelismo evolutivo entre os conceitos de legitimidade e de legalidade na teoria política e na teoria geral do direito, mais precisamente na construção de uma teoria do poder e na formação de uma teoria da norma. (Cf. BOBBIO, Norberto. Sul principio di legittimità. In: *Studi per una teoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 79-93, p. 79/82).

³⁷⁸ Como bem destaca DONALDO ARMELIN: “(...) enquanto todas as pessoas, ou, pelo menos, enquanto toda uma categoria de pessoas é, em tese, qualificada para se inserir na esfera subjetiva da situação ensejadora do surgimento de um direito subjetivo, apenas aquelas que efetivamente estão em tal esfera podem desfruir das potencialidades encarceradas no direito emergente da subsunção dessa situação à norma a contempla. Disso resultam categorias jurídicas afins, mas específicas, como a capacidade e a legitimidade, cuja importância no direito material, embora significativa, não tem sido tão enfatizada como no direito processual.” (Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 01/02). No mesmo sentido: DONATI, Antigono. *L’invalidità della delibera d’assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 126.

³⁷⁹ MONACCANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 94/96; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 10.

³⁸⁰ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 5. Sobre a relação entre legitimidade e os polos passivo e ativo de uma relação jurídica

Ocorre que o instituto apresenta contornos jurídicos adicionais muito bem descritos por DONALDO ARMELIN:

(...) no plano exclusivamente jurídico, tal legitimidade resulta de atribuição do sistema jurídico vigente e pressupõe não só a validade da norma jurídica de onde ela emana (...) como também a existência de uma situação de fato que, subsumida à norma atribuidora da legitimidade, propicie a outorga desta. Ademais, corresponde a uma qualidade no exercício de um direito, poder ou faculdade, qualidade essa agregada ao agente e decorrente da situação deste no sistema jurídico. Por essa razão a legitimidade não se cinge a setores isolados do direito, já que se encarta entre os fenômenos imanescentes à realidade jurídica, como é o relacionamento entre os polos ativo e passivo da norma jurídica, visto sob o enfoque da probabilidade de aceitação por este dos comandos resultantes da vontade daquele, ou, mais resumidamente, da eficácia de tais comandos³⁸¹.

Mais do que isso, DONALDO ARMELIN, após examinar as posições de FRANCESCO CARNELUTTI³⁸², J. LADARIA³⁸³ e LUIGI MONACCIANI³⁸⁴, conclui que a legitimidade é uma qualidade do sujeito atribuída pela lei tendo em vista uma relação jurídica anterior (e, portanto, prévia), que deve ser considerada no caso concreto pelo prisma subjetivo-objetivo. Nas palavras do autor:

percucientes são as lições de LUIGI MONACCIANI: “L’attitudine a costituire, mediante un negozio giuridico, una situazione giuridica su un determinato oggetto, è riconosciuta in linea di principio dalla legge solo a quei soggetti che sono già investiti, rispetto a quell’oggetto o a quel soggetto, di una situazione giuridica precostituita, che appunto li ‘legittima’ ad agire nel senso del mutamento giuridico voluto. L’esempio tipico è qui offerto dagli atti di trasferimento del dominio. E’ legittimato a vendere o a donare, con l’effetto di trasferire il dominio, e quindi di produrre in altri la situazione giuridica che si chiama proprietà, solo chi è già proprietario. Questa ipotesi deve essere generalizzata. L’attitudine soggettiva, in cui si concreta la legittimazione, ha sempre come suo presupposto una investitura giuridica precostituita, ossia l’attuale inserzione del soggetto in una situazione giuridica, più o meno piena, che rappresenta appunto la situazione legittimante, senza la quale l’atto non potrebbe essere efficacemente compiuto. Del resto, come si è accennato, lo stesso valore etimologico del termine legittimazione, chiarisce che legittimato è soltanto colui che si trova in grado di svolgere una certa attività o di ottenere un certo risultato, in forza di una situazione che la legge gli riconosce, e che soltanto dalla legge può essergli riconosciuta.” (Cf. MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 127).

³⁸¹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 06/07; MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 117.

³⁸² CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Rio de Janeiro: Âmbito cultural, 2006, p. 360-380.

³⁸³ Segundo o autor español que utiliza o termo “legitimación” e não “legitimidade”: “Para que un acto jurídico sea, sin embargo, eficaz no es suficiente que su autor tenga aptitud subjetiva para realizarlo (es decir, capacidad de obrar) sino que es también necesario que tenga el reconocimiento, otorgado por el Derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión. El reconocimiento de este poder recibe el nombre de legitimación. En principio, pues, podría ésta ser definida como el reconocimiento, hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado. La legitimación del autor constituye un presupuesto de eficacia del acto. (...) La legitimación deriva siempre de una específica relación del autor del acto con el objeto de éste y por lo tanto con la esfera jurídica sobre la cual debe desplegar sus propios efectos el acto mismo.” (Cf. CALDENTEY, J. Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952, p. 1, 2 e 4).

³⁸⁴ Como destacamos, o autor italiano visualiza a legitimidade como um pressuposto para que um determinado ato produza seus efeitos típicos, mas prefere falar em posição jurídica do titular do direito em vez de qualidade jurídica: “La legittimazione, intesa come necessario presupposto attraverso cui un atto consegue il suo effetto, in confronto ad un soggetto determinato, riposa su una situazione giuridica costituita anteriormente all’atto e all’effetto, ma connessa al medesimo oggetto su cui atto ed effetto incidono.” (Cf. MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 103).

A legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo ordenamento jurídico e exigível, como é óbvio, em se tratando de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o polo da relação jurídica em que se encontrem. Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição de uma relação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos³⁸⁵.

Percebe-se, portanto, que a qualidade para a prática de determinado ato decorre de uma situação jurídica fática da qual emerge a titularidade do sujeito, situação essa que não é apenas preexistente ao ato, mas constitui pressuposto jurídico para a origem dessa qualificação³⁸⁶. Assim, resta claro que a compreensão do conceito de legitimidade exige uma correlação direta entre o sujeito legitimado para praticar o ato e o seu objeto concreto, não sendo possível falar em legitimidade genérica para a prática de todos os atos da vida civil ou comercial, como ocorre com a capacidade³⁸⁷.

³⁸⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 11. Na visão de LUIGI MONACCANI, que adota a teoria geral do sujeito jurídico em contraposição à teoria geral do ato jurídico, entende que o centro do fenômeno jurídico da legitimidade está no sujeito, como autor, responsável pelo ato e destinatário dos seus efeitos. Esse ciclo compreende (I) a iniciativa e a ação do sujeito que se concretiza em um ato; (II) os efeitos jurídicos resultantes do ato; (III) a imputação dos efeitos ao sujeito. Em síntese, a legitimidade, como fenômeno jurídico, possui um ciclo de formação que inicia com a configuração do ato e termina com a produção de seus respectivos efeitos, representando o sujeito, nesse contexto, o centro de conexão entre esses dois pontos. No final do capítulo sobre a teoria geral da legitimidade, o autor italiano conclui seu raciocínio da seguinte forma: “Di legittimazione si potrà parlare, dunque, se ricorrono gli estremi seguenti: 1) Deve trattarsi di un requisito, mancando il quale un atto non produce le sue conseguenze (quanto meno le sue conseguenze più tipiche e più stabili). 2) Tale requisito no deve figurare tra gli elementi interni dell’atto, ma tra i suoi presupposti esterni, cronologicamente anteriori; e deve rappresentare una qualità del soggetto. 3) Questa deve essere una qualità che il soggetto assume in forza di una situazione in cui egli si trova già inserito, situazione contraddistinta da un doppio carattere: (a) è relativa all’oggetto o all’altro soggetto dell’atto; b) è giuridicamente qualificata, e concreta una vera e propria titolarità, sia pure di un diritto non pieno. Tale doppio carattere ocorre e basta per distinguere legittimazione e capacità di agire. La questa ultima invece concreta una qualità soggettiva intrinseca e non di relazione, naturale e non meramente giuridica.” (Cf. MONACCANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 108, 114, 151).

³⁸⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 12.

³⁸⁷ LUIGI MONACCANI aprofunda os critérios que distinguem legitimidade e capacidade, analisando os binômios jurídico-natural, intrínseco-relativo e genérico-específico, além do fato de a capacidade ser considerada pressuposto de validade do ato e a legitimidade como pressuposto de eficácia. Nas palavras do autor italiano: “Il più importante criterio di distinzione si trova in ciò, che la legittimazione, come la parola stessa dice, fa capo ad una situazione giuricamente qualificata del soggetto, se pure non sempre costituente un diritto soggettivo pieno; la capacità invece deriva da una mera situazione naturale: età, sesso, salute física o mentale, e così via. Inoltre, la situazione legittimante è connessa all’atto a cui si riferisce e su cui l’effetto dovrà prodursi; invece, la situazione a cui si richiama la capacità, rappresenta una qualità o modalità del soggetto, assoluta, intrínseca, non relativa all’atto ed al suo oggetto, ma suscettibile di essere presa in sè e considerata astrattamente. I due criteri differenziali, così definiti, riconducibili rispettivamente ai binomi giuridico-naturale e assoluto-relativo, sono del tutto indispensabili per distinguere legittimazione e capacità, e debbono costituire gli obbiettivi e i punti di mira di ogni tentativo di determinare teoricamente la categoria generale della legittimazione. Un esame a parte richiede poi un terzo criterio differenziale, che pure emerge costantemente dai passi citati. Questo terzo criterio si fissa nel binômio generale-speciale. La capacità, si dice, è una qualità generale del soggetto; la legittimazione è invece una qualità e posizione speciale che egli assume rispetto a determinati interessi, beni, persone. (...) La distinzione stessa allora andrebbe tracciata nel modo che segue. La

Dessarte, a legitimidade, como tal, resulta da conjugação da situação subjetiva do sujeito e da qualidade do objeto do ato jurídico tutelado pelo ordenamento, sendo a ineficácia a sanção jurídica para a prática de um ato jurídico por um sujeito ilegítimo, isto é, sem o devido título, não se confundindo os conceitos de ineficácia e invalidez³⁸⁸⁻³⁸⁹.

capacità dia gire è um requisito di carattere fondamentalmente unitario, comune a tutti gli atti giuridicamente rilevanti o, quanto meno, a vastissime categorie di atti in modo indiscriminato ed omogeneo: essa è perciò costante, e denota caratteristiche soggettive che sono sempre le medesime per ogni fattispecie. In contrapposto, la legittimazione risulta essere un requisito, riferibile solo agli effetti di un atto determinato o di una determinata classe di atti. Essa varia di atto in atto e da soggetto a soggetto, ed ha pertanto sfera di influenza essenzialmente speciale, così come la capacità avrebbe sfera di influenza essenzialmente generale. (...) La dottrina, però, ha fatto minore attenzione ad un altro punto di differenza fra le due figure, che riguarda il loro diverso modo di influire sulle sorti dell'atto giuridico. Nel nostro diritto positivo, la mancanza di capacità non rende nullo l'atto, ma soltanto lo rende annullabile, per l'impugnativa dell'interessato. La possibilità dell'annullamento accusa quella situazione patologica dell'atto che un'autorevole dottrina chiama invalidità. L'atto non annullabile è valido; la capacità si configura pertanto come presupposto di validità. La legittimazione invece, almeno normalmente, ha un grado più intenso di influenza sulle sorti dell'atto. La sua mancanza, priva l'atto degli effetti tipici ch'esso era destinato a produrre: ciò si esprime dicendo che la legittimazione è presupposto di efficacia." (Cf. MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 104-109). Entre nós, DONALDO ARMELIN elenca três principais diferenças entre as figuras jurídicas da capacidade e da legitimidade. Em primeiro lugar, ressalta que a ausência de capacidade afeta intrinsecamente o ato, eivando-o de nulidade, enquanto a ilegitimidade do agente repercute apenas nos efeitos do ato, inibindo a regular produção destes. Por meio desse critério entende-se que a legitimidade constitui um pressuposto dos reflexos do ato no mundo jurídico, mas não da sua essência. Em segundo lugar, a capacidade é tida como genericamente outorgada a todos os que cumprem suas exigências, ao passo que a legitimidade é essencialmente específica, pois restrita ao objeto do ato a ser praticado pelo sujeito legitimado. Em razão disso, fala-se que a vinculação da legitimidade ao objeto do ato jurídico lhe remove a generalidade que caracteriza a capacidade. Por fim, enfatiza-se que a capacidade é um atributo jurídico outorgado à pessoa em virtude de suas qualidades eminentemente naturais, enquanto a legitimidade emerge de circunstâncias estritamente jurídicas, como a titularidade de um direito ou a posição dentro de uma relação jurídica. Para aprofundamento de tais diferenciações, ver: ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 14-20.

³⁸⁸ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 12/13. No mesmo sentido: MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 109; CALDENTEY, J. Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952, p. 3. Ao tratar dos limites da autonomia privada, LUIGI FERRI assevera sobre o papel da legitimação – termo utilizado pelo autor – no contexto do poder atribuído às partes para regulação de seus interesses: “El problema de la repartición, entre los individuos, del poder en que consiste la autonomía privada, no es un problema que se refiera a los límites de ésta, sino que concierne a los límites de una figura subjetiva diversa: la legitimación. Parece evidente que los límites de la autonomía privada, siendo ésta un poder atribuído por normas no negociales, no puede depender más que de tales normas; sólo ellas pueden ampliar o restringir el campo de la autonomía privada. En contraposición, la legitimación de cada sujeto depende de la extensión de su patrimonio, y por lo tanto puede ser ampliada o restringida mediante la realización de negocios jurídicos que vengán a incidir sobre el patrimonio, es decir, mediante el ejercicio de la autonomía privada. Sería absurdo que mediante el ejercicio de un poder que les ha sido atribuido (es decir, con actos de autonomía privada), los sujetos pudieran ampliar o restringir el campo de acción de éste. Si yo vendo la cosa de un tercero no traspaso los límites fijados a la autonomía privada, sino que realizo un acto para el que no estoy legitimado, y la diferencia no es solo teórica, sino de gran importancia práctica, porque desbordar el campo de la autonomía privada produce siempre invalidez insanable del negocio jurídico; por el contrario, la falta de legitimación regularmente produce una forma de invalidez menos grave porque es normalmente eliminable por ratificación y confirmación del interesado. Parece claro que, con su intervención, el interesado no alza un límite de la autonomía privada, sino que suple mi falta de legitimación. La intrusión en la esfera jurídica ajena no comporta, pues, violación de los límites de la autonomía privada.” (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 100/101).

³⁸⁹ Ao tratar da perda de juridicidade do fato jurídico, PONTES DE MIRANDA assevera que: “Entrar é ‘existir’ no mundo jurídico. O suporte fático precisa ser suficiente para que sobre ele incida a regra jurídica (= entre aquele, como fato, no mundo jurídico). Mas pode ser suficiente e ser deficiente. Faltou algum elemento

Ora, a legitimidade, tida como qualidade do sujeito decorrente da posição jurídica que ocupa, ou melhor, “idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato”, é naturalmente restrita a determinadas situações e atribuições, respeitada a posição do sujeito legitimado na relação jurídica subjacente – aquela que o qualificou para a prática de uma ação. A doutrina suscitou dúvidas acerca da natureza e da origem de tais limitações, concluindo no sentido de que tanto as intrínsecas quanto as extrínsecas têm conteúdo jurídico, produzem os mesmos efeitos e, se violadas, geram a ineficácia dos atos praticados³⁹⁰.

Nesse particular, concorda-se com DONALDO ARMELIN no sentido de que a legitimidade deve ser examinada sob o espectro positivo, ou seja, pela extensão das suas atribuições e não pelo negativo, isto é, na perspectiva das suas restrições ou vedações³⁹¹. A verificação da existência ou não de legitimidade do agente deve ocorrer no momento em que o sistema lhe garante idoneidade para a prática de determinado ato aliada à concomitante inexistência de vedação legal, negocial ou judicial, que pode resultar de circunstâncias supervenientes ou preexistentes³⁹².

complementante ou pressuposto de validade. Consequência: nulidade ou anulabilidade. A ineficácia pode depender, ou não, da não validade. Não há confundirem-se invalidade e ineficácia. O negócio jurídico pode ser válido e ineficaz; pode não ser válido e ser eficaz. A ineficácia do negócio jurídico nulo, totalmente ineficaz, não é diferente da ineficácia do negócio jurídico válido, totalmente ineficaz; porém, este não pode ser desconstituído e pode tornar-se eficaz, ao passo que aquele nunca o será. Salvo regra jurídica especial que lhe apague a nulidade, o que é difícil de ocorrer sob a Constituição de 1946, art. 141, § 3.º.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 115).

³⁹⁰ Vejam-se, por exemplo, as perquirições de DONALDO ARMELIN: “(...) essa limitação está ínsita na própria relação legitimante, ou resulta de normas impostas cogentemente, vedando a prática de determinados atos da posição em que se encontra o agente? Por outro lado, normas proibitivas de legitimação de determinados agentes para certos casos integram o instituto da legitimidade, ou são fatores exógenos a esse instituto? Da mesma forma, não havendo vedação na relação legitimante para a prática de determinado ato, por isso só, está o titular dessa relação legitimado para tanto? Ou seja, vale na legitimidade a assertiva kelseniana: o que não é proibido é permitido? Qual a distinção entre proibições ínsitas na própria relação legitimante e outras concernentes à pessoa (em certas situações) e ao objeto (em outras), impostas por regras jurídicas alheias à relação legitimante?” (Cf. ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 20).

³⁹¹ Mais uma vez lúcidas são as lições do referido processualista: “Somente pelo simples fato de não ser expressamente proibido na situação legitimante determinado ato, não decorre, daí, que o agente esteja legitimado para tanto. Ou melhor, vige a norma: tudo o que não é atribuído como poder jurídico não está legitimado. Ocorre, algumas vezes, que, mesmo sendo atribuída a um sujeito legitimidade para a prática de um ato, essa legitimidade vem a ser retirada em função de circunstâncias diversas. Seja convencionalmente, quando o sujeito abdica, numa avença, de seu poder de disposição, seja porque, ingressando em outra relação jurídica, surge, em razão desse ingresso, a proibição da prática do ato, seja, ainda, por disposição judicial, nas medidas de constrição judicial onde o poder de disposição é coarctado na sua eficácia para assegurar a eficiência da atividade jurisdicional.” (Cf. ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 20).

³⁹² ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 21. O autor cita como exemplo as limitações impostas ao tutor que está proibido de dispor a título gratuito de bens do menor tutelado (Art. 428, II, do Código de 1916 – atual art. 1.749 do CC/02).

É possível falar, então, no princípio jurídico da legitimidade, inerente ao titular de um direito subjetivo, e pressuposto básico para a disposição eficaz de direitos inerentes a tal situação jurídica. Nas palavras do italiano LUIGI MONACCIANI:

(...) l'astratta facoltà di disposizione, contenuta nel diritto soggettivo, si puntualizza solo in relazione alla indispensabile attitudine soggettiva del titolare del diritto, ossia in relazione alla legittimazione, mancando la quale, l'atto di trasformazione, pur posto in essere dallo stesso titolare, sarebbe privo tuttavia degli effetti tipici che esso era destinato a produrre. (...) Insomma, si deve ritenere che, per disporre efficacemente di un bene, è necessaria e sufficiente la legittimazione ad agire. (...) che la legittimazione ad agire, nella sua accezione ordinaria, è il riflesso dinamico della titolarità del diritto soggettivo³⁹³, concretando essa per definizione proprio questo aspetto della realtà giuridica³⁹⁴.

Mas não apenas isso:

(...) la legittimazione si configura come una potenzialità o attitudine soggettiva, in forza della quale il soggetto, in una situazione giuridica precedente, è in grado di ottenere da un certo atto o negozio una situazione giuridica ulteriore. Nella legittimazione, dunque, codesta peculiare attitudine del soggetto si pone come un ponte tra due situazioni giuridiche: l'una precedente, che costituisce la fonte di legittimazione, e che noi chiameremo situazione legittimante; l'altra successiva, che il soggetto vede prodursi dopo il compimento dell'atto, e che chiameremo situazione legittimata. Questa caratteristica connessione in cui l'attitudine soggettiva pone due situazioni giuridiche, legittimante e legittimata, deve considerarsi come uno dei criteri di diagnostici più generali e sicuri per individuare la nostra categoria nei casi concreti³⁹⁵.

Não se deve confundir, no entanto, legitimidade com poder de disposição. Para J. LADARIA, por exemplo, o poder de disposição representa o fundamento da legitimidade³⁹⁶. Sem embargo, mais correta nos parece a visão de LUIGI MONACCIANI, com base nas lições de ANGELO FALZEA³⁹⁷, no sentido de que o poder de disposição de um indivíduo tem como

³⁹³ O civilista espanhol J. LADARIA CALDENTEY também destaca a relação existente entre legitimidade, direito subjetivo e categorias afins, destacando a capacidade de agir. “Legitimación es el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo. Esta ‘posibilidad de obrar’ es unas veces un derecho subjetivo, y otras, una facultad o un poder jurídico de realizar el acto de que se trate.” e “El poder de disposición supone un derecho subjetivo de cuyo contenido forma parte.” (Cf. CALDENTEY, J. Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952, p. 11).

³⁹⁴ MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 162-164, 171.

³⁹⁵ MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 152.

³⁹⁶ Nas palavras do autor: “Qué relación existe entre el poder dispositivo y la legitimación? Aquél es la relación concreta de un sujeto con el derecho subjetivo del que es titular, en virtud de la cual puede realizar actos de disposición sobre el mismo derecho. Constituye, pues, el fundamento de la legitimación para realizar, en nombre propio, actos dispositivos que afecten al patrimonio del que se es titular. Es, en definitiva, el fundamento de la legitimación directa para disponer.” (Cf. CALDENTEY, J. Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952, p. 26).

³⁹⁷ Na visão de ANGELO FALZEA, que influenciou profundamente o pensamento de MONACCIANI, a legitimidade para realizar um ato de disposição depende do preenchimento de alguns pressupostos pessoais, que são a titularidade do sujeito com relação ao direito ou sua posição jurídica privilegiada com relação a determinado objeto. Nas palavras do autor: “Si può ad ogni modo formulare una regola generale, con cui vengono determinati i presupposti di ogni atto di disposizione, nel senso che il soggetto al quale è riconosciuta

pressuposto necessário sua legitimidade para agir – situação legitimada –, que, por sua vez, decorre de uma posição jurídica subjetiva prévia – situação legitimante – desse mesmo sujeito com relação ao objeto e com o poder de dispor de um direito próprio, geralmente concretizada na titularidade do direito. Conclui-se, portanto, que não há poder de disposição sem a comprovação da legitimidade do titular da situação subjetiva ativa ou do direito subjetivo em questão para dele dispor³⁹⁸⁻³⁹⁹.

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO destaca as espécies de legitimidade – diferenciamos-as da capacidade –, com especial destaque para a “legitimidade – fator de eficácia”, relacionada à inaptidão ou impedimento do sujeito para praticar eficazmente certos atos⁴⁰⁰:

(...) sobre a legitimidade é preciso ter cuidado: uma vez esclarecido que ela difere da capacidade, porque esta depende de condições pessoais, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condição de *status*), enquanto aquela depende de relações jurídicas, temos que distinguir duas espécies de legitimidade. Há uma que podemos chamar de “legitimidade – requisito de validade”, que age sobre a validade do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar com validade um negócio jurídico; ela existe, malgrado uma relação jurídica anterior. A outra, que podemos chamar de “legitimidade – fator de eficácia”, é que, de fato, age sobre a eficácia do negócio. Esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe por causa de uma

la capacità di porre in essere determinati atti, può con essi legittimamente disporre soltanto dei diritti propri, od in generale di quei diritti nei confronti dei quali si trova in una posizione giuridica tale che gli conferisca la possibilità di disporre. La legittimità di un atto di disposizione è quindi condizionata all'esistenza di alcuni determinati presupposti personali, ed es. posizione del soggetto in quanto titolare di un diritto, o in quanto si trovi in una particolare posizione nei confronti di determinato oggetto (così nel diritto cartolare in cui la semplice detenzione del titolo di credito, quando ricorrano i requisiti della investitura formale, conferisce al soggetto la possibilità di esercitare il diritto di credito), o con altri soggetti”. È chiara quindi la distinzione tra legittimazione a disporre e titolarità, perchè quest' ultima costituisce una delle possibili fonti della prima: cosicchè può esistere la legittimazione a disporre e mancare la titolarità del diritto di cui si dispone e, reciprocamente, si può essere titolare di un diritto soggettivo e non possedere la legittimazione a compiere su di esso atti di disposizione (così il proprietario del titolo di credito di cui non sia detentore, non è legittimato nell'esercizio del diritto di cui il titolo fa prova).” (Cf. FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 197).

³⁹⁸ Nas palavras de MONACCANI: “Il che conferma che tutto il processo di formazione della nostra categoria è informato a quel principio assai bene enunciato dal Falzea, già da noi richiamato, per cui soltanto il titolare del bene o chi è inserito rispetto ad esso in una specifica situazione giuridica, giammai quindi di fato, aparente e così via, può essere legittimato ad agire nei suoi confronti.”. (Cf. MONACCANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 128). No mesmo sentido, SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*. Milano: Giuffrè, 1944, p. 112/113; THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo*. Trad. Alessandro Levi. 2. ed. Padova: Cedam, 1951, p. 319-320.

³⁹⁹ Já para LUIGI FERRI o poder de disposição decorre do direito subjetivo assim como dele decorre também o poder de criar normas jurídicas. (Cf. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 49).

⁴⁰⁰ Sobre o tema: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164; RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 118.

relação jurídica anterior. Exemplo do primeiro caso tem-se na hipótese de ascendente, que, devido à relação jurídica de parentesco em linha reta, não pode vender bens aos descendentes (art. 1.132 do CC). Graças, porém, ao consentimento dos outros descendentes, adquire ele legitimidade para fazê-lo (legitimidade – requisito de validade). Exemplo do segundo caso tem-se na hipótese do mandatário que recebeu poderes do mandante para vender bens, doar, transigir etc. e que, então, realiza um desses negócios jurídicos; sua legitimidade resulta, aí, de uma relação jurídica (mandato) (legitimidade – fator de eficácia).

Porque no primeiro caso a legitimidade é obtida, apesar de uma relação jurídica anterior, e, no segundo, por causa de uma relação jurídica anterior, muitas vezes se diz que a legitimidade ora se apresenta sob um aspecto negativo, ora sob um aspecto positivo. De fato, quando se trata de legitimidade-requisito de validade, é a existência de uma relação jurídica que impede a realização (válida) do negócio, e quando se trata de legitimidade-fator eficácia, é a inexistência de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio. O que há de comum entre as duas espécies de legitimidade é que ambas dizem respeito a uma relação jurídica⁴⁰¹.

Como veremos na Parte II, Capítulo II deste estudo, o tema da legitimidade e do poder de disposição têm capital relevância na esfera societária, particularmente no que se refere à impossibilidade de a sociedade modificar, alienar ou suprimir direitos inderrogáveis dos acionistas ou, ainda, de terceiros. O tema foi um dos cernes da teoria desenvolvida por ANTIGONO DONATI ao tratar da invalidade das deliberações assembleares, cujas palavras nos servem de apoio:

A prescindere da altre applicazioni in tema di società, il concetto di legittimazione sotto l'aspetto del potere di disposizione può a mio avviso essere particolarmente fertile per la teoria dell'invalidità delle deliberazioni di assemblea che violano i diritti dei terzi o quelli inderogabili dei soci, cioè ne dispongono modificandoli, alienandoli o sopprimendoli, ovvero costituiscono per i soci o per i terzi nuovi o ulteriori obblighi⁴⁰².

⁴⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58-59.

⁴⁰² DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 129.

PARTE II – SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS

CAPÍTULO I – TIPOS SOCIETÁRIOS E REGIME JURÍDICO

No elenco das instituições jurídicas que modelaram a economia moderna, nenhuma sobreleva em importância as sociedades anônimas. Elas representam o grande modelo de negócio voltado para a exploração de atividades econômicas em mercado, em pequena, média e grande escala. Uma concisa análise da sua evolução histórica⁴⁰³ (que será realizada no item “2”, alínea “a”) será suficiente para evidenciar que elas foram concebidas e estruturadas para captar a poupança popular e alocá-la em grandes empreendimentos, impulsionando o desenvolvimento econômico, sendo seu diploma legal caracterizado, pela doutrina especializada, como o “direito constitucional da atividade econômica”⁴⁰⁴.

A complexidade da vida econômica globalizada, com operações e transações financeiras realizadas em curtíssimos espaços de tempo, frequentemente integradas por sociedades empresárias multinacionais com interesses múltiplos e, no mais das vezes, divergentes entre si, exige um corpo de regras robustas que outorgue um grau mínimo de segurança jurídica ao mercado, disciplinando tais relações com eficiência e eficácia.

Há, nesse particular, pelo menos duas perspectivas possíveis: a econômica e a jurídica. Se do ponto de vista econômico, a assunção e a exposição ao risco, a análise de custos e o profissionalismo do agente são elementos centrais à organização empresarial⁴⁰⁵, numa visão jurídica a construção de um modelo negocial que respalde a exploração de atividades econômicas complexas é pressuposto indispensável dessa equação. Nessa lógica, quanto maior a complexidade e o volume de investimentos, maior será a exigência de um modelo organizacional completo, capaz de limitar o risco da atividade e reduzir os custos

⁴⁰³ Há diversos estudos que examinam a perspectiva histórica do direito comercial, incluindo as sociedades anônimas. Na doutrina estrangeira, quatro deles merecem destaque: GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Milão: Torino, 1913; REHME, Paul. *História universal del derecho mercantil*. Trad. de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941; GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Il Mulino: Bologna, 2010; SCIALOJA, Antonio. Sull’ origine delle società commerciali. *Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 225-248. Entre nós: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*, Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 27-105; ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947.

⁴⁰⁴ A expressão é atribuída ao Italiano TULLIO ASCARELLI por BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2 e por FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A (e outros escritos sobre conflito de interesses)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 56.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, ver: SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 99, 2004, p. 283-302; _____. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

inerentes a ela, garantindo a reunião harmônica de diferentes agentes econômicos e de seus mais diversos interesses.

As formas ou tipos societários servem a esses propósitos. Resultantes de um processo de evolução histórica (com maior tenacidade nas Idades Média e Moderna) impulsionado por razões multifacetárias (e.g. econômicas, sociais, jurídicas e políticas) e contando com intensa participação da autonomia privada dos agentes, os tipos surgiram do aprimoramento e do ajuste do modelo de contrato de sociedade desenvolvido pelos direitos romano e medieval aos interesses e necessidades dos agentes econômicos⁴⁰⁶. Dentre o rol de tipos de sociedades disponibilizados pelo legislador, interessa-nos o estudo de um em especial, o das sociedades anônimas fechadas.

1. Tipo societário: conceito e função

Ao decidirem constituir uma sociedade para explorar determinada atividade econômica, uma das primeiras decisões dos agentes é escolher o modelo jurídico que lhes dará o devido respaldo, com base, por exemplo, na estrutura organizacional do negócio, no regime de responsabilidade dos sócios, nas regras de governança, nos direitos e deveres de cada participante, na forma de aporte dos recursos econômicos necessários, entre outros.

O conjunto de regras que regulará essas questões está previsto em modelos de negócios tipificados na lei chamados de tipos societários. Deve-se entender o termo tipo⁴⁰⁷,

⁴⁰⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 173.

⁴⁰⁷ O termo *tipo* tem origem no grego *typos* (i.e., forma, sinal, símbolo), que, para o vernáculo, quer dizer “aquilo que inspira fê como modelo; coisa que reúne em si os caracteres distintos de uma classe; símbolo (...) exemplar, modelo (...) padrão de descrição original de uma espécie” ou “coisa ou modelo que possui caracteres distintivos de uma classe, um grupo (...), conjunto de traços característicos de um grupo ou região (...) que indicam a qualidade de um produto”. Em linguagem leiga, o termo é empregado no sentido de modelo, padrão, exemplar, revelando a qualidade de determinado produto, pessoa ou região que, estabelecido ou instituído dentro de uma regular padronização, serve de modelo para classificar as coisas da mesma natureza, conforme o padrão adotado. Nesse sentido, o tipo indica a forma, a qualidade e as condições preestabelecidas para a classificação de algo. Sendo a palavra “tipo” um substantivo masculino, cuja função gramatical é designar um ser, uma coisa ou substância que contenha determinadas características, o adjetivo “típico” busca indicar um atributo a esse substantivo, caracterizando-se, efetivamente, como algo que contém traços peculiares, comuns, inerentes a determinado grupo ou categoria de coisas ou de pessoas. Evidencia-se o fenômeno qualificado como típico no fato de determinadas características se repetirem, de forma mais ou menos igual, sempre e quando se reunirem determinadas circunstâncias, de tal modo que se afirma ser típico aquilo que se espera segundo o curso natural (normal) ou que ocorre naquelas circunstâncias. Logo, típico significa, também, a verificação e determinação de certo número de elementos ou propriedades características, capazes de indicar ou identificar uma figura em sua totalidade e que, mesmo quando nem todos os elementos ou propriedades estão presentes em determinada situação, permitem identificar o fenômeno com o modelo representativo da reunião daqueles atributos e exercendo a mesma função. O adjetivo “atípico”, em contrapartida, é tudo aquilo que, de uma forma ou de outra, escapa ao típico, ao curso regular e normal dos fatos. No linguajar técnico-jurídico, o termo recebe diferentes acepções, variáveis segundo a seara na qual é utilizado (tributária, penal, societária, contratual, entre outras). (Cf. BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Objetiva, 2010, p. 957). HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.020; PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. atual.

em uma acepção simples e objetiva, no sentido de modelo ou estrutura, como um esquema definido por um conjunto de regras (legais ou costumeiras) que descrevem ou definem uma organização negocial à qual se ligam determinados efeitos também previstos na lei ou pelo uso⁴⁰⁸.

O tipo contratual é, portanto, um modelo estrutural definido pela lei que as partes elegem para a realização de um negócio⁴⁰⁹. No âmbito das sociedades⁴¹⁰, eles outorgam ao empreendedor opções normativas para estruturar legalmente a empresa (no seu perfil funcional – como atividade econômica⁴¹¹), traçando a espinha dorsal do empreendimento, assegurando a organização⁴¹² e a alocação dos recursos no mercado.

A evolução histórica dos tipos societários evidencia que a construção teórica resulta da necessidade prática de encontrar soluções para determinadas condições conjunturais

por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 487; SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10.

⁴⁰⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 659; SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11; CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 197.

⁴⁰⁹ A disciplina dos contratos típicos está relacionada à regulação de operações econômicas que ocorrem mais frequentemente em certa coletividade. Contratos concretos, regulados por um complexo de regras próprias, em conformidade com o modelo legal, são classificados como contratos típicos ou tipos. São geralmente designados por um nome específico, identificador da operação econômica. Os diferentes tipos de contratos legalmente regulados distinguem-se entre si com base em critérios múltiplos, que podem variar em relação às partes, à natureza do bem objeto do contrato, ao conteúdo, à natureza das prestações, ao tempo e à forma de aperfeiçoamento. (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 6 e 53). Vale consignar, no entanto, que tipicidade não é sinônimo de completude. Os tipos contratuais são, também, incompletos. Sobre o tema, ver: SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2006, p. 171-179, p. 176; SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 283-302, p. 293.

⁴¹⁰ Nesse espectro, o tema foi amplamente estudado na doutrina espanhola (GANDARA, Luis Fernandes de La. *Atipicidad en derecho de sociedades*. Madrid: Pórtico, 1977), italiana (SPADA, Paolo. *La tipicità delle società*. Padova: Cedam, 1974) e argentina (MARSILI, María Celia. *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003). Entre nós merece destaque a tese de livre docência de: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁴¹¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, out./dez. 1996, p. 108-126.

⁴¹² Sobre a relevância do elemento organizativo na formação do tipo, destaca DIEGO CORAPI: “L’intervengo del legislatore per caratterizzare il tipo negoziale si esplica quindi sull’organizzazione (disciplinata in generale ed in astratto) che è elemento strutturale del contratto associativo. Non potendo intervenire direttamente sulle singole manifestazioni concrete dello svolgimento dell’attività, il legislatore opera sulla struttura organizzativa e ne sancisce i caratteri: in questo modo, attraverso la predisposizione del contenuto delle norme organizzative, determina il tipo negoziale.” (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 125).

socioeconômicas⁴¹³, constituindo, ao fim e ao cabo, um verdadeiro sistema de sociedades⁴¹⁴. A dinâmica, o grau de exigência e a intensa concorrência do mercado (dentre muitos outros fatores) fizeram com que a busca por modelos legais adequados à exploração da atividade econômica desenvolvida pelo agente se tornasse condição indispensável para o sucesso do empreendimento (e dos próprios tipos societários, o que, para alguns, veio a culminar com o seu desaparecimento).

A causa que motiva as partes a celebrarem um contrato de sociedade é clara: a exploração de uma atividade econômica em comum com fins lucrativos⁴¹⁵. Em uma perspectiva econômica, a adoção dos tipos legais em matéria societária tem direta relação com a função econômica exercida por esse ramo jurídico, qual seja: reduzir os custos de contratação/transação dos agentes⁴¹⁶ na escolha de um modelo jurídico para a exploração de

⁴¹³ Vale notar que as regras responsáveis pelo completamento dos tipos societários variam de acordo com o momento histórico. Por exemplo, nas formas contratuais medievais e modernas a preocupação era garantir a responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios, como técnica de limitação do risco do credor (e não do sócio). Consistentes, nesse sentido, são as lições de RACHEL SZTAJN: “No desenho das normas aplicáveis às sociedades comerciais de mais antiga formação, objetivando a proteção da circulação do crédito, o completamento do contrato vinha ligado às regras de responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios, todos ou alguns, em geral os administradores da sociedade. A constrição imposta ao sócio, cujo patrimônio poderia ser afetado por decisões relativas ao exercício da atividade, servia para impor conduta cautelosa, ao mesmo tempo em que favorecia consultas permanentes entre os membros das sociedades. Ademais, o sistema de administração era o auto-organicismo, isto é, administradores deveriam ser, necessariamente, membros da sociedade. Ao auto-organicismo acrescia o dever de prestar contas, de sorte que eventual discordância quanto às decisões tomadas por esses sócios administradores pela maioria dos demais, estranhos à administração, culminava na sua destituição da função, além de serem acionados mecanismos de imputação pessoal, com o que os freios de certas decisões estavam postos e, em boa medida, podiam ser considerados adequados para o completamento do contrato na superveniência de eventos que pudessem afetar obrigações e direitos dos membros, ainda que indiretamente.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Sociedades e contratos incompletos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2006, p. 171-179, p. 178). Já os modelos societários mais recentes, como a sociedade anônima e a sociedade limitada, evidenciam uma verdadeira batalha pela limitação da responsabilidade dos sócios, apesar da reticência do legislador em admiti-la de forma mais abrangente, e pela estrutura organizativa do novo ente. Nessa toada, a dinâmica dos negócios demonstra que as grandes empresas não adotam as formas mais primitivas; os tipos societários que criam expressos entraves à exploração de negócios ou que, de maneira omissiva, deixem de criar incentivos ao empreendedorismo são esquecidos pelos agentes econômicos, a ponto de se tornarem verdadeira letra morta na legislação. Da mesma forma, a criação de estruturas jurídicas confusas, de difícil interpretação pelos agentes, pelo Poder Judiciário ou juízo arbitral gera insegurança jurídica e também contribui para o abandono do modelo proposto. O sucesso do tipo societário está diretamente relacionado à sua aderência à realidade de necessidades dos empreendedores.

⁴¹⁴ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. VI; ASCARELLI, Tullio. *Panorama de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 24.

⁴¹⁵ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 144. Apesar de o Código Civil Brasileiro (ao contrário do que fez o italiano e o francês) não ter elencado a causa como um dos elementos/requisitos de existência ou validade dos atos ou negócios jurídicos, não se pode abrir mão dela para compreender e explicar a estrutura ou finalidade do contrato ou da obrigação. Sobre o tema, ver recente estudo de: SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e causa. A teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

⁴¹⁶ Para os fins deste estudo, adotaremos a seguinte concepção de custos de transação: “Consideram-se custos de transação aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança

seu negócio, fornecendo estruturas normativas capazes de preencher, de forma eficiente, as lacunas contratuais que os sócios não puderam completar de forma antecipada, seja em razão da sua racionalidade limitada, seja pelo alto custo que a negociação dessas cláusulas acarretaria à operação⁴¹⁷.

Não há dúvida de que os tipos societários cumprem essa função, representando, assim, uma solução *ex ante* para o problema da organização jurídica do negócio, sendo ofertados aos agentes econômicos preliminarmente ao início da exploração da atividade econômica desejada⁴¹⁸. A escolha do modelo jurídico será determinante na resolução de problemas contingentes advindos na vigência da contratação, sendo que, em situações excepcionais (que geralmente envolvem operações societárias tais como fusão, cisão, incorporação, transformação), eles representarão alternativas *ex-post* para a reorganização do negócio societário⁴¹⁹.

Os vários tipos de sociedades empresárias se relacionam tipologicamente em um mesmo plano horizontal, sendo possível dizer que o conceito geral de sociedade, anteriormente examinado, constitui o vértice de uma pirâmide que tem como base as sociedades singularmente consideradas⁴²⁰. Resta investigar, agora, qual foi o sistema legal

quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou inadimplemento imperfeito; a relação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, eu desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes. Também sevem ser incluídos movimentos que se sigam à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação do seu crédito”. (Cf. SZTAJN, Rachel. A Incompletude do Contrato de Sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 283-302, p. 284). Importante perceber, também, a possibilidade de utilizar a noção de custos de transação como meio ou forma de precificar incertezas. Nesse sentido, a relevância desse conceito tem impacto direto na seara jurídica, inclusive arbitral, na medida em que interessa aos juristas e operadores do direito se os agentes econômicos consideram tais dispêndios quando da análise e tomada de decisão quanto a determinado negócio.

⁴¹⁷ SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 293.

⁴¹⁸ Quanto à função desempenhada pelo direito societário, inclusive pelos seus respectivos tipos, MELVIN EISENBERG defende que esse ramo jurídico se assemelha ao direito constitucional; isto é, sua principal função é regular a maneira pela qual uma sociedade é constituída, definir os direitos e obrigações daqueles que participam do negócio societário e delimitar as relações do novo ente com o mundo exterior. Esse sistema tem uma base piramidal formada por acionistas, gerentes e conselheiros, devendo as regras que regulam as relações jurídicas estabelecidas no interior dessa estrutura considerar duas interfaces bastante distintas: (I) a primeira delas dedicada ao relacionamento entre acionistas e administradores, e (II) a segunda entre os administradores entre si (EISENBERG, Melvin Aron. *The structure of the corporation*. Washington DC: Beard Books, 1976, p. 1-3).

⁴¹⁹ SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 293.

⁴²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 37.

adotado pelo legislador e o critério utilizado para segmentar a sociedade em diversos tipos. Este será o assunto do próximo item.

1.1. Sistema brasileiro: aberto ou fechado

Em termos estruturais, pode-se dizer, em tom crítico, que os sistemas jurídicos que optam pelo princípio do número fechado de tipos (*numerus clausus*⁴²¹ – em contraposição ao regime do *numerus apertus*⁴²²) retomam a visão de completude e totalidade adotada pelos

⁴²¹ Ressalta HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO, em sua ótima dissertação de mestrado, que a adoção de um modelo fechado (*numerus clausus*) representa a impossibilidade de os indivíduos adotarem outras figuras que não aquelas expressamente previstas no sistema, sendo, contudo, permitida a inclusão de novas estruturas, por meio de iniciativa legislativa. Assim, tem-se que esse sistema de tipos legais exaustivos não leva, necessariamente, à paralisação definitiva e à impossibilidade de inclusão de novas formas nos quadros tipificados. Todavia, essa iniciativa deve partir do Estado, não podendo resultar de atos autorregulamentativos dos particulares. Nesses sistemas fechados, manifesta-se uma espécie de tipicidade estrita, de características rígidas, menos maleáveis, cuja ocorrência se dá em áreas jurídicas em que o objeto tutelado exige um grau de zelo mais próximo e específico, como ocorre em matérias relacionadas ao Direito Público – Penal, Tributário, etc. O traço característico do sistema fechado não reside na ausência de hiato entre o direito posto pelo ordenamento jurídico e a realidade concreta, mas sim na obrigatoriedade dos indivíduos de utilizarem as vias postas pela lei para a satisfação de seus interesses. Não há, portanto, correspondência necessária entre os negócios difusamente utilizados no meio social (socialmente típicos) e a previsão legal específica, cabendo ao legislador a tarefa de revisar e atualizar os modelos previstos em lei. Evidentemente que o retardamento do legislador em revisitar periodicamente os tipos legais acarreta uma desconexão entre o socialmente e o juridicamente típico. Na maioria dos casos, a opção de um sistema jurídico por um elenco taxativo de tipos fundamenta-se na necessidade de proteger interesses de terceiros, aqueles que não participam do negócio jurídico típico, de garantir maior grau de segurança ao tráfico mercantil e de preservar instituições sociais relevantes, como ocorre com a propriedade imobiliária. O Direito Público caracteriza-se pela adoção de um sistema jurídico fechado. Dentre as espécies que compõem o gênero, vale ressaltar a diversidade e a riqueza dos recursos que compõem os tipos legais no Direito penal, seja na configuração de crimes, seja na construção de penas, seja na caracterização de elementos que determinam circunstâncias fáticas relevantes. O mesmo fenômeno ocorre, também, na esfera do Direito tributário. (Cf. CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Entre autonomia e controle: numerus clausus e numerus apertus em direito privado*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993, p. 4, 8, 3, 9). No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8; COMPARATO, Fábio K. O direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*. Ano 71, vol. 558. São Paulo: Abril, 1982, p. 33-40, p. 33/34; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 45.

⁴²² HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO também ressalta que “a existência de um sistema de modelo aberto (*numerus apertus*) pressupõe a construção de um modelo mais liberal, em que a flexibilidade é a regra. Autoriza-se que os indivíduos escolham os modelos legais e se reconhece a força criativa do ramo dos negócios. A grande vantagem dessa sistemática consiste no constante estímulo aos agentes econômicos de ter seus interesses reconhecidos, quase que imediatamente, pelo ordenamento jurídico. No complexo de normas que regulam o direito privado, existe uma série de microssistemas caracterizados pela enunciação de modelos ou tipos legais, como ocorre com o ramo dos contratos, dos direitos reais, do direito de família, do direito societário, do direito falimentar, dos títulos de crédito, do direito sucessório, entre outros. Mas, apesar dessa diversidade, não se pode dizer que existe homogeneidade na concepção de tipo utilizada em cada um deles, de tal forma que os valores e interesses que compõem o nicho privado examinado serão determinantes para indicar se haverá ou não compatibilidade do sistema com as manifestações do princípio da autonomia privada, tanto na criação de novos modelos jurídicos pelos particulares quanto no ajuste daqueles já existentes às necessidades econômicas dos indivíduos.” (Cf. CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Entre autonomia e controle: numerus clausus e numerus apertus em direito privado*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993, p. 4). No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8; COMIRAN, Giovana Cunha.

códigos oitocentistas, não se conformando com a dinâmica da lógica empresarial e com a função exercida pela autonomia privada na sociedade contemporânea⁴²³.

No Brasil, esse sistema de sociedades é classificado como de tipicidade fechada⁴²⁴, não admitindo a constituição de estruturas societárias distintas daquelas previstas na lei, nos termos do art. 983 do Código Civil⁴²⁵. Os modelos se caracterizam por elementos positivos

Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 9/10.

⁴²³ SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural paulista, 1999, p. 23.

⁴²⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 134-135; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153. Na visão de RACHEL SZTAJN, em obra escrita antes da vigência do Código Civil de 2002, o sistema brasileiro era de tipicidade fechada, ainda que atenuada: “Quando se diz que o sistema é fechado, é *numerus clausus*, não se proíbe que o legislador crie novos tipos ou formas, nem que os receba em virtude de a autonomia privada ter estabelecido o costume e o tipo social; apenas se diz que a autonomia privada não pode editar regras com força obrigatória das normas jurídicas para os novos esquemas negociais. Nesse sentido, as sociedades atípicas são possíveis, apenas não se poderá criar normas que obriguem ou limitem direitos de terceiros que delas não participem nem manifestem seu consentimento para serem alcançados pelos efeitos dessas regras.” E mais: “(...) a ruptura do princípio da atipicidade estrita pela irregularidade com que se fulminam as sociedades que se afastam dos modelos legais, que por apresentarem vícios de forma quer por não terem sido levados a registro os contratos de constituição, implica que a tipicidade da responsabilidade dos sócios é alterada, tornando-se pessoal e solidária (embora subsidiária) em face de terceiros. Essa sanção, que visa reduzir as modificações que as partes desejem introduzir nos modelos legais, embora bastante severa, é insuficiente para coibir completamente as sociedades irregulares, cujo reconhecimento pelo ordenamento elide a afirmação de que a tipicidade do sistema é estrita e que o princípio do *numerus clausus* atua de modo pleno.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva 1989, p. 174 e 176).

A tipicidade fechada no direito societário também é comum em outros ordenamentos jurídicos, como ocorre na Itália – art. 2.249 do Código Civil Italiano. Nesse sentido, ver: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 144.

⁴²⁵ “Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.” O exame analítico do sistema de sociedades brasileiro permite afirmar que ele está dividido em dois polos extremos de construções estruturais. Em um deles está a sociedade em nome coletivo, e no outro as sociedades anônimas, cujas estruturas se contrapõem, em suas formas puras, de modo absoluto. A primeira é típica sociedade de pessoas, em que os sócios são obrigatoriamente pessoas físicas, de responsabilidade ilimitada, e a administração social cabe apenas a eles. A segunda é uma sociedade de capitais, cuja responsabilidade dos sócios é limitada ao preço de emissão ou aquisição das ações, e a administração social pode ser exercida por terceiros. No ponto intermediário encontram-se sociedades cujas características nucleares resultam da combinação dos dois modelos anteriores em maior ou menor grau, conforme o caso, dentre as quais estão as sociedades em conta de participação, as sociedades em comandita simples, as sociedades limitadas e as sociedades em comandita por ações. Ao tratar da matéria dos tipos societários, o Código Civil optou por realizar uma divisão entre sociedades personificadas e não personificadas. No total, previu dois modelos societários para as sociedades não personificadas e cinco para as sociedades empresárias personificadas. No primeiro grupo, incluiu a sociedade em comum (arts. 986 a 990) e a sociedade em conta de participação (arts. 991 a 996). No segundo, determinou que as sociedades empresárias seriam constituídas segundo um dos tipos previstos nos artigos 1.039 a 1.092, dentre os quais estão a (I) sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044); (II) a sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051); (III) a sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087); (IV) a sociedade anônima; e (V) a sociedade em comandita por ações, as duas últimas reguladas pela Lei 6.404/76. No que se refere às sociedades não personificadas, parece-nos que o tratamento dado pelo Código foi razoável, na medida em que reconheceu a existência da sociedade em comum, que abarca as antigas sociedades irregulares e/ou sociedades de fato, aplicando aos sócios um regime de responsabilidade solidária e ilimitada, cuja finalidade parece ter sido a criação de uma ameaça crível, capaz de desestimular o empreendedor quanto à constituição de sociedades em desconformidade com o regramento legal. O tema foi recentemente objeto de profundo estudo da lavra de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, que sustenta, entre outras teses inéditas, que a irregularidade é da atividade exercida pela sociedade

previstos no ordenamento jurídico, nos quais às normas dispositivas se somam normas cogentes, inderrogáveis pela vontade das partes. As primeiras são regras supletivas, que se aplicam sempre que não houver disposição diversa ajustada pelas partes ou se essa disposição não for completa⁴²⁶⁻⁴²⁷.

e não da sociedade em si (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. Malheiros: São Paulo, 2013). Nesse tratamento, o legislador prestigiou, também, a sociedade em conta de participação, tipo societário flexível e de bom trânsito entre os empreendedores, sendo estrutura apropriada para a exploração de determinados empreendimentos, bastante comum nos ramos hoteleiro e da construção civil. Ainda que algumas previsões do Código sejam incompletas e lacônicas, como no caso do tratamento dado ao patrimônio especial, tanto na sociedade em comum (artigo 988) quanto na sociedade em conta de participação (artigo 994), parece-nos que o mero reconhecimento e a atenção dispensada às sociedades não personificadas, que inexistiam na legislação anterior, foram uma evolução legislativa. Quanto às sociedades personificadas, sob o ponto de vista quantitativo, a diversidade de tipos societários sinaliza que o tratamento dado pelo Código à matéria foi acertado. Entretanto, quando se analisam qualitativamente as normas, o conteúdo de algumas delas se mostra ultrapassado, visivelmente inadequado às necessidades da economia moderna e à velocidade do tráfico mercantil. Como exemplos do tratamento deficiente estabelecido pelo Código com relação às sociedades empresárias personificadas, ressaltamos (I) o estabelecimento de regimes de responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios (artigos 1.039 e 1.045); (II) a criação de restrições à participação de pessoas jurídicas como sócios (artigo 1.039); (III) a impossibilidade de nomear administradores não sócios (artigos 1.042 e 1.060); (IV) a criação de regimes confusos quanto à liquidação de quotas (artigo 1.043); (V) a multiplicidade de quóruns para deliberações societárias de natureza semelhante (artigos 1.071 c/c 1.076); (VI) a linguagem confusa no regramento da contagem de votos em determinadas deliberações societárias (art. 1.030 c/c 1.085 e artigo 1.076, incisos I, II e III); (VII) a derrogação da regra da maioria nas sociedades limitadas (regra dos $\frac{3}{4}$ – artigo 1.076); e (VIII) a previsão de regras supletivas inadequadas (art. 1.053).

⁴²⁶ Sobre o tema, ver: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62-82 e 174.

⁴²⁷ Ainda que o sistema jurídico da *Common Law* vigente nos Estados Unidos esteja estruturado em premissas distintas daquelas adotadas pelos países do sistema romano-germânico, o desenvolvimento do direito societário nesse sistema é uma das referências em termos de regulação, liberdade contratual e política legislativa. Embora nos últimos anos a concorrência legislativa em matéria societária tenha diminuída e caminhado para a padronização dos estatutos e contratos sociais, lá, diferentemente daqui, os Estados têm competência para legislar sobre direito societário – podendo estabelecer diferentes regras societárias para disciplinar o funcionamento de uma sociedade (desde a limitação de direitos de voto dos acionistas até a flexibilização de deveres fiduciários dos administradores). O conteúdo dessas regras poderá estar voltado à proteção dos investidores, dos administradores ou de terceiros, sendo que a escolha do local de constituição da sociedade sinaliza para o mercado qual é o perfil escolhido pela sociedade. (ROMANO, Roberta. *The State Competition Debate in Corporate Law*. 8 *Cardozo Law Review*, 1987, p. 709-757). O tema da autonomia privada e dos limites da liberdade contratual no direito americano é caracterizado por um amplo debate entre duas principais correntes; de um lado estão os autores que defendem a ampla e irrestrita liberdade das partes para estabelecer regras no momento da formação da companhia e alterá-las durante a vida da sociedade, inexistindo necessidade de a lei estabelecer modelos de regras para a constituição da sociedade ou prever grupos de regras de natureza imperativa, sobre as quais as partes não podem dispor; de outro estão aqueles que defendem a intervenção estatal na definição do conteúdo dos contratos societários, tanto na formação da sociedade quanto nas posteriores alterações, seja por meio de modelos padrões oferecidos às partes ou pela definição de um grupo de regras tido como de aplicação obrigatória ao contrato e inalterável pela vontade das partes. Em 1988 foi organizado um simpósio pela Faculdade de Direito da Universidade de Columbia para debater o tema da liberdade contratual no âmbito das sociedades. Na oportunidade, alguns dos mais renomados acadêmicos estabeleceram um debate sobre diversas questões relacionadas ao tema. Os principais estudos e resenhas críticas foram publicados no Vol. 89 da *Columbia Law Review*. Em síntese, os trabalhos dividiram-se em dois grupos, tendo como critério classificatório à defesa de maior ou menor liberdade dos participantes de um contrato de sociedade em determinar o conteúdo de suas cláusulas e previsões. De um lado, FRANK EASTERBROOK e DANIEL FISCHER foram os grandes defensores de amplo regime de liberdade contratual no direito societário, com fundamentos na teoria econômica contratual da sociedade (*law and economics*); de outro, MELVIN EISENBERG, JEFFREY GORDON, JOHN COFFEE JR, ROBERT CLARK e LUCIAN BEBCHUK apresentaram, em graus distintos e com razões próprias, críticas ao sistema da ampla liberdade contratual no

A principal consequência de um regime jurídico que opta pelo fechamento em torno de tipos legais estritos é o controle prévio e efetivo sobre a criação de figuras jurídicas atípicas. Criam-se, assim, fórmulas para antever, com razoável segurança, as variações dos modelos, contabilizá-los, definir e estabelecer esquemas interpretativos capazes de definir os tipos societários e suas principais transformações, cuja razão maior é a proteção de terceiros, do mercado e/ou do interesse público⁴²⁸.

Nesse sentido, precisa é a observação de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, invocando ensinamento de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO (constante em obra não publicada):

(...) o Código Civil estabeleceu a tipicidade das sociedades, vedando a criação de sociedades inominadas, produto exclusivo da autonomia da vontade, ao mesmo tempo que admitiu, no art. 425, a existência e validade de contratos atípicos, nas condições abaixo discutidas. A razão de ser dessa atitude do Código, contrária às sociedades inominadas, prende-se ao mesmo motivo que o leva a discriminar os direitos reais em *numerus clausus* (art. 1.225). Como explica um tratadista, da mesma forma como os terceiros devem conhecer sem hesitação os direitos de um proprietário ou de um usufrutuário, os terceiros devem poder saber quais são os

direito societário, defendendo o estabelecimento de um regime que contenha um corpo mínimo de regras imperativas; cada um dos seis artigos acima referidos foram submetidos ao exame crítico de outros reconhecidos acadêmicos (i.e. LEWIS KORNHAUSER, RALPH WINTER, FRED MCCHESENEY, ROBERTA ROMANO, JONATHAN MACEY, e ANTHONY KRONMAN) que tiveram a oportunidade de apresentar seus comentários em forma de resenhas críticas. A despeito das diferenças culturais e legais existentes entre os sistemas jurídicos americano e brasileiro, parece-nos que discussão em torno do tema e a compreensão dos argumentos defendidos por cada corrente enriquecem o estudo e nos permitem visualizar perspectivas raramente exploradas entre nós. Para aprofundamento sobre o tema e compreensão das posições de cada autor ver: BEBCHUK, Lucian Ayre. Contractual Freedom in Corporate Law: Foreword; The Debate on Contractual freedom in Corporate Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1395-1414; EASTERBROOK, Frank H. FISCHER, Daniel R. The Corporate Contract. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1416-1447; KORNHAUSER, Lewis. The Nexus-of-Contracts Approach to Corporations: A Comment on Easterbrook and Fischer, *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1449 -1460; EISENBERG, Melvin Aron. The Structure of Corporation Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1461 -1525; EISENBERG, Melvin Aron. *The Structure of Corporation*. Washington DC: Beard Books, 1976; WINTER, Ralph K. The Race to the Top Revised: a Comment on Eisenberg. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1526-1529; MCCHESENEY, Fred S. Economics, law and Science in the Corporate Field: a Critique of Eisenberg. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1530-1548; GORDON, Jeffrey N. The Mandatory Structure of Corporate Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1549 -1598; ROMANO, Roberta. Answering the Wrong Question: The Tenuous Case for Mandatory Corporate Laws. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p.1599-1617; COFFEE JR, John C. Contractual Freedom in Corporate Law: Articles & Comments; The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: an Essay on the Judicial Role. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1618-1691; MACEY, Jonathan R. Courts and Corporations: a Comment on Coffee. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1692-1702; CLARK, Robert C. Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1703-1749; KRONMAN, Anthony T. A Comment on Dean Clark; *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1748-1756; BEBCHUCK, Lucian Ayre. Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: the Desirable Constraints on Charter Amendments. *Harvard law Review*. Vol. 102. Jun. 1989, p. 1820-1866.

⁴²⁸ CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Entre autonomia e controle: numerus clausus e numerus apertus em direito privado*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993, p. 4-9.

traços essenciais de tal ou qual forma de sociedade, sem necessitar se dispor a efetuar complexas investigações⁴²⁹.

Nessa ordem de fatores, o exercício da autonomia privada restringe-se à escolha do modelo mais adequado aos interesses das partes e à alteração restrita de circunstâncias particulares do caso concreto. Não está na alçada dos particulares modificar elementos estruturais do arquétipo (apenas acessórios), sob pena de desvirtuá-lo por inteiro⁴³⁰. A liberdade do agente fixa-se, então, na escolha do tipo e na alteração graduada da sua estrutura

⁴²⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 135.

⁴³⁰ Para LUCIAN AYRE BEBCHUK, professor da Universidade de Harvard e defensor do estabelecimento de um núcleo mínimo de regras societárias cogentes, o debate deve ser dividido em dois momentos/fases distintos: (i) o da formação/constituição da companhia e (ii) o do funcionamento da companhia. Para o autor, essa divisão não foi considerada pelos primeiros estudiosos do assunto, ainda que fundamental para o exame do tema; na época, questionava-se, apenas, qual o teor da alteração realizada, mas não o momento da vida da sociedade em que ela ocorria. As alterações realizadas no modelo de estatuto social ao longo do funcionamento da companhia não são apenas cronologicamente distintas daquelas efetuadas na fase de constituição do ente societária, mas também materialmente diferentes, principalmente no que se refere aos efeitos perante terceiros que contratam com a sociedade. BEBCHUK entende que a corrente defensora de ampla margem de liberdade contratual (EASTERBROOK, Frank H. FISCHER, Daniel R. *The Corporate Contract*. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1416-1447) tem maior força nas alterações realizadas ao longo da vida da sociedade, ao passo que a corrente defensora de uma estrutura cogente do direito societário, a qual o autor se filia, deve ser fortalecida no momento da formação da companhia. A grande questão é balancear as forças das duas vertentes, sem prejudicar a estrutura e a evolução das sociedades. Diferentemente das alterações realizadas no momento da formação da companhia, aquelas realizadas no curso da exploração do objeto social não podem ser tratadas como simples alterações contratuais de um contrato maior – o societário. O procedimento que envolve a proposição, deliberação, votação e implementação da alteração é imperfeito e não descarta a inclusão de mudanças que reduzam o valor da companhia. Explica-se: ainda que as alterações estatutárias respeitem a lógica do princípio da maioria, não se pode garantir que os acionistas com direito a voto tenham interesses suficientes para buscar informações a respeito da proposta e manifestar uma decisão bem informada. Além disso, se a proposta tiver origem no Conselho de Administração e/ou Diretoria, ainda que a deliberação seja de competência da assembleia geral, não se pode descartar o potencial conflito de conselheiros e diretores em favorecer seus próprios interesses (e não a maximização do valor da companhia). Seguindo nessa linha, é verdade que acionistas racionais e bem informados compreenderão e reconhecerão a importância de se permitir a alteração do estatuto sem o voto da unanimidade dos acionistas. Mas entenderão, também, que as mudanças eventualmente realizadas poderão ocasionar uma redução no valor da companhia, gerando, por sua vez, custos aos acionistas e à própria sociedade. Em uma análise de custo e benefício, a liberdade contratual outorgada aos acionistas será variável de acordo com a natureza do assunto e as circunstâncias que envolverem as mudanças. A análise desses elementos sugere que a solução ideal – aquela que seria adotada por acionistas racionais e bem informados – seria a que outorgaria um grau de liberdade aos acionistas, mas estabeleceria, também, limites substanciais iniciais. Tem-se, assim, que a solução ideal envolveria um elemento de prévio consentimento dos participantes do negócio societário no sentido de permitir a alteração das regras do jogo, desde que a mudança não esteja relacionada a certas situações, objetos e circunstâncias. Essa opção estaria contida na letra da lei e seria aplicável na hipótese do estatuto social não conter disposição a ela contrária. Ao que tudo indica, o autor entende que até mesmo os defensores da corrente da ampla liberdade contratual aceitariam a solução ideal proposta, especialmente se ela fosse aplicável somente quando o estatuto não dispusesse de forma contrária. A solução de consenso dificilmente será alcançada. Mesmo assim, percebe-se que tanto a corrente mais liberal quanto a conservadora acordam quanto a um ponto em especial: que as mudanças estatutárias realizadas ao longo da vida da sociedade devem ser examinadas de forma distinta daquelas relacionadas à formação do negócio, haja vista que apresentam problemas de natureza mais complexa. (Cf. BEBCHUK, Lucian Ayre. *Contractual freedom in corporate law*. In *89 Columbia Law Review*. November, 1989, p. 1395-1415).

ou conteúdo, ao passo que a tipicidade representa uma limitação material da autonomia privada no que se refere às matérias que constituem o núcleo do modelo normativo⁴³¹.

Arguta é a ponderação do português PEDRO PAIS VASCONCELOS:

A tipicidade legal taxativa não impede que a autonomia privada construa soluções adaptadas às suas conveniências. Podemos distinguir adaptações internas e externas. As primeiras resultam da estipulação nos estatutos, dentro dos limites da elasticidade dos tipos; as segundas, de combinações de sociedades e de estipulação ou pactos anexos aos estatutos. O direito das sociedades comerciais é direito privado e, como tal, dominado pelo princípio da liberdade e da autonomia. As limitações injuntivas à autonomia privada são excepcionais e só encontram fundamento e justificação na ordem pública. A ordem pública societária assenta fundamentalmente nos princípios de proteção dos credores, das minorias e dos investidores. Fora do seu âmbito, é lícito estipular livremente⁴³².

Sobre o tema também leciona RACHEL SZTAJN:

A tipicidade das sociedades será determinada pela proximidade com o modelo legal e com o modelo socialmente típico. Quanto mais afastada estiver a estrutura de organização da sociedade desses parâmetros, menos típica será, ainda que de alguma forma se assemelhe e se enquadre no regulamento genérico definido pelo modelo legal. A passagem do típico para o menos típico até se tornar atípico é fluida, tal como fluidos são os limites dos tipos, legais ou sociais. Como as formas típicas das sociedades nada mais são do que a tradução legal das modificações impostas pela autonomia privada a forma básica, em face das necessidades decorrentes de condições sociopolítico-econômicas, há de se reconhecer que, não fora a autonomia privada, o elenco legal de tipos societários seria muito mais reduzido e pobre de opções⁴³³.

Ocorre que, por mais calculista e perfeccionista que seja o legislador, por mais extenso que seja seu arsenal de modelos legais, a realidade fática nunca será capturada em toda sua dimensão. Mesmo que o objetivo tenha sido estabelecer uma posição de harmonia e mínimo equilíbrio entre o universo do ser e o do dever ser, não se pode controlar o poder dos fatos, haja vista que bastará o aparecimento de uma figura inominada ou uma situação fática nova para interromper o balanço ou, simplesmente, desestabilizar a aparente tranquilidade do sistema⁴³⁴.

Para um sistema com normas absolutamente rígidas, a quebra dos códigos, protótipos, modelos e padrões previamente estabelecidos pelo legislador representa um abalo congênito de difícil recomposição, cujo resultado pode ser, inclusive, a sua imediata

⁴³¹ PELA, Juliana Krueger. *As Golden Shares no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2007, p. 99.

⁴³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47-48.

⁴³³ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176.

⁴³⁴ CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Entre autonomia e controle: numerus clausus e numerus apertus em direito privado*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993, p. 27 e 50.

abertura. Como veremos a seguir, justamente nesse particular, o sistema societário apresenta uma peculiaridade: apesar de o seu regime jurídico ser caracterizado como do tipo idealmente fechado, os parâmetros de individualização dos modelos e tipos legais são limitados e em número reduzido, de modo que a margem de liberdade das partes para operar no âmbito interno do contrato é flexível e, até certo ponto, considerável.

Em termos normativos, o art. 983 do Código Civil é claro ao estabelecer que a sociedade empresária somente poderá constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092. Com isso, está correto dizer que o direito societário brasileiro constitui um regime fechado de tipos, admitindo-se, no entanto, manifestações de autonomia privada das partes na sua adequação, o que se dá por meio da inserção de cláusulas atípicas. Em outras palavras, no campo das sociedades vige o princípio da taxatividade dos tipos, mas não da rigidez, na medida em que tais arquétipos possuem certo grau de elasticidade para se ajustar à vontade dos sócios⁴³⁵.

1.2. Critérios de classificação

Muito se discutiu na doutrina sobre o elemento nuclear responsável pela construção do grupo de normas cogentes e a consequente tipificação das sociedades em categorias. Atualmente, é praticamente consenso doutrinário a possibilidade de caracterizar os modelos societários legais a partir de duplo parâmetro: (I) o relacionamento interno entre os sócios, vinculado à estrutura de organização da sociedade, e (II) o relacionamento externo com terceiros – referente aos regimes de responsabilidade limitada, ilimitada, subsidiária ou solidária dos sócios com relação a dívidas da sociedade⁴³⁶.

⁴³⁵ Em sentido semelhante: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176-178. Em uma perspectiva de direito comparado, o sistema jurídico brasileiro se assemelha ao italiano, que também é caracterizado pela taxatividade dos tipos societários. Segundo ARTURO DALMARTELLO: “È evidente, infatti, che nel campo delle società, il limite tra le due manifestazioni dell’autonomia segue anche il limite dell’ammissibilità dell’autonomia stessa e, quindi, della validità delle private stipulazione. Fin che si resta al di qua del limite – l’autonomia privata è ammissibile e le clausole, attraverso cui essa si manifesta, sono valide. Quando, invece, si oltrepassa quel limite e la deviazione dall’uno o dall’altro modello legale (‘tipo’) è così sensibile da determinare la uscita – e quindi, la ‘non appartenenza’ per dirla con le parole della legge – della società costituita in concreto rispetto ad ognuno degli schemi normativi dei ‘tipi’ legali, allora l’autonomia privata non può più esser ammessa e la stipulazione deve considerarsi invalida, perché contraria alla norma imperativa (art. 1418 c.c.) che impone, tassativamente e inderogabilmente, l’adozione di uno dei tipi legali (art. 2249 c.c.).” (Cf. DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche. (il problema dell’autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 223).

⁴³⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25; CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 135/136. No Direito português, por exemplo, os critérios que diferenciam os tipos estão relacionados a três fatores primordiais: (I) a posição pessoal dos sócios; (II) a estrutura orgânica da sociedade; e (III) a responsabilidade patrimonial. (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 39).

Retomando os planos examinados no Capítulo I da Parte I deste estudo, o exame tipológico pressupõe a análise em dois níveis societários distintos entre si – interno e externo – com base em um elemento funcional comum a ambos. O plano interno é regulado por uma série de normas que definem o relacionamento entre a sociedade e seus sócios/acionistas e entre eles entre si, estando consubstanciado na estrutura organizacional por eles modelada, com certa flexibilidade. O plano externo tem relação com um espectro exterior rígido, representado pelo regime de responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade com terceiros, direta ou indiretamente vinculados à exploração da sua atividade, devendo respeitar uma série de regulamentos e procedimentos externos à sua estrutura, tais como leis fiscais, do consumidor, trabalhistas, ambientais, etc. Ambos os planos são coloridos e interligados pela função econômica exercida pelo tipo societário⁴³⁷.

No que se refere às normas interiores, entende-se que as regras cogentes têm amplo espectro de aplicação nas relações que se desenvolvem entre os acionistas e a administração da companhia, apesar de não estarem restritas a esse campo. Na visão de DIEGO CORAPI⁴³⁸, por exemplo, as regras cogentes referentes à governança interna das sociedades podem ser divididas em duas categorias: (I) a primeira diz respeito a regras que englobam não apenas interesses dos acionistas (atuais e futuros), mas que também resguardam interesses de terceiros que se relacionam com a companhia (i.e., capital social, distribuição de dividendos,

⁴³⁷ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 21.

⁴³⁸ O autor italiano traça um paralelo entre a distinção das normas societárias obrigatórias e facultativas no sistema da *common law* e no sistema romano-germânico, tomando como base a teoria que considera a sociedade como um *nexus of contracts*. Segundo CORAPI: “Em todos os sistemas, os aspectos institucionais das sociedades requerem uma regulação obrigatória, enquanto que a presença de regras permissivas ou *default rules*, delineando o espaço reservado à autonomia privada dos constituintes, é considerada de forma a refletir aspectos contratuais das sociedades. Ao ditar os aspectos institucionais das sociedades, as regras obrigatórias normalmente (mas não sempre e certamente não exclusivamente) são designadas para a proteção de terceiros. Todavia, há que se notar a existência de uma importante distinção entre os sistemas jurídicos originários do Direito Romano e os sistemas de direito consuetudinário no que se refere à definição de regras obrigatórias e facultativas (*default rules*), assim como o seu impacto no processo legislativo. Nas jurisdições originárias do Direito Romano, em que as leis são a fonte primária do Direito e a distinção entre Direito Público e Direito Privado é a base de todo o sistema legal, regras obrigatórias e facultativas são entendidas, respectivamente, como *règles imperatives*, impostas para a proteção do interesse público, e *règles dispositives*, necessárias para que às partes sejam oferecidas cláusulas-padrão úteis. Esses dois tipos de regras proporcionam uma estrutura-modelo (o *tipo* da sociedade), que limita a liberdade contratual em eleger regras “particulares” para as sociedades. A mencionada estrutura-modelo se torna, portanto, o paradigma na interpretação e implementação de todas as regras referentes às sociedades. Nas jurisdições de direito consuetudinário, em que os princípios fundamentais da lei são interpretados por decisões judiciais e a intervenção do direito positivo tem propósitos específicos e limitados, as regras obrigatórias nas leis de sociedade limitam-se a proteger interesses específicos. Em tais jurisdições, aplica-se mais facilmente a doutrina *nexus of contract*: normas obrigatórias são justificadas somente para reparar falhas de mercado. *Default rules* são tão somente uma possibilidade que as leis oferecem às partes contratantes de forma a evitarem custos de uma transação, que, no entanto, pode ser recusada se as partes forem capazes de negociar outras soluções.” (Cf. CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 133/134)..

liquidação, operações societárias, etc); (II) a segunda trata da proteção dos acionistas minoritários ou acionistas não controladores (i.e., deveres fiduciários dos administradores, conflito de interesses, poder de controle, direitos essenciais⁴³⁹).

Com relação às regras dispositivas (*default rules*), cuja esfera de aplicação consiste justamente nas lacunas deixadas pelas normas cogentes, o autor faz interessante construção sobre aquelas que podem ser incluídas nos estatutos e nos contratos sociais (*opted in*) e as regras que podem ser excluídas de tais documentos (*opted out*). Esse exercício por parte dos acionistas é considerado uma verdadeira manifestação da autonomia privada na esfera societária⁴⁴⁰.

Nas palavras de CORAPI, as normas *opted in* têm caráter inclusivo e regulatório do funcionamento da sociedade, representando “(...) regras que definem padrões mínimos de requisitos (...): uma modificação da regra pode introduzir uma provisão mais rígida (ex. um quórum maior para a realização da assembleia de acionistas)”. Já as regras *opted out* funcionam de forma diversa e com maiores limitações: “(...) a possibilidade dos acionistas incluírem regras dos estatutos ou modificá-los de forma a dar uma maior proteção aos direitos dos acionistas controladores não é tão grande, até mesmo nas companhias fechadas. Entretanto, o cenário muda quando consideramos a fundação da companhia. No momento em que os fundadores fazem suas escolhas – especialmente em companhias fechadas –, é possível que algumas regras facultativas sejam retiradas do projeto do estatuto”⁴⁴¹.

Percebe-se que, se em matéria contratual os tipos legais podem se distinguir uns dos outros com base em critérios múltiplos e heterogêneos, que podem variar desde a qualidade das partes até a natureza do objeto, o conteúdo das prestações, o prazo de vigência

⁴³⁹ O autor identifica quatro tipos de regras obrigatórias que regulam a proteção do acionista minoritário ou não controlador: (I) procedimentais; (II) alocação de poderes; (III) econômico-transformativas; e (IV) definidoras de padrões fiduciários. (I) As regras procedimentais relacionam-se ao aspecto organizacional da sociedade como entidade. (II) As regras de alocação de poderes tratam da estrutura de governança, especialmente do balanceamento de poder entre os acionistas controladores e não controladores. (III) As regras econômico-transformativas dizem respeito às eventuais operações societárias (i.e., fusão, incorporação, cisão) que venham a ocorrer com a sociedade. (IV) As regras que definem os padrões fiduciários de conduta dos administradores e previnem *opting out oportunistas*. Para CORAPI, as normas imperativas devem ser consideradas “(...) mais como uma expressão dos aspectos estruturais da sociedade como entidade do que como uma consequência do seu caráter contratual”, de modo que a sociedade deve ser vista como (...) um fenômeno de dupla face (na forma de contratos e entidades legais). (Cf. CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 135/136).

⁴⁴⁰ CORAPI, Diego. The contractual dimension of company law in Europe. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*, CIX, 2011, n. 3, p. 571-581, p. 572.

⁴⁴¹ CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 137/138.

do contrato e assim por diante⁴⁴², na seara societária tais critérios são rígidos e estão diretamente relacionados ao regime de responsabilidade dos sócios e à estrutura organizativa da sociedade, podendo eventualmente incluir a natureza da atividade econômica explorada, tipo de aporte realizado pelos sócios e/ou a existência de restrições à circulação de ações ou quotas.

Por fim, é importante notar que a formação de diferentes tipos societários tem efeitos relevantes na interpretação das normas postas pela legislação. O caráter obrigatório de uma norma (em razão do interesse protegido ou da função exercida no sistema daquele contrato) deve resultar da avaliação da sua relevância para a caracterização de um determinado tipo, da mesma maneira que a alteração de regras dispositivas deve se coadunar com a estrutura rígida do arquétipo previsto pelo legislador. Por exemplo, o estatuto social de uma sociedade anônima fechada pode definir restrições às transferências de ações, mas tais limitações não podem resultar em uma total exclusão do direito do acionista de se retirar da sociedade⁴⁴³.

Além disso, a existência de normas societárias dispositivas, passíveis de alteração pelas partes, não representa uma violação ao sistema fechado (*numerus clausus*), mas tão somente a evidenciação de uma margem de maleabilidade, maior ou menor, das formas organizativas. Porém, como nem sempre todos os elementos tipificadores estarão presentes em cada um dos contratos societários concretamente considerados, o processo de subsunção de um estatuto social forjado pela autonomia privada das partes à estrutura do tipo poderá não ter como resposta um sim ou não, mas sim um talvez, ou um mais ou menos⁴⁴⁴.

No próximo item buscaremos identificar alguns limites para essa flexibilidade.

1.3. Flexibilidade *versus* atipicidade

Vimos no Capítulo II da Parte I deste estudo que a problemática em torno da autonomia privada é menos uma questão qualitativa de liberdade e mais uma reflexão sobre os seus limites e sobre a medida das restrições impostas pela lei. Nesse contexto, a própria tipicidade contratual funciona como fator de limitação da vontade das partes.

Dividindo o processo de escolha dos indivíduos em etapas, ele inicia com a decisão sobre o negócio jurídico a ser celebrado e, por conseguinte, da natureza das normas que o

⁴⁴² DE NOVA, Giorgio. Il tipo contrattuale. In: Tipicità e atipicità nei contratti. *Quaderni di giurisprudenza commerciale*. Milano: Giuffrè, n. 53, p. 29-39, p. 31.

⁴⁴³ CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 139.

⁴⁴⁴ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

sustentam⁴⁴⁵. Isso faz com que a vontade manifestada pelo indivíduo fique sujeita às regras próprias daquela relação, podendo o regulamento típico evidenciar a existência de normas que dispensam a expressão da vontade na formação do conteúdo e na definição dos efeitos que serão gerados pelo negócio jurídico⁴⁴⁶.

Nessa esteira, o modelo de atuação da autonomia privada pode ser segmentado em dois principais espectros, ambos relacionados ao poder de criação dos particulares: (I) o primeiro relaciona-se à possibilidade de as partes determinarem o conteúdo do contrato nos limites postos pela lei; (II) e o segundo à liberdade de conceberem figuras contratuais atípicas⁴⁴⁷ ou à possibilidade de inserir manifestações atípicas em contratos tipificados⁴⁴⁸.

O grande universo de atuação da autonomia privada envolve a segunda das esferas acima, diretamente relacionada a algumas situações de mercado, nas quais existe um hiato entre os modelos negociais que satisfazem interesses das partes e os arquétipos disponibilizados pela lei, cabendo aos indivíduos estabelecer figuras contratuais não previstas ou ajustar, por meio de cláusulas atípicas, as existentes, até um certo limite⁴⁴⁹.

Na linha proposta por RACHEL SZTAJN e ARTURO DALMARTELLO, o processo adaptativo interno possui algumas modulações relevantes, dentre as quais: (I) a derrogação de regras ou de núcleos secundários de um tipo legal existente; (II) a manutenção de regras secundárias e marginais e a alteração do núcleo rígido do tipo; (III) a mistura de tipos contratuais, a ponto de descaracterizá-los, tornando atos típicos em atípicos; (IV) a criação de novos modelos contratuais, inexistentes na lei⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, vale lembrar os ensinamentos de ENZO ROPPO: “O contrato-conceito (...) nunca é construído como fim em si mesmo, mas com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer o invólucro, ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazio, abstrato, e, conseqüentemente, incompreensível (...) o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”. (ROPPO, Enzo. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9-11)

⁴⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 61. Sobre esse processo, ver: FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 219.

⁴⁴⁷ Concordamos, nesse particular, com GIOVANA COMIRAN no sentido de que a atipicidade em sede de contratos é inseparável da noção de autonomia privada contratual. Assim, em certa medida, a atipicidade contratual abrange o fenômeno por meio do qual os contratantes, no exercício da sua autonomia privada, regulam e moldam determinada relação jurídica à satisfação dos seus interesses. (Cf. COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 9).

⁴⁴⁸ DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 218.

⁴⁴⁹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7; DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 218.

⁴⁵⁰ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7; DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 218/219.

Todas essas formas de manifestação da autonomia privada estão relacionadas à determinação do conteúdo normativo de determinado contrato, sendo a diferença entre elas mais quantitativa do que qualitativa. Dito de outra forma, trata-se de uma questão de limites, isto é, até uma certa extensão a liberdade de determinação do conteúdo normativo de um contrato não importa na criação de um contrato atípico, mas simplesmente a inserção de uma cláusula atípica em um contrato ainda típico. Ultrapassada essa fronteira, a determinação do conteúdo normativo do contrato importa na criação de um contrato atípico⁴⁵¹.

Nas palavras de ARTURO DALMARTELLO:

La differenza fra le due ipotesi – che corrisponde, poi, alle due ipotesi previste nel primo e nel secondo comma dell’art. 1322 c.c. – è dunque, più quantitativa, che qualitativa (ovvero di sostanza e di natura). E quando si dice che la differenza è quantitativa, si pone – logicamente – un question di misura: di limite. Fino ad un certo limite, la libertà di determinazione del contenuto normativo del contratto non importa creazione di un contratto atipico. Si rimane nel ‘tipo’ legale. Si avrà, semplicemente, un contratto tipico con clausole atipiche. Al di là di quel limite, la libertà di determinazione del contenuto normativo del contratto importa creazione di un contratto atipico⁴⁵².

Ao transportar a discussão para a seara societária, a criação de novos tipos, a derrogação de regras secundárias de tipos legais já existentes e o hibridismo de formas são fenômenos cada vez mais usuais e representam, ao fim e ao cabo, puras manifestações da autonomia privada no desenho de modelos contratuais⁴⁵³. Essa constatação comprova um dos pontos defendidos anteriormente: a autonomia privada é um dos elementos que permite a criação de novos tipos contratuais ou a modificação dos já existentes, razão pela qual

⁴⁵¹ DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell’autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 218/219.

⁴⁵² DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell’autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 219.

⁴⁵³ O próprio sistema jurídico contratual reconhece a relevância dessas novas modelagens e garante a licitude dessas manifestações. Veja-se, nesse sentido, a previsão do artigo 425 do Código Civil, cuja redação prestigia a plena liberdade das partes quanto à estipulação de contratos atípicos, desde que os novos modelos observem as normas gerais fixadas no Código, disposição que representa, sem sombra de dúvida, um paradigma no exame da extensão da autonomia privada em sede contratual. Os negócios jurídicos atípicos produzidos pelas partes para compor seus interesses privados somente produzirão efeitos jurídicos se o seu conteúdo estiver em conformidade com os ditames legais, isto é, se respeitarem os limites gerais e específicos postos pelo ordenamento, estabelecidos pelo poder regulador do Estado. Nesse contexto, deve-se aquilatar se o novo tipo de contrato resultante do exercício da autonomia privada das partes atende às exigências da ordem pública e dos bons costumes, além de manter incólumes os preceitos legais cogentes. O processo necessário para essa verificação depende de uma operação de subsunção: identifica-se o interesse das partes, apura-se a congruência entre os efeitos jurídicos do contrato e a operação econômica e averigua-se a legalidade do produto final dessa equação. Em síntese, o acolhimento pelo ordenamento jurídico de modelos contratuais atípicos resultantes da manifestação da autonomia privada das partes dependerá, ao fim e ao cabo, de haver ou não interesse do Estado em tutelar aquele particular e específico esquema contratual. Nesse sentido: SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 6-7.

entendemos ser o direito societário um ambiente fértil para sua manifestação, mormente em razão da natureza patrimonial dos seus direitos e obrigações⁴⁵⁴.

Entretanto, a tarefa de identificar os limites flexibilizadores da autonomia privada é árdua e desafiadora, especialmente em razão da dinamicidade do mercado e da promiscuidade de certas características que acabam por servir a mais de um tipo societário⁴⁵⁵. Na grande maioria dos casos, a definição de tal limite está diretamente relacionada à identificação das normas cogentes e dispositivas de cada tipo que, ao fim e ao cabo, permitem visualizar os elementos caracterizadores da sociedade em questão.

Quanto às espécies de normas, RACHEL SZTAJN classifica as regras societárias em (I) normas tipificadoras cogentes, obrigatórias para caracterizar determinado tipo de sociedade⁴⁵⁶, (II) normas tipificadoras de subtipos, não obrigatórias para todas as hipóteses

⁴⁵⁴ No final da primeira metade do século XX, o italiano GIUSEPPE D'EUFEMIA, ao concluir seu estudo sobre os limites da autonomia privada no âmbito do direito societário, afirma que há uma progressiva redução da autonomia privada nessa esfera (no campo dos direitos subjetivos) e, por conseguinte, um crescimento de normas que exigem a busca pelo interesse público como interesse a ser perseguido pelos particulares no exercício da empresa: "In una formula riassuntiva esse potrebbero essere così individuate: delle due zone di attività costituenti l'ambito dell'autonomia privata, quella costituita dai diritti subiettivi mostra una notevole riduzione nei confronti di quella costituita dalla discrezionalità, che tende a espandersi. La sfera di competenza normativa dei privati, che costituisce l'autonomia privata in senso lato, si manifesta, anche in diritto corporativo, come titolarità di diritti subiettivi e come titolarità di potere discrezionale. Nel primo caso, l'autonomia si attea come una sfera di disposizione limitata soltanto negativamente, in quanto il privato può emettere pronunce con effetto di comando, purché esse non siano in contrasto con la causa dei relativi negozi, con la legge e le norme assimilate, con l'ordine pubblico e il buon costume; nel secondo caso se manifesta, invece, come un potere il cui esercizio è condizionato all'effettivo perseguimento del fine per il quale esso fu concesso. Come titolarità di diritto subiettivi l'autonomia privata costituisce una situazione entro un rapporto giuridico, mentre come discrezionalità rappresenta una situazione anteriore a concreti rapporti, dei quali essa è la fonte. (...) I limiti posti in diritto corporativo all'autonomia privata, per quanto riguarda l'esercizio dei diritti subiettivi, non si differenziano sostanzialmente da quelli che in ogni altro campo del diritto privato vengono imposti alla libertà negoziale. E pertanto la riduzione delle facoltà negoziali è fenomeno già posto in rilievo nel diritto privato, in cui si verifica la trasformazione continua del negozio discrezionale – nel quale i contraenti hanno il potere non solo di far sorgere fra loro un rapporto giuridico, ma anche di determinarne, con minore o maggiore ampiezza, il contenuto – in negozio vincolato, nel quale, soltanto il se, ma non anche il come, dell'effetto giuridico dipende dalla volontà dell'uomo. Peculiare è invece, in diritto corporativo, l'ammissione di una larga sfera di discrezionalità attribuita al privato. (...) Trasformazione che si opera appunto con l'attribuire alla attività privata quella specifica rilevanza giuridica costituita dalla predeterminazione dell'interesse pubblico, alla cui soddisfazione l'attività spiegata dai privati deve necessariamente essere rivolta, di guisa che all'accertamento di carattere negativo, cioè diretto a constatare che l'atto del privato non leda interessi pubblici (diritti subiettivi), si sostituisce la ricerca della corrispondenza effettiva dell'atto privato ai fini pubblici, non più limiti, ma scopo di esso (discrezionalità). (...) Questo carattere, proprio della disciplina corporativa, consente di collocare, nei confronti delle altre discipline in cui o il comando sovrano o l'attività negoziale producono il diritto, in una autonoma categoria il diritto corporativo, diritto che non realizza un sistema di totale amministrazione statale dell'economia, ma un sistema di amministrazione pubblica dell'economia del quale l'autonomia privata è uno degli elementi costitutivi di fondamentale importanza." (Cf. D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 75/82).

⁴⁵⁵ Veja-se, por exemplo, a proximidade entre o regime jurídico da responsabilidade dos sócios nas sociedades anônimas e limitadas.

⁴⁵⁶ Lembre-se que a imperatividade ou cogência das normas se prende à possibilidade ou não de modificação da prescrição legal pelas partes. Classificar uma norma como cogente implica dizer que o dispositivo não pode ser alterado pelas partes. São subtraídos da regra os limites facultados à área negocial dos indivíduos.

concretas e cogentes apenas para o subtipo determinado; (III) normas dispositivas e derogáveis por deliberação de fundadores ou da assembleia geral⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸.

Do ponto de vista material, a desobediência a normas tipificadoras cogentes pode acarretar não apenas a formação de uma sociedade atípica⁴⁵⁹ (em gritante violação à previsão do art. 983 do Código Civil), mas também a responsabilidade pessoal de fundadores, administradores e acionistas, além de outras sanções extremas, como a nulidade da mudança, a falta de personificação da sociedade, a constatação da sua irregularidade ou a transformação de tipo societário. Já a utilização de normas tipificadoras de subtipos pode levar ao aparecimento de sociedades típicas com cláusulas atípicas ou, no limite, à mudança de qualificação jurídica⁴⁶⁰, dependendo da extensão da modificação perpetrada pelas partes⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 79.

⁴⁵⁸ Critério semelhante foi utilizado pela doutrina norte-americana para caracterizar a estrutura normativa das companhias. Essa foi, por exemplo, a visão exposta por MELVIN ARON EISENBERG em artigo no qual examina a estrutura do direito societário daquele país: “A corporation is a profit-seeking enterprise of persons and assets organized by rules. Most of these rules are determined by the unilateral action of corporate organs or officials. Some of these rules are determined by market forces. Some are determined by contract or other forms of agreement. Some are determined by law (...). Viewed in terms of their form, these rules fall into three basic categories. *Enabling rules* give legal effect to rules that corporate actors adopt in a specified manner. *Suppletory or default rules* govern defined issues unless corporate actors adopt other rules in a specified manner. *Mandatory rules* govern defined issues in a manner that cannot be varied by corporate actors.” A tese defendida pelo autor é a necessidade de desenvolver uma estrutura de princípios que determine a natureza de cada norma, de acordo com a matéria objeto de regulação. Nas suas palavras: “(...) develop the normative principles that determine which of the legal rules that concern the internal organization of the corporation and the conduct of corporate actors should be enabling or suppletory, and which should be mandatory. Because the corporation is an economic institution that is owned and managed by human actors, the development of these principles rests for the most part on economic analysis, quantitative data, and the insights of psychology. *Structural rules* govern the allocation of decision making power among various corporate organs and agents and the conditions for the exercise of decision making power; the allocation of control over corporate organs and agents; and the flow of information concerning the actions of corporate organs and agents. *Distributional rules* govern the distribution of assets (including earnings) to shareholders. *Fiduciary rules* govern the duties of managers and controlling shareholders. These three types of rules will be referred to collectively as *constitutive rules*, and that term will include both rules determined by law and rules determined by private action.” (Cf. EISENBERG, Melvin Aron. The structure of corporation law. *Columbia Law Review*. 1989, p. 1.461-1.525, p. 1.462).

⁴⁵⁹ Para aprofundamento sobre o tema, ver: MORELLO, Aurelio. *Le società atipiche*. Milano: Giuffrè, 1983.

⁴⁶⁰ Sobre o tema, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS exemplifica dizendo que: “(...) uma sociedade por quotas não pode ter o seu capital social representado por ações. Se assim for estipulado no respectivo pacto, a consequência não é necessariamente a invalidade da cláusula, mas pode antes ser a sua qualificação como sociedade anônima, se o demais estipulado no pacto o permitir. Se numa sociedade que os fundadores designaram como anônima, cada sócio tiver uma quota do valor do capital que subscreveu, a sociedade não será anônima e haverá apenas que corrigir a sua denominação. Se a estipulação estatutária for compatível com um outro tipo de sociedade, não chegará a haver invalidade, nem sequer conversão, mas antes qualificação como desse tipo. A qualificação dada pelos fundadores à sociedade (estipulação do tipo) é importante, mas não é absolutamente determinante e pode ser afastada quando não corresponda ao tipo e seja uma falsa qualificação” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 49).

⁴⁶¹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 79-80; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 49.

A alteração de normas dispositivas, por sua vez, dará origem a uma sociedade típica com cláusula atípica, em um movimento sadio de autoadaptação do tipo à realidade dos fatos e ao interesse das partes⁴⁶². Afirma-se, com isso, que a derrogação das normas tipificadoras de subtipos e dispositivas é o início do processo de ajuste e acomodação que determina a criação de novas estruturas de organização das sociedades, ao passo que, de outro, as normas societárias tipificadoras cogentes caracterizam o núcleo rígido do modelo societário, as quais não admitem flexibilização pelas partes⁴⁶³.

Nesse emaranhado de normas jurídicas, o espectro de atuação da autonomia privada dos acionistas é determinado pela natureza cogente ou dispositiva das regras societárias. No entanto, é preciso ressaltar que a determinação legal do tipo não decorre apenas de uma norma específica – seja ela cogente ou dispositiva –, mas do complexo de normas relativas à organização societária, de modo que, nesse contexto, é distinta a relevância ou o peso de cada regra para a formação do arquétipo. Em razão disso, a definição em torno da validade de uma cláusula estatutária que derroga ou integra a previsão legal deve tomar em consideração a totalidade do regime posto pelo ordenamento jurídico e não somente a relação direta entre a norma criada e a norma legal⁴⁶⁴.

⁴⁶² Salienta RACHEL SZTAJN que: “A derrogação das normas tipificadoras dispositivas é o início desse processo de ajuste e acomodação que determina a criação de novas formas de organização das sociedades. A importância do papel desempenhado pela autonomia privada no desenho de formas societárias se prende à formação dos usos e costumes que dão origem aos modelos socialmente típicos e que, depois de recebidos pelo ordenamento, se transformam em modelos legais. Assim, as diferentes formas de sociedades como modelos ou subtipos estruturais de um negócio, com o escopo de reunir recursos e esforços para lograr fim comum, não exclui a liberdade das partes de determinarem a organização dessa estrutura, o conteúdo do contrato de forma diversa, mais complexa e articulada do que a que resulta do texto legal básico. A tipicidade da sociedade concreta será determinada pela proximidade com o modelo legal e com a necessidade econômica do agente. Quanto mais afastada estiver a estrutura da sociedade desses parâmetros, menos típica será, ainda que de alguma forma se assemelhe e se enquadre no regulamento genérico definido pelo modelo legal. A passagem do típico para o menos típico até se tornar atípico é fluida, tal como fluidos são os limites dos tipos, legais ou sociais.” E mais: “A admissão de cláusulas atípicas é forma indireta de se reconhecer a atipicidade da sociedade? Parece razoável admitir esse tratamento, que reconhece a autonomia privada e facilita o ajustamento das formas societárias às necessidades dos operadores econômicos, propicia modificações legais futuras dos modelos, e convive, adequadamente com o princípio do elenco taxativo que, se pretende, vige no nosso sistema de sociedades. Coexistem no sistema, através desse artifício, as sociedades típicas, as menos típicas e até as atípicas, consideradas irregulares” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 174 e 177).

⁴⁶³ DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 227/228.

⁴⁶⁴ Nesse sentido caminham as lições de DIEGO CORAPI: “Il significato della tassatività dei tipi di società è, infatti, quello di mettere a disposizione delle parti strutture contrattuali determinate e di escludere la possibilità di una loro assoluta libertà nella formazioni di tali strutture. (...) Le clausole del contratto di società debbono, dunque, avere un contenuto compatibile con una delle strutture tipiche predisposte dalla legge. Nella società per azioni, come si è visto in particolari, le indispensabili norme organizzative fissate dalla legge si applicano anche se non vengono richiamate nello statuto ovvero anche malgrado la contraria statuizione di questo. Ciò non importa, tuttavia, che la rigidità di questa struttura organizzativa sia assoluta. I tipi di società fissati dall'ordinamento, benché tassativi, sono flessibili (...) La disciplina legal, poi, si limita a sancire le norme essenziali alla tipizzazione della società per azioni, ma lascia libere le parti di integrare e modificare tale

De mais a mais, o fato de uma cláusula estatutária regular matéria não prevista na lei faz que a previsão seja externa ao ordenamento societário, mas não necessariamente acarreta sua nulidade ou anulabilidade⁴⁶⁵. Muito antes pelo contrário, a elasticidade da configuração típica pode permitir a inserção de cláusulas atípicas no contrato ou estatuto de determinada sociedade; o limite para tal inserção é não tornar atípico o próprio fenômeno associativo. Como bem destacou DALMARTELLO, existe a sociedade atípica e também a sociedade típica com cláusula atípica⁴⁶⁶.

Porém, a elasticidade dos tipos tem limites. A tipicidade e a atipicidade resultantes do poder de criação das partes põem constantemente à prova a solução construída pelo ordenamento societário: uma delas é recebida e se ajusta ao sistema, usufruindo dos benefícios da lei; a outra exagera na dose de autonomia, é repelida pelo ordenamento, que lança sobre ela os efeitos da sua não receptividade. Os primeiros são as cláusulas atípicas em contratos societários típicos e os segundos as sociedades atípicas.

No mesmo sentido conclui PEDRO PAIS DE VASCONCELOS:

A incompatibilidade da estipulação com o tipo legal pode conduzir à qualificação da sociedade como legalmente atípica. Assim sucederá, por exemplo, se nos seus estatutos for estipulada a representação do capital por quotas e por ações, e a limitação da responsabilidade apenas até certo valor. Uma sociedade como esta não é qualificável como de qualquer dos tipos legais. É legalmente atípica. A atipicidade legal tem como consequência a insusceptibilidade de qualificação do estipulado como sociedade comercial, isto é, que aquele acto praticado pelas partes não opera na ordem jurídica a constituição de uma sociedade comercial⁴⁶⁷.

struttura con altre norme. In tale opera di integrazione è anche ammessa la inserzione di clausole non espressamente previste o addirittura contrastanti con qualcuna di quelle sancite (in modo non imperativo) dalla legge, purchè tuttavia non ne risulti snaturata tutta la disciplina legale. La determinazione del tipo non deriva, invero, da una singola norma ma da tutto il complesso delle norme di legge relative all'organizzazione societaria: nell'ambito di tale disciplina complessiva diverso è il peso delle singole norme al fine di tale determinazione. Per questa ragioni, al fine di accertare la validità delle clausole statutarie delle singole società per azione che derogano o integrano la normativa prevista dalla legge occorre valutare non soltanto il rapporto tra tali clausole e la singola norma cui esse derogano o che esse integrano, ma anche il loro rapporto con tutto il complesso della disciplina organizzativa sancita dalla legge" (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 148/149).

⁴⁶⁵ Quando a cláusula estatutária é declarada nula porque contraria determinada norma imperativa do tipo, o conteúdo da norma violada pode substituir automaticamente a norma violadora. No entanto, quando a cláusula estatutária é declarada nula porque contraria a essência do tipo societário, nem sempre é possível buscar a substituição do conteúdo da norma violada no regime jurídico que regula o tipo. Sobre os problemas que a situação pode acarretar, especialmente se tratando da assembleia geral, ver: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 151, nota de rodapé 23.

⁴⁶⁶ DALMARTELLO, Arturo. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar./apr., 1960, p. 216-230, p. 216; CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 150.

⁴⁶⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50.

Por exemplo, vimos que o critério da responsabilidade (limitada, ilimitada ou mista) constitui um dos elementos tipificadores dos tipos societários. Se as partes regularem contratualmente a responsabilidade de forma distinta daquela constante na lei (independentemente do tipo societário), a cláusula será nula de pleno direito e não haverá a constituição do tipo desejado, redundando, na dicção do Código Civil, na formação de uma sociedade em comum (arts. 986), respondendo todos os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 990), a despeito da previsão do regime de responsabilidade no contrato. A irregularidade é, portanto, uma das sanções legais aplicadas na alteração da tipicidade do regime de responsabilidade, cuja natureza é cogente⁴⁶⁸.

Em que pese a tipicidade fechada do art. 983 do Código Civil e a qualidade de alguns dos modelos societários disponíveis aos agentes econômicos, reconhece-se que o sistema brasileiro não tolhe, por completo, a autonomia privada dos agentes na alteração do modelo posto pela lei para fins de atender os problemas e as necessidades da realidade econômica.

Assim, a despeito das restrições existentes, a manifestação da autonomia privada das partes – por meio da inclusão de cláusulas contratuais atípicas – constitui um dos meios de completar e/ou ajustar os tipos societários, desde que respeitados os limites legais (i.e., sem acarretar a quebra imediata ou abrupta do modelo legal da sociedade concreta⁴⁶⁹).

1.4. Conceito de sociedade: rigidez de seus elementos

O ponto que nos interessa explorar neste item gira em torno da possibilidade de os elementos constantes no art. 981 do Código Civil admitirem regulação e/ou alteração pela autonomia privada das partes. A resposta à indagação estabelece o pressuposto para o estudo dos limites da autonomia privada no direito societário, especialmente no que diz respeito ao conceito de sociedade.

Ao redor do eixo societário central – formado pelos elementos previstos no artigo 981 – cogentes, nucleares e indispensáveis para a existência de uma sociedade (e.g. contribuição para o exercício da atividade, exercício de atividade lucrativa e distribuição dos resultados⁴⁷⁰) – orbita uma série de elementos variáveis que podem ou não estar presentes

⁴⁶⁸ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 174.

⁴⁶⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

⁴⁷⁰ Ao tratar do tema, a doutrina portuguesa parece tratar de alguns elementos necessários à formação de uma sociedade (pluralidade de partes, proibição ao pacto leonino, natureza da atividade exercida, entre outros) como se fossem características cogentes de determinados tipos societários: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 49-52.

nas mais diversas manifestações e esquemas societários (e.g. a pluralidade de sócios, a personalidade jurídica, a natureza das contribuições e dos aportes, os quóruns para formação da vontade social, a estrutura organizativa, a distribuição de dividendos, o direito de voto).

De um lado, os contratos associativos são instrumentos jurídicos capazes de outorgar direitos e deveres para os sócios; de outro, os participantes são obrigados a manter determinados comportamentos, omissivos ou comissivos, dependendo da natureza do negócio explorado pela sociedade e do tipo de conduta esperado (tais como integralizar a parcela subscrita no capital social, não concorrer com a sociedade, não usurpar de oportunidades comerciais, não atuar em conflito de interesses, entre outros), sempre em prol da consecução de um escopo comum.

Logo, os ajustes contratuais, como formas de organização privada de uma atividade econômica, constituem fonte de produção de normas jurídicas com capacidade de criar direitos e impor condutas, podendo regular e disciplinar tanto as relações entre os membros do contrato de sociedade (internas) como aquelas entre eles e a sociedade, ou entre esta e terceiros (externas⁴⁷¹).

É evidente que as cláusulas inseridas no corpo de um contrato de sociedade não poderão violar normas jurídicas cogentes, impostas pelo Código Civil para a formação da estrutura desenhada para esse modelo de negócio. Na hipótese de violação ou desrespeito dessas normas, a nulidade será gritante, podendo gerar o próprio desaparecimento do fenômeno. A despeito disso, de uma maneira geral, a penalidade imposta pelo ordenamento jurídico aos sócios será variável de acordo com a intensidade da violação (se total ou parcial) e a importância da norma violada (cogente ou dispositiva) no contexto do contrato de sociedade.

Por exemplo, é possível que nas relações jurídicas estabelecidas entre os participantes de um negócio supostamente societário inexistam um dos elementos formadores de uma sociedade (e.g. a combinação de esforços e de recursos, o exercício de uma atividade econômica e a participação dos sócios nos lucros e nas perdas). Nessa situação, contrato societário não haverá, podendo a estrutura caracterizar outro modelo contratual (e.g.

⁴⁷¹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

mútuo⁴⁷², negócio fiduciário⁴⁷³, comissão⁴⁷⁴), mas não o de sociedade. Ou, ainda, verificando-se os elementos que configuram uma relação de emprego (elencados nos artigos 2.º e 3.º da CLT – pessoalidade⁴⁷⁵, habitualidade⁴⁷⁶, onerosidade⁴⁷⁷; subordinação

⁴⁷² Contrato regulado pelos arts. 586 a 592 do Código Civil, no qual o mutuante empresta coisa fungível ao mutuário, passando para este o domínio da coisa emprestada, por cuja conta correm todos os riscos dela, desde a tradição, obrigando o mutuário a pagar coisa de mesmo gênero, qualidade e quantidade, normalmente mediante juros.

⁴⁷³ É o negócio jurídico pelo qual alguém, o fiduciante, obriga-se a transferir a titularidade de um bem ou direito a outrem, o fiduciário, para determinado fim de garantia (*fiducia cum creditore* – sendo a alienação fiduciária em garantia o exemplo mais comum, entre nós) ou de administração (*fiducia cum amico*), sob a estipulação de devolução ao fiduciante ou transferência a um terceiro, chamado beneficiário, quando realizada uma determinada condição, seja um evento, seja um termo, nos termos conforme contratado. (Cf. GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 32-33, 40-42; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 51-91).

⁴⁷⁴ Contrato regulado pelos artigos 693 a 709 do Código Civil, no qual o comissário compra e vende bens em seu nome próprio e por sua conta e risco, mas em favor do comitente, que o remunera pelo serviço prestado.

⁴⁷⁵ A prestação de serviços decorrente da relação de emprego é *intuitu personae* (é a subjetivação do objeto do contrato de trabalho). Na relação de emprego, o normal é que o empregado não se faça substituir por outro prestador de serviços. “Não se pode, também, despersonalizar o empregado, através do artifício da pessoa jurídica, porque, independentemente da personalidade atribuída ao prestador do trabalho, prevalecerá a vinculação do homem que trabalha pela elementar razão de constituir, o objeto do contrato de trabalho, a energia humana; ato de trabalhar, expressão indelével da pessoa física do prestador. Irrelevante a forma adotada para a contratação: aqui, com toda a sua força, atua o princípio da primazia da realidade.” (Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 193). A pessoalidade guarda estreita relação com a constatação de que o empregado é, necessariamente, uma pessoa física. (Cf. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 291).

⁴⁷⁶ Também chamado não eventualidade. Empregado é aquele que emprega a sua força de trabalho nas atividades habituais da empresa, isto é, da rotina natural da empresa (essencialidade do serviço para a atividade da empresa). CARMEN CAMINO esclarece com precisão: “Não é o lapso de tempo o seu fator determinante, mas a natureza do trabalho. O instalador hidráulico, dependendo da extensão ou da complexidade do defeito da coluna d’água, poderá permanecer trabalhando na loja um mês inteiro, ou mais; a balconista, apenas um dia. O primeiro não será empregado porque, na loja, sua atividade é eventual; a segunda o será, porque sua atividade está perfeitamente adequada à rotina da loja.” (Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 193). De resto, a doutrina salienta genericamente que a prestação de serviços deve ser habitual; para que se configure relação de emprego, o caso concreto deve apresentar uma relação contínua, não importando se de prazo determinado ou não (daí o presente elemento também ser chamado continuidade). Não quer dizer que o empregado tenha de trabalhar todos os dias para que o presente requisito esteja presente, bastando uma ou duas vezes por semana, desde que isso ocorra no mesmo dia da semana e no mesmo horário (exemplificativamente: (Cf. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 290 e ss.).

⁴⁷⁷ Dá-se em decorrência do recebimento de remuneração. Para mais, cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 92-93; e DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 298-300. Em uma sociedade, a maior parcela dos ganhos, ou melhor, a razão pela qual os sócios congregam recursos e esforços para o desenvolvimento de um negócio comum deve ser a partilha dos resultados, notadamente dos lucros, verdadeira razão de ser do ajuste societário. Dessa forma, a participação nos resultados deve ser um elemento evidente dentro do ajuste havido entre os sócios e da realidade societária. Participações meramente simbólicas ou que nunca chegam a se efetivar, mesmo que a sociedade opere sadamente, podem denunciar uma situação defectível, possivelmente um contrato de trabalho travestido de sociedade.

hierárquica⁴⁷⁸ e não sujeição aos riscos da atividade⁴⁷⁹), haverá um contrato de natureza laboral.

Esse é o universo dos elementos indispensáveis – cogentes. Mas existem, também, searas em que os participantes podem regular hipóteses fáticas disciplinadas por normas jurídicas dispositivas, que se caracterizam por não impor vínculo categórico em relação à prática de determinada conduta, estando os efeitos da aplicação da regra subordinados ao advento de uma condição suspensiva, qual seja, a de as partes não terem disposto no contrato de outra forma⁴⁸⁰.

Um exemplo de regra dessa natureza consta no art. 1.030 do Código Civil. O dispositivo determina que, nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado, salvo se os sócios tiverem disposto de outra forma no contrato social. A parte final do artigo (i.e., “salvo se os sócios tiverem disposto de outra forma no contrato social⁴⁸¹”) evidencia sua abertura para exercício da vontade dos particulares na determinação do método de avaliação da quota a ser liquidada.

⁴⁷⁸ Como salienta RUSSOMANO, o chamado poder diretivo do empresário decorre do fato social, histórico e econômico de que é o empresário quem corre os riscos do negócio e, em consequência, cabe a ele a prerrogativa de ditar ordens. (Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 93) O elemento subordinação hierárquica decorre do direito de dar ordens que o empregador possui. O trabalho do empregado é dirigido (orientação), fiscalizado (controle do horário, p. ex.) e disciplinado (punição do empregado faltoso, p. ex.) pelo patrão, a quem fica subordinado. Tais traços da subordinação podem se apresentar, no caso concreto, de forma mais ou menos intensa (Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 192). “O trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se como consequência ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar deste.” (Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 407). Mas a faculdade de dar ordens só é legítima na medida da legitimidade das ordens emitidas. O poder diretivo do empregador está circunscrito pelas leis, pelas convenções coletivas, pelas sentenças normativas, pelo regulamento da empresa e pelos próprios contratos individuais de trabalho (Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 93). Em direito societário, não se admite a subordinação de um sócio a outro. Aplica-se o princípio da maioria, mas isso é outra temática, que será mais bem examinada na Parte III da presente tese.

⁴⁷⁹ O único risco do empregado é o de não receber a seu salário por inadimplemento do empregador. “Ao empregado, que aliena força de trabalho, é devida a contraprestação salarial, independentemente dos resultados da empresa”. Em um empreendimento em que empregado e empregador empregam conjuntamente a sua força de trabalho sem a evidência ostensiva de quem exerce o poder de comando ou de subordinação hierárquica, o elemento capaz de diferenciá-los é a posição de quem assume o risco do negócio. (Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 195). Em uma sociedade, todos os sócios correm o risco do empreendimento, ainda que em proporções distintas, de acordo com a contribuição aportada para a formação do capital social.

⁴⁸⁰ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

⁴⁸¹ O primeiro sinal indicativo da possibilidade de uma derrogação convencional da norma legal é a existência da expressão “salvo previsão diversa no ato constitutivo”. Isso, no entanto, não significa que todas as normas legais nas quais inexistia tal expressão devam ser consideradas cogentes. Nesse sentido: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 147 (nota de rodapé 17). Outro indicativo importante

Em síntese, como defendemos ao longo deste trabalho, a autonomia privada é um princípio jurídico que permite às partes se autorregularem, escolherem o tipo contratual para o seu negócio ou modificarem os já existentes, desde que respeitados os limites legais. É plenamente possível sua manifestação no âmbito do direito das sociedades, diante da natureza obrigacional das relações jurídicas estabelecidas, bem como o caráter patrimonial dos direitos e obrigações delas decorrentes.

Todavia, a liberdade das partes não é plena, já que seu exercício deve respeitar o esquema societário mínimo, isto é, o conjunto de elementos essenciais ou o núcleo duro que forma o contrato de sociedade e que tem atuação no plano jurídico da existência. Isso quer dizer que a ausência, a eliminação ou a derrogação de algum desses requisitos pelo exercício do referido princípio determina o desaparecimento do negócio jurídico societário (i.e., contrato de sociedade). Nessa hipótese, não se pode falar em sociedade; estar-se-á diante de outro fenômeno/figura jurídica, mas não de um contrato de sociedade.

Tais requisitos são, portanto, inderrogáveis pela vontade das partes. Agora, se respeitada a estrutura mínima para a formação desse núcleo rígido, o negócio firmado entre sócios estará estruturado segundo um dos tipos societários, cujos elementos estruturantes são de natureza diversa e variada.

1.5. Apontamentos finais: Código Civil

O exame quantitativo dos dispositivos legais que regulam os tipos societários personificados do Código Civil (i.e., sociedade simples, limitada, anônima, comandita simples e comandita por ações) permite constatações rápidas, porém significativas⁴⁸². Apesar de o número de normas cogentes ser consideravelmente superior ao de normas dispositivas e de as primeiras regularem o eixo central dos tipos (o que se justifica em um sistema fechado), do ponto de vista qualitativo se vislumbra maior flexibilidade na lei e maior margem de atuação da vontade das partes na modelagem dos modelos societários⁴⁸³.

é a intensidade do verbo utilizado pelo legislador. O verbo “poder”, por exemplo, passa a ideia de disposição, enquanto que o verbo “dever” dá a ideia de obrigação

⁴⁸² Para aprofundamento sobre o tema ver: MOYSÉS, Maurício Boudakian. *Apontamentos sobre as normas gerais das sociedades no código civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

⁴⁸³ DIEGO CORAPI comenta sobre a tendência de crescimento ou redução das normas societárias cogentes nos diversos ordenamentos jurídicos, com especial enfoque para o direito norte-americano e para as companhias abertas. “(...) a tendência dos últimos vinte anos tem sido de uma menor regulação normativa, ou melhor, uma maior possibilidade de derrogação das normas cogentes pelas partes. Normas mais recentes têm sido mais ‘permissivas’ ao invés de obrigatórias e têm sido denominadas de contratos padrões, especificando os direitos e obrigações dos administradores e acionistas. As recentes dificuldades da economia global e dos mercados financeiros aparentemente inverteram a antiga tendência. A intervenção legislativa tem sido invocada pelos

Do exame das previsões gerais aplicáveis às sociedades empresárias conclui-se que tanto maior será a autonomia privada dos sócios na regulação de seus interesses societários quanto menor for a rigidez e a relevância do tipo societário delineado pela lei. Em outras palavras, isso significa que as formas societárias para as quais a lei dedicou maior atenção, regulando-as de forma exaustiva, tendem a ser estruturadas com um número reduzido de normas dispositivas e, por conseguinte, restringir a margem para atuação da autonomia privada dos sócios. Por outro lado, os tipos societários menos regulados tendem a outorgar às partes maior liberdade para ajustar o contrato da sociedade às suas necessidades (portanto, mais flexíveis).

Tudo indica que a técnica legislativa adotada pelo legislador foi a de regular intensa e exaustivamente os tipos societários socialmente relevantes⁴⁸⁴ e que tem maior impacto na sociedade, como é o caso das sociedades limitadas⁴⁸⁵ e anônimas⁴⁸⁶, duas das estruturas jurídicas mais utilizadas pelos agentes econômicos, e dispensar menor atenção e tratamento

investidores, e regras mais severas têm sido emanadas como reação aos escândalos corporativos. Assim, vemo-nos retornando à criação de regras obrigatórias para a governança corporativa: restrições à liberdade contratual estão novamente sendo justificadas para a proteção dos investidores e para assegurar o correto funcionamento dos mercados financeiros.” (Cf. CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 132/133).

⁴⁸⁴ Nesse particular, vale a ressalva: “(...) Distinguem-se os negócios legalmente típicos daqueles socialmente tipificados, afirmando-se que estes resultam da força criadora da autonomia privada, mas que, enquanto não recebidos nos ordenamentos, são designados negócios legalmente atípicos, conquanto tenham tipicidade social”. (Cf. SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista. 1999, p. 28).

⁴⁸⁵ O Capítulo IV do Código Civil vigente disciplina a sociedade limitada em oito seções, em um total de 34 artigos (1.052 a 1.086), sem contar as referências que esses dispositivos fazem ao Capítulo I, que regula a sociedade simples; ao Capítulo IX, que disciplina a liquidação da sociedade; e ao Capítulo X, que regulamenta as operações societárias da sociedade. Boa parte dos dispositivos legais previstos no capítulo da sociedade limitada tem caráter cogente ou contém comandos imperativos, restringindo sobremaneira a autonomia privada dos sócios e imobilizando o funcionamento da sociedade. A título exemplificativo, constituem normas cogentes/imperativas e/ou dispositivas/permisivas no atual regramento das sociedades limitadas os seguintes artigos, organizados de acordo com a seção em que estão inseridos: Seção I – Disposições Preliminares: (I) normas cogentes: arts. 1.052 e 1.053; (II) normas dispositivas/permisivas: arts. 1.053, parágrafo único, e 1.054; Seção II – Das Quotas: (I) normas cogentes: arts. 1.055, §§ 1.º e 2.º, 1.056, §§ 1.º e 2.º, 1.057, § 1.º, e 1.059; (II) normas dispositivas/permisivas: arts. 1.057, *caput*, e 1.058; Seção III – Da Administração: (I) normas cogentes: 1.060, parágrafo único; 1.061, 1.062, §§ 1.º e 2.º; (II) normas dispositivas/permisivas: 1.063, § 1.º; Seção IV – Do Conselho Fiscal: (I) normas cogentes: 1.066, §§ 1.º e 2.º, 1.067 e 1.070; (II) normas dispositivas/permisivas: 1.066, *caput*, e 1.069; Seção V – Das Deliberações dos Sócios: (I) normas cogentes: 1.071, 1.072, § 1.º, § 5.º, 1.073, I, 1.074, §§ 1.º e 2.º, 1.076, 1.078 e 1.080; (II) normas dispositivas/permisivas: 1.071, 1.072, *caput*, § 2.º, § 4.º, 1.079; Seção VI – Do Aumento e Redução do Capital Social: (I) normas cogentes: 1.081, *caput*, 1.082, 1.083, 1.084; (II) normas dispositivas/permisivas: 1.081, § 1.º; Seção VII – Da Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários: (I) normas cogentes: 1.085, 1.086 e 1.032; (II) normas dispositivas/permisivas: 1.086 e 1.031; Seção VIII – Da Dissolução: (I) normas cogentes: 1.087, 1.044, 1.033, 1.034, 1.036, *caput*, 1.037; (II) normas dispositivas/permisivas: 1.087, 1.044, 1.035, 1.036, parágrafo único, 1.038.

⁴⁸⁶ O exame das normas imperativas e dispositivas que regulam as sociedades anônimas será realizada no Item II, desta Parte II.

aos tipos societários historicamente importantes, porém socialmente irrelevantes, como é o caso das sociedades em nome coletivo e da comandita simples.

A opção, por si só, não é criticável. De fato, parece-nos correto o método de regular os tipos societários econômica e socialmente mais relevantes e dispensar menor tratamento àqueles com baixa aderência às necessidades práticas dos agentes. Criticável é, no entanto, a dose de regulação e a opção do legislador de tornar complexo o que antes era simples, disciplinando de forma cogente situações que permitiriam normas dispositivas.

A obviedade das afirmações não anula sua importância. Quer-se destacar o excesso de regulação construído para algumas sociedades empresárias no Código Civil (sociedades limitadas, por exemplo) e, por ricochete, a restrita margem de atuação dos sócios na criação de esquemas contratuais, a despeito da flexibilidade dos tipos e do fato de serem os sócios os maiores interessados no regramento de seus interesses econômicos⁴⁸⁷.

Disso tudo, é importante perceber que a existência de diferentes níveis de regras cogentes e dispositivas é capaz de acarretar distintas consequências na categorização e no funcionamento das sociedades, especialmente das anônimas, como veremos a seguir.

2. Sociedades anônimas: regime jurídico

2.1. Notícia histórica

Como já salientamos, as razões para o surgimento das sociedades anônimas foram eminentemente econômicas: os indivíduos e o Estado necessitavam de uma forma jurídica capaz de conciliar a acumulação de grandes quantidades de capital com a exploração de negócios em larga escala. E a sociedade anônima, nesse particular, cumpriu sua função com menção honrosa, contribuindo consistentemente para o desenvolvimento econômico mundial⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ A conclusão caminha do mesmo sentido das anotações de DIEGO CORAPI. No entanto, o campo de abrangência do autor é muito mais extenso, já que sua pesquisa inclui notas de direito comparado, especialmente dos Estados Unidos e da União Europeia. (Cf. CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, ano 7, jan./mar., 2004, p. 131-141, p. 140).

⁴⁸⁸ O desenvolvimento político, cultural e econômico da Europa durante a segunda metade do século XV e ao longo do século XVI foi determinante na história da civilização ocidental: marcou a transição da Idade Média para a Era Moderna. Até a metade do século XV, os europeus conheciam tão somente o continente europeu e outros territórios que circunscreviam o Mar Mediterrâneo; tinham notícias bastante imprecisas sobre alguns povos que habitavam a Ásia e desconheciam a América, a Oceania e grande parte da África. O mesmo contexto retratado um século depois evidencia mudanças significativas: a área conhecida do globo terrestre expandiu-se inúmeras vezes com a consecução de objetivos antes tidos como inimagináveis: a descoberta da América, do caminho das Índias pelo Cabo da Boa Esperança e do Estreito de Magalhães. Tudo isso em razão da coragem e das conquistas de navegadores colonizadores portugueses, espanhóis, ingleses e franceses. Há, nesse

espectro, uma mudança geográfica determinante para os rumos do comércio marítimo e das formas associativas que lhes davam o devido suporte jurídico: a intensificação das trocas comerciais a partir do século XV foi acompanhada pela mudança dos principais centros comerciais e financeiros do norte da Itália para a Holanda. Se nos séculos anteriores tais centros se localizavam nas cidades de Veneza, Milão, Gênova e Florença, a partir do século XVI o grande entreposto comercial, financeiro e sede de negócios bursáteis passou a ser a cidade de Antuérpia, substituída a partir de 1585, por Amsterdam. Apesar do crescimento e notável desenvolvimento de todos os setores da economia mundial, os empreendimentos permaneciam organizados em pequenas unidades de produção, que, por seu turno, não exigiam formas jurídicas de organização produtiva distintas daquelas criadas no decorrer da Idade Média. A título de ilustração, na agricultura remanesceram os pequenos agrupamentos familiares; no comércio e na indústria os negócios eram organizados em nome do próprio comerciante ou, alternativamente, em torno de alguns de seus familiares mais próximos, de modo que as sociedades em nome coletivo e as comanditas simples eram aptas a satisfazer e organizar unidades coletivas. Foi por meio de negócios voltados ao comércio marítimo e empreendimentos relacionados à mineração, cujos aportes financeiros exigiam maior vulto, que podem ser encontrados exemplos das primeiras formas jurídicas de associação, com características que podem ser consideradas como precursoras daquelas que viriam a caracterizar as sociedades por ações. As grandes navegações e o consequente processo de descobrimento de novas fronteiras, territórios e continentes criaram a necessidade da constituição de formas associativas capazes de explorar atividades econômicas em escala muito superior àquelas até então concebidas. As possibilidades de realizar boas margens de lucro com a exploração do Novo Mundo e dos caminhos das Índias ofereciam aos governos soberanos e aos particulares abastados ótimas oportunidades para aumentar seus patrimônios, mas exigiam, concomitantemente, o aporte de um grande volume de capital, que precisava rapidamente ser mobilizado, onde e com quem quer que fosse. O perfil e as características das expedições marítimas alteraram-se a partir do século XV. Não apenas o volume de capital era mais elevado, mas também o tempo de duração das viagens era mais longo, os custos e perigos do mar mais constantes. Esse conjunto de fatores fazia com que o tempo necessário para recuperar o capital aportado no empreendimento desde o início da viagem até a venda das mercadorias e a liquidação do negócio com margens financeiras positivas fosse estendido. A busca de regiões inexploradas e de continentes cuja existência poucos conseguiam atestar tornava imprescindível a reserva de recursos para atividades distintas do negócio em si, como o estabelecimento de entrepostos comerciais fora de fronteiras comuns, a construção de fortificações resistentes e a manutenção de efetivos militares capazes de garantir a defesa das conquistas realizadas. A Península Ibérica, representada por Portugal e Espanha, adotou uma política pioneira de monopólio estatal para esse tipo de comércio, em franca expansão. Fórmula semelhante, mas com elementos e características diversas, foi adotada pela Holanda, que concebeu a formação de companhias colonizadoras para o mesmo intento: buscava o Estado, com isso, promover a associação de seus súditos mais abastados e direcionar esses recursos para a conquista de riquezas em um mundo novo, praticamente inexplorado. Nesse panorama, uma constatação é inegável: as grandes companhias comerciais nasceram de grandes monopólios mercantis. De um modo geral, seu aparecimento ocorreu no século XVII, principalmente no Noroeste europeu. Da mesma forma que as cidades do interior italiano criaram (com o nome de *compagnias*) as sociedades à florentina e, a partir disso, refloresceram os circuitos do Mediterrâneo e da Europa, as províncias unidas europeias e a Inglaterra se serviram de suas companhias para conquistar o mundo. Aqui, porém, cabe uma ressalva: as companhias inglesas tiveram formação histórica própria, isto é, não influenciaram no processo constitutivo das companhias europeias continentais, nem foram por elas influenciadas. A propósito, a Companhia Inglesa das Índias Orientais foi constituída no ano de 1600, pela Rainha Elizabeth I, sob o nome de *Company of Merchants of London Trading to the East Indies*. No entanto, durante o seu primeiro século de existência, não se pode dizer que ela tenha sido uma verdadeira companhia por ações. Seu capital, muito inferior ao da Companhia Holandesa das Índias Orientais, era formado apenas para uma viagem, recuperando os mercadores, no regresso, seus investimentos e seus lucros. Além disso, durante anos cada acionista teve o direito de retirar sua participação. Foi necessário quase um século para que o modelo inglês alcançasse a estrutura do modelo holandês. Logo, quando se define uma linha de evolução histórica das sociedades colonizadoras deve-se iniciar pelas companhias franco-holandesas do século XVII e desembocar nas sociedades anônimas modernas, sem examinar o processo evolutivo das companhias inglesas. A origem das companhias colonizadoras está diretamente relacionada à associação dos Estados Nacionais europeus com comerciantes e investidores, como estratégia para contornar os desafios econômicos, políticos e militares postos pelos grandes descobrimentos. Vale ressaltar que nesse período a segurança não era uma característica ínsita às expedições marítimas, de modo que os pioneiros no mundo dos negócios corporativos arriscavam suas próprias vidas junto com as fortunas que pretendiam amealhar. Em resumo, a convergência de interesses que a política econômica mercantilista estabelece entre classes sociais antagônicas, durante o período do absolutismo monárquico, permite a formação de diversas alianças e redes de colaboração, entre as quais se destacam as companhias colonizadoras dos séculos XVII e XVIII e os monopólios estatais a elas outorgados. Foram essas as primeiras grandes empresas da era moderna, os arquétipos da forma jurídica

Em apertada síntese, o modelo jurídico do anonimato foi desenvolvido pelos Estados europeus, em resposta aos desafios jurídicos, econômicos e políticos decorrentes dos descobrimentos nos séculos XV e XVI⁴⁸⁹, como uma maneira de conciliar a limitação

da empresa capitalista, estabelecida a partir das codificações do século XIX: as sociedades anônimas. Os monopólios outorgados pelos Estados Nacionais e exercidos pelas companhias tinham três principais características: (I) praticavam intenso jogo capitalista, (II) eram impensáveis sem o privilégio concedido pelo Estado e (III) confiscavam zonas inteiras do comércio de longa distância. Tratava-se, em grande medida, de um verdadeiro “capitalismo monárquico” que contava com frotas próprias de navio, exército, feitores e monopólio de Estado, aos quais os homens de negócio tiveram que se adaptar. O relacionamento entre o Estado, os comerciantes e as próprias companhias era conduzido num ambiente de liberdade econômica, onde o espírito capitalista superava as dificuldades e se adaptava às esquisitices administrativas. Já naquele período, na visão do Estado, toda companhia representava uma operação fiscal, diretamente relacionada às dificuldades financeiras enfrentadas pelos monarcas. Todavia, durante os séculos XVII e XVIII, a constituição de uma sociedade anônima é tida como exceção à regra: a organização desse tipo de sociedade ficava restrita às companhias colonizadoras, primeiramente na Holanda e, logo depois, na Inglaterra e na França, com o objetivo primordial de explorar as riquezas econômicas do Oriente e do Novo Mundo. A intensa participação do Estado na formatação das companhias contribuiu para a excepcionalidade desse novo arquétipo jurídico, principalmente por meio da burocracia do processo necessário para sua constituição: toda nova companhia era constituída a partir de um ato de concessão do soberano; e tal carta especial era uma fonte de privilégio especificamente relacionado à limitação da responsabilidade e à possibilidade de dividir o capital social em ações livremente transferíveis. Sobre o tema: FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial, vol 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 8-18; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 10-11; LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As*, volume I, 3. ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 31-33; FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico*. Trad. de W. Roces. Madrid: Editorial Reús S.A., 1934, p. 25; BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*. Vol. 2: *Os jogos das trocas*. Tradução de Telma Costa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, 392-398; MICKLETHWAIT, John, WOOLDRIDGE, Adrian. *A companhia. Breve história de uma ideia revolucionária*. Trad. de S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 21/22; GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 82.

⁴⁸⁹ Segundo a doutrina, entre as formas primitivas das sociedades anônimas, contendo características que vieram a formar esse tipo societário, pode-se mencionar as *MAONE*, as *RHEEDEREIN* e as *CORPORAÇÕES ECLESIASTICAS MEDIEVAIS*. ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA referem que: “As *maone* – termo de origem árabe que significa ajuda, socorro – eram empréstimos públicos das estados-cidades da Itália, divididos em partes de igual valor, transmissíveis e alienáveis, designada *loca*, subscritas pelos membros das respectivas comunidades, e até por estrangeiros. O interesse comum na cobrança dos juros e do principal e o exercício das garantias instituídas (que em geral incluíam rendas públicas e privilégios) induzia os credores a se organizarem em corporações denominadas *compere* (que significa *compra*, para administrar seus créditos, de que são exemplos a Maona Genovese di Chio e o Banco di San Giorgio)” (LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As*. Vol I. 3. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 28). O historiador francês FERNAND BRAUDEL apresenta explicação semelhante: “As *maone* são associações, divididas em partes, e que se encarregam de tarefas que, na realidade, competem ao Estado: agir contra Ceuta (viria a ser, em 1234, a primeira das *maones*) ou, em 1346, colonizar Quio: a operação é executada com êxito pelos Giustiniani e a ilha ficará sob seu controle até 1566, ano em que é conquistada pelos turcos. Os *compere* são empréstimos ao Estado, divididos em *loca* ou *luoghi*, avalizados pelos rendimentos da *Dominante*. Em 1407, *compere* e *maone* são reunidas na Casa di San Giorgio, na verdade um Estado dentro do Estado, uma das chaves da secretíssima e paradoxal história da República. Mas serão *compere*, *maone*, casa, verdadeiras sociedades por ações? A questão vem sendo discutida, tanto num sentido como no outro.” (BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*. Vol. 2: *Os jogos das trocas*. Trad. de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 389). JACQUES LE GOFF, em estudo sobre o comércio na Idade Média, destaca que um comerciante de Gênova chamado Benedetto Zaccaria fez da sua sociedade genovesa uma relevante *maone*, de Quios, onde se encontravam praticamente todos os grandes nomes do comércio genovês, dominando o mercado do alúmen no século XIV e começo do século XV. LE GOFF, Jacques. *Mercadores e banqueiros na Idade Média*. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 22). Já as *Rheederein* eram associações constituídas para a armação de navios em que os interesses da expedição naval eram divididos em quotas-partes iguais, também designadas *loca*, alienáveis e transferíveis por herança, e que marcavam o limite da responsabilidade dos associados. Essas sociedades –

do risco econômico com a associação de recursos das mais diversas procedências, cujo objetivo primordial era viabilizar empreendimentos que ultrapassavam a capacidade financeira individual, familiar ou mesmo estatal⁴⁹⁰.

Assim como os demais tipos societários formados ao longo da Idade Média e Moderna⁴⁹¹, a sociedade anônima é uma criação eminentemente prática⁴⁹²; não surgiu de uma criação arbitrária de um legislador engenhoso; trata-se de um instrumento jurídico construído lentamente a partir de experiências passadas, aperfeiçoado com argúcia pelos agentes econômicos com base em necessidades complexas⁴⁹³.

como veremos adiante – formaram a base das companhias colonizadoras, ou seja, das primeiras sociedades por ações.” (Cf. LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As*, Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 28). Sobre o tema, ver também FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Trad. de W. Roces. Madrid: Editorial Reús S.A., 1934, p. 21-24. Por fim, as *corporações eclesiásticas medievais* exerceram importante influência no reconhecimento da existência externa das sociedades por ações, principalmente para cristalizar a ideia em torno da personalidade jurídica de tais sociedades. (Cf. LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As*. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30).

⁴⁹⁰ Nesse particular vale uma observação de cunho metodológico: na investigação histórica sobre a origem dos tipos societários não se pode confundir precedentes que apresentaram, de alguma forma, afinidades estruturais ou funcionais e que podem ter contribuído para a construção das bases de determinado modelo, com certas manifestações isoladas da vida econômica de um determinado momento histórico, às quais o instituto em estudo pode estar ou não diretamente relacionado. Feito esse alerta, apesar da verdadeira origem das sociedades anônimas não ter conexão direta com o período do renascimento comercial, é inegável que em alguns setores da economia italiana da Idade Média houve instituições cujas características serão reproduzidas nas sociedades anônimas mais primitivas. Mesmo assim, diferentemente das primeiras sociedades comerciais (sociedades em nome coletivo e sociedade em conta de participação, por exemplo) que fincaram seus precedentes históricos nas sociedades medievais originadas na Itália, as sociedades anônimas sedimentam suas raízes nas companhias colonizadoras holandesas dos séculos XVII e XVIII. Nesse sentido: SCIALOJA, Antonio. *Sull' origine delle società commerciali, Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 225-248, p. 240; e BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. por Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 1. Entre nós a evolução histórica das S/As é profundamente examinada em: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*, Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 27-105. Recomendamos também: COMPARAO, Fábio Konder. Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Médice de Florença. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 261-270.

⁴⁹¹ A Companhia das Índias Orientais foi constituída no ano de 1602 na Holanda, por meio da fusão de oito sociedades marítimas – *Rheederein*, consórcios de armadores de navios com prática no contato com financiadores e copartícipes – sendo considerada a primeira e a mais exitosa das companhias colonizadoras. Todas as demais posteriores a ela (e.g. holandesas, francesas, portuguesas, espanholas) são imitação e derivação desse modelo. Nesse sentido: BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. I. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, n. 337; FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Trad. de W. Roces. Madrid: Editorial Reús S.A., 1934, p. 23; SCIALOJA, Antonio, *Sull' origine delle società commerciali, Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 225-248, p. 243; ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 148.

⁴⁹² RODOLFO FISCHER destaca que na Inglaterra, no processo de formação das companhias colonizadoras, seus sócios eram chamados de “aventureiros”. (Cf. FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Trad. de W. Roces. Madrid: Editorial Reús S.A., 1934, p. 22).

⁴⁹³ Vale Ressalatar que foram concedidos à Companhia das Índias Orientais inúmeros privilégios (denominados de *oktroï*) cuja justificativa era o objetivo a que ela se propunha: penetrar e conquistar os territórios que compusessem o perímetro entre o Golfo Pérsico e a Indonésia. A companhia tinha, também, alguns poderes e prerrogativas de Estado, tais como: declarar guerra a nações inimigas, firmar tratados com Estados estrangeiros, concluir alianças e, até mesmo, cunhar moeda (Cf. LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José

A intensa participação do Estado na formatação das companhias contribuiu para a excepcionalidade desse novo arquétipo jurídico, principalmente por meio da burocracia do seu processo constitutivo: nos primórdios, toda nova companhia era constituída a partir de um ato de concessão do soberano; e tal carta especial era uma fonte de privilégio especificamente relacionado à limitação da responsabilidade dos acionistas⁴⁹⁴ e à possibilidade de dividir o capital social em ações livremente transferíveis⁴⁹⁵.

Luiz. *A Lei das S/As*. Vol I, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33). Sabe-se, por exemplo, que a Companhia das Índias Orientais governou a Índia com um exército de mais de 260 mil soldados, duas vezes maior que o efetivo do exército britânico, na mesma época. A Companhia da Virgínia participou ativamente da Revolução Americana de 1776, com a introdução do incipiente conceito de democracia. Outra, a Companhia do Mississippi, de John Law, foi responsável por uma crise financeira que destruiu a economia francesa no século XVIII, o país mais rico da Europa. (Cf. MICKLETHWAIT, John, WOOLDRIDGE, Adrian. *A companhia. Breve história de uma ideia revolucionária*. Trad. de S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 17). No mesmo sentido, narra FERNAND BRAUDEL que o advogado Pieter Van Dam, o homem que melhor conhecia a Companhia das Índias Orientais (*Oost indische Compagnie*) assim asseverou: “O Estado deve regozijar-se com a existência de uma associação que todos os anos lhe entrega somas tão vultosas que o país retira do comércio e da navegação das Índias três vezes mais lucro do que os acionistas”. (Cf. BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*. Vol. 2: *Os jogos das trocas*. Trad. de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 392/393).

⁴⁹⁴ No período ora examinado não é exagero afirmar que sociedade anônima era concebida como uma espécie de pacto firmado entre determinado grupo de mercadores privilegiados e o soberano. Explica-se: o primeiro confirma seu interesse e disposição de explorar negócios relacionados à colonização ultramarítima; enquanto o segundo espera, com isso, garantir o crescimento econômico do Estado, elevar a arrecadação de tributos, consolidar seu poder político (geopolítico) na região, ao mesmo tempo em que a nobreza visualizava a parceria como uma boa fonte de renda. A condição imposta pela classe burguesa ao soberano para suportar os riscos inerentes à exploração da referida atividade econômica é simples e objetiva: a concessão de um privilégio cristalizado na imunidade dos participantes frente ao antigo princípio da responsabilidade solidária e ilimitada. No processo de transformação dos tipos societários concebidos para a exploração de atividades econômicas, a regra (privilégio) da responsabilidade limitada representou uma quebra de paradigma de grande relevância. A justificativa do privilégio concedido às companhias colonizadoras estava diretamente relacionada à proporção econômica do negócio e aos grandes riscos assumidos pelos participantes. Nesse sentido, conclui-se que o benefício da responsabilidade limitada incidia diretamente sobre a relação existente entre a dimensão do empreendimento econômico e o risco a ele inerente. Assim, na nova lógica sistêmica, a dimensão da atividade econômica se convertia em incentivo ao empreendedor, e não um fator impeditivo, como anteriormente, na medida em que as eventuais perdas verificadas, por mais elevadas que fossem, afetariam apenas o patrimônio do comerciante nos limites do capital aportado. Sobre o tema: GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Il Mulino: Bologna. 5. ed., 2010, p. 83; e FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Trad. de W. Roces. Madrid: Editorial Reus S.A., 1934, p. 32; ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 148.

⁴⁹⁵ O outro caráter dessa nova figura societária, que diz respeito à divisão do capital social em ações, livremente transferíveis, representa um estímulo para que as demais classes detentoras da riqueza participassem do empreendimento. Por intermédio das ações circuláveis buscava-se uma forma de atingir um público mais amplo de financiadores, um meio de estender geográfica e socialmente as zonas de drenagem de dinheiro. O caráter negociável das ações representava, de certa maneira, uma compensação pela impossibilidade de os acionistas exigirem o reembolso dos aportes já realizados. Essa característica permitia que o acionista tivesse o direito de vender sua participação societária e recuperar o investimento aportado a qualquer momento. Esse traço denota, também, a importância da estabilização dos aportes realizados em torno de um fundo social, porque sustenta a possibilidade de mobilizar os direitos dos acionistas, baseados, justamente, nos aportes realizados. A sistemática funcionava da seguinte forma: a qualidade de sócio se incorporava a um título, denominado de ação, de livre transferência, cujo valor em dinheiro era facilmente realizável. As vantagens de poder participar dos benefícios do comércio sem assumir os respectivos riscos, que já existia no modelo das sociedades em comandita, foram incrementadas com a possibilidade de dispor da participação societária como se fosse um bem móvel. Assim, por meio de uma ação de emissão da companhia, a participação do sócio se convertia num valor em si mesmo, uma nova forma de riqueza mobiliária, muito mais atrativa que as outras concebidas até

A estrutura organizativa das companhias também era distinta da das demais sociedades medievais: abandona-se gradualmente o caráter pessoal das contribuições; o enfoque passa a ser efetivo aporte de capital no negócio. O diferente perfil dos participantes do empreendimento passou a exigir a formatação de grandes conselhos, nos quais os detentores de quantidades significativas de ações tinham permissão de participar e, por vezes, opinar, ainda que seu maior interesse estivesse voltado à distribuição periódica de vultosas parcelas de dividendos⁴⁹⁶.

O surgimento e o desenvolvimento do arquétipo jurídico das sociedades anônimas catapultaram a relevância da classe mercantil, que passou a usufruir de privilégios sociais antes inexistentes. Inicia-se, com isso, uma nova fase na história do regime capitalista, cujos princípios e regras vigoram até hoje, dentre os quais está a exigência de regras especiais e favoráveis (em relação ao direito comum) para o exercício de atividades econômicas relacionadas à produção e circulação de riqueza.

Em uma perspectiva quantitativa, a função exercida pelas sociedades anônimas também era diversa daquela exercida pelas sociedades em comandita, em conta de participação ou em nome coletivo; o novo tipo societário permitia realizar investimento em grande escala que as demais realizavam em universos reduzidos e que se caracterizava num contrato individual entre comerciantes e capitalistas determinados⁴⁹⁷. As margens de lucro e perda eram, portanto, significativamente distintas.

então. Explica-se: diferentemente das demais formas de investimento da época – como o ouro e as pedras preciosas – as ações têm a possibilidade de produzir renda (consubstanciada nos dividendos); muito embora elas não oferecessem a garantia da estabilidade do valor, dependendo este do desempenho da sociedade emissora, em certa medida os atrativos das ações eram (e ainda o são) superiores aos demais investimentos, mormente em razão da sua liquidez. As ações eram, portanto, um instrumento societário que permitia mobilizar recursos financeiros acumulados e provenientes de outros setores sociais (e.g. proprietários de terras, nobreza, clero, altos funcionários, etc.) em favor da classe burguesa. A grande vantagem dessa nova forma de financiamento em comparação aos instrumentos de financiamento da época era evidente: o capital aportado pelos acionistas é, diferentemente dos recursos que advêm de banqueiros ou outros financiadores, um capital de risco; logo, verificada a quebra da empresa e a perda do montante aportado, nada se deve aos acionistas, os quais, na condição de sócios, devem suportar os riscos do empreendimento; da mesma forma inexistente a cobrança de juros prefixados e com vencimentos rígidos, como ocorre nos empréstimos em geral; isso sem mencionar a figura do dividendo, que corresponde a um rendimento peculiar do investimento em ações, cuja periodicidade de sua distribuição dependerá das contingências do negócio explorado pela sociedade. Sobre o tema: ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 148; BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*. Vol. 2: *Os jogos das trocas*. Tradução de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 390; FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Tradución de W. Roces. Madrid: Editorial Reús S.A., 1934, p. 27; GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed., Bologna: Il Mulino, 2010, p. 84.

⁴⁹⁶ Sobre o tema, ver: LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As*, Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 34 e ss.

⁴⁹⁷ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 5. ed, 2010, p. 85.

Com o sucesso desse modelo jurídico desenvolve-se a lógica de que as companhias são cruciais para o desenvolvimento econômico, na medida em que aumentam o estoque de capital disponível para o investimento produtivo, ao mesmo tempo em que permitem aos investidores reduzirem seus riscos adquirindo pequenas quantidades de ações, facilmente negociáveis, de mais de uma sociedade, em distintos ramos do mercado.

Esse foi o passo decisivo para que o tema despertasse interesse político por parte do regulador. Não foi à toa que a história legislativa das sociedades anônimas como tipo formal próprio do direito comercial e destinado a grandes empreendimentos teve início com a promulgação do Código Napoleônico⁴⁹⁸, o qual foi responsável pela consolidação das regras e, especialmente, pela definição do modelo básico organizativo das sociedades coloniais privilegiadas europeias⁴⁹⁹. Inspirado nesse cenário, adveio a clássica metáfora de RIPERT:

Se se quisesse passar sem a sociedade anônima, seria preciso dispensar também o alto-forno, a máquina a vapor; a força hidroelétrica. O jurista é um servidor da economia. Pediram-lhe o meio de juntar capitais necessários à criação e à vida das grandes empresas. Ofereceu as sociedades por ações⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ As legislações do século XIX foram marcadas com o espírito do capitalismo, cuja origem foi a Revolução Francesa de 1789. A ascensão ao poder da burguesia foi responsável pela destruição da ordem anterior, que poderia se opor ao desenvolvimento do capitalismo. Além disso, seus ideais liberais permitiram a criação de um novo regime, capaz de assegurar o triunfo das ideias capitalistas. O Código Comercial Francês sancionou a liberdade de constituição das anônimas, observadas determinadas normas de caráter geral e subordinadas à autorização administrativa. Foi, efetivamente, a primeira codificação do regime jurídico das sociedades anônimas, encerrando, assim, um período importante de evolução histórica, da formação e da sedimentação das características que sustentam esse tipo societário. Na segunda metade do século XIX, dá-se um passo à frente: a Lei Francesa de 1867 admite a liberdade de constituição das anônimas, observadas as regras gerais quanto à sua constituição e verificada essa observância pela autoridade pública, às vezes por um órgão administrativo, como ocorreu no Brasil, outras por uma autoridade judiciária, no exercício de jurisdição graciosa, como ocorreu na França. Tanto o Código Napoleônico quanto as demais leis esparsas publicadas no mesmo período influenciaram as leis e os códigos que se seguiram, encerrando, portanto, o período antigo e histórico de formação dessas sociedades, contribuindo, de forma decisiva, para a formação e sedimentação das características que estruturam a organização desse tipo societário. A consolidação do tratamento legislativo das sociedades anônimas outorgou segurança jurídica aos participantes do negócio societário e potenciais investidores. A partir desse momento, tanto a lei quanto a doutrina e a jurisprudência passaram a debater e propor soluções aos problemas originados a partir da limitação da responsabilidade dos acionistas e pela circulação das ações, que se sedimentaram como os traços fundamentais desse tipo societário. Sobre o tema: RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 17 e ss.; ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 149.

⁴⁹⁹ SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132, p. 104/106.

⁵⁰⁰ RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, p. 61. Na visão de RIPERT, a origem das sociedades anônimas está diretamente relacionada ao surgimento da ação, como instrumento de participação societária, independente e livremente transferível, representativa de uma parcela do fundo social formado com aportes dos participantes, e fundamento da responsabilidade limitada do acionista. Percebe-se que essa visão histórica está em consonância com a que temos hoje desse tipo societário: uma sociedade empresarial baseada, fundamentalmente, no aporte financeiro irrevogável de seus acionistas, que resulta na formação de partes autônomas negociáveis – ações – e um dever de aporte e integralização limitado à quantidade subscrita. Na perspectiva da evolução legislativa, o reconhecimento das sociedades anônimas como tipo societário capaz de

O advento da Revolução Industrial, o aparecimento do processo de produção em massa e de distribuição em escala, o descobrimento de novos mercados consumidores, especialmente na África e na América, e a organização e o escoamento em maior proporção determinaram uma radical transformação do modelo de exploração de atividades econômicas em nível mundial⁵⁰¹.

Por ricochete, expandiu-se, também, o enfoque de atuação do modelo societário das anônimas, que deixou de ser um instrumento de uso exclusivamente estatal para exercer uma função de direito privado capaz de reunir inúmeros recursos econômicos em montante capaz de criar, consolidar ou expandir empresas em mercados variados e de diferentes tamanhos e dimensões⁵⁰².

Nessa conjuntura, as companhias estruturavam-se em torno de um tipo de contrato nominado, em que se pressupunha a emissão e a negociação de valores mobiliários em mercado, isto é, em larga proporção. Idealmente, as características do tipo estavam diretamente relacionadas à função econômica que ela desempenhava no mercado incipiente de capitais, qual seja: a de ser um modelo de organização jurídica dos grupos empresariais em economias de grande escala⁵⁰³.

Esse modelo de sociedade anônima pressupunha o capital social composto por aportes de um número indeterminado de indivíduos, nenhum dos quais titulares de uma soma

ser constituído por qualquer indivíduo representou a afirmação de um ideal político de liberdade: enxerga-se nas sociedades comerciais um meio de aglutinar capitais por meio da liberdade de contratar.

⁵⁰¹ CARLO M. CIPOLLA destaca a relevância da revolução industrial na transformação da perspectiva econômica mundial e na elevação dos padrões comerciais e econômicos a índices jamais imaginados: “Between 1780 and 1850, in less than three generations, a far-reaching revolution, without precedent in the history of Mankind, changed the face of England. From then on, the world was no longer the same. Historians have often used and abused the word Revolution to mean a radical change, but no revolution has been as dramatically revolutionary as the Industrial Revolution – expect perhaps the Neolithic Revolution. Both of these changed the course of history, so to speak, each one bringing about a discontinuity in the history process.” (Cf. CIPOLLA, Carlo M. *The industrial revolution*. London: Collins/Fontana Books, 1973, p. 7).

⁵⁰² BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 131. Como destaca FRANCESCO GALGANO, em seu brilhante estudo sobre a história do direito comercial, nesse momento a grande empresa já não era mais, como na sua origem, um fenômeno excepcional, diretamente relacionado às contingências políticas do regime absolutista e a determinados projetos pessoais de grandes mercadores. A técnica jurídica se converteu em um fenômeno ordinário da economia que podia se generalizar da mesma forma que se generalizavam técnicas novas de produção; ao fim e ao cabo, a sociedade anônima se torna um instrumento jurídico ordinário. (Cf. GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Il Mulino: Bologna. 5. ed, 2010, p. 154/155). O tema é aprofundado pelo autor em: _____. *Las instituciones de la economía capitalista*. Trad. Carmen Alborch Bataller y Manuel Broseta Pont. Barcelona: Aial, 1990.

⁵⁰³ Nas palavras de CARLOS EMÍLIO FERRI, citado por ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, talvez nenhum outro instituto jurídico mergulhe suas raízes tão profundamente no *humus* da vida econômica quanto às sociedades anônimas e, pelas consequências que provocou, parece evidenciar que nem sempre é a organização econômica que gera o direito, mas, muitas vezes, a ordem jurídica condiciona e promove a vida econômica. (Cf. LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As – Vol. I*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 20).

tal que lhe garantia a maioria do capital social (controle difuso ou disperso⁵⁰⁴). Diante da inexistência de vínculo entre o exercício da atividade e a pessoa do acionista, a fungibilidade dos participantes era a regra e a cessão da participação societária, sem o consentimento dos demais membros, a rotina. A administração da sociedade, por sua vez, era outorgada a profissionais do mercado (controle gerencial⁵⁰⁵), com vinculação mínima (ou sem vinculação) acionária com a companhia, o que elevava o foco nos resultados⁵⁰⁶.

A complexidade dos problemas, bem como as constantes e diversas variações das necessidades do tráfico mercantil fizeram com que a descrição dos caracteres tipológicos dessa estrutura societária fosse enriquecida e diversificada ao longo da sua evolução. Como era de se esperar, a superioridade das vantagens estruturais desse modelo, comparadas às dos demais tipos societários, fizeram com que os agentes econômicos optassem por adotá-la, mesmo quando seu objetivo imediato não era a participação direta no mercado de capitais⁵⁰⁷.

Esse movimento aliado à liberdade de constituição de sociedades – sobretudo na segunda metade do século XIX – foram determinantes para a utilização do arquétipo das anônimas em investimentos de menor porte, nos quais o laço entre os participantes era próximo, sem vínculo com a captação de poupança popular junto ao mercado. Essa expansão da estrutura jurídica das sociedades anônimas para um universo mais restrito, mas não menos importante do ponto de vista econômico, determinou uma quebra no seu paradigma funcional, desvinculando-a da necessária emissão de valores mobiliários e da captação de recursos públicos – típica sociedade anônima aberta –, direcionando-a para a organização de estruturas de negócios mais enxutas, geralmente idealizadas a partir de uma estrutura reduzida ou familiar, própria das sociedades anônimas fechadas.

Ainda que estrutural e funcionalmente distintas, as sociedades anônimas fechadas carregam consigo o mesmo DNA das abertas, mormente no que concerne as suas

⁵⁰⁴ Nesse sentido, referência é feita à obra de ADOLF BERLE e GARDINER MEANS (BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner, BERLE. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984), na qual os autores identificam através de pesquisa empírica, realizada na primeira metade do sec. XX, que a grande maioria das companhias abertas norte-americanas tinha o capital disperso e o controle exercido pelos administradores (gerencial). Entre nós, o tema foi objeto de qualificados estudos: COMPARATO, Fabio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008); e Eduardo Secchi Munhoz – *Empresa contemporânea e direito societário – Poder de controle e grupos de sociedade* (Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário – Poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002; _____. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013).

⁵⁰⁵ Nesse particular, merece referência o inovador artigo de autoria de NELSON EIZIRIK – O mito do controle gerencial (Cf. EIZIRIK, Nelson. O mito do “controle gerencial” – alguns dados empíricos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 66, abr.-jun./1987, p. 103-106) –, ainda na década de 80, no qual restou comprovada a inexistência de controle gerencial no Brasil.

⁵⁰⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.75-76.

⁵⁰⁷ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.76.

características fundamentais, dentre as quais estão a divisão do capital em ações, a responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas e a rigidez da sua estrutura corporativa⁵⁰⁸. O próximo item tratará brevemente dessas características.

2.2. Traços fundamentais

A Lei n. 6.404/76, responsável pela regulação das sociedades anônimas no Brasil, exige que esse tipo societário tenha uma estrutura organizacional interna básica, com uma série de órgãos cujas competências são estabelecidas de forma cogente, dentre os quais estão a assembleia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal⁵⁰⁹. Nesse particular, precisa é a observação de FÁBIO K. COMPARATO:

(...) ao contrário do que sucede nos demais tipos societários, a economia interna da sociedade anônima não é deixada à livre decisão dos seus fundadores ou acionistas. O legislador discriminou poderes-funções considerados fundamentais, atribuindo-os a órgãos próprios, insuprimíveis e inconfundíveis: o poder-função deliberante à assembleia geral, o poder-função administrativo à diretoria e o poder-função sindicante ao conselho fiscal. A liberdade negocial dos particulares, na organização de uma companhia, é, pois, limitada pelo respeito devido a essa estrutura básica. Reproduziu-se, assim, no direito privado, a mesma problemática de divisão de Poderes do direito constitucional, com o consectário de sua indelegabilidade⁵¹⁰.

Por se tratar de contrato legalmente típico que dá origem a uma pessoa jurídica – e, portanto, sociedade personificada –, seu conteúdo organizativo exige a presença de uma estrutura legal mínima, particularmente preenchida no estatuto social por uma série de

⁵⁰⁸ SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132, p. 118.

⁵⁰⁹ Vide, nesse sentido, as previsões (i) do *caput* do art. 122 (“Compete privativamente à assembleia geral (...)”); (ii) do art. 139 (“As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto”) e (iii) do §7º do art. 163 (“As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da companhia.”), todos da Lei n. 6.404/76.

⁵¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16; FERRI, Giuseppe. *Le società*. Torino: Utet, 1971, p. 412.

cláusulas cogentes e princípios fundamentais⁵¹¹, admitindo, no entanto, a manifestação da autonomia privada das partes, desde que respeitada tal estrutura mínima⁵¹².

Além dessa estrutura organizacional rígida, dois outros traços fundamentais desse tipo societário merecem maior destaque⁵¹³: (I) o regime da responsabilidade limitada dos acionistas e (II) e da circulação das participações societárias ou a transmissão da posição jurídica de sócio⁵¹⁴.

Essa conclusão decorre da própria Lei n. 6.404/76. O art. 1º prescreve que: “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”. Depreende-se do dispositivo legal que a divisão do capital social em ações circuláveis e a limitação da responsabilidade do acionista ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas são dois traços fundamentais das sociedades anônimas⁵¹⁵.

No entanto, reduzir o tipo societário das anônimas a características aparentemente estanques significa tolher grande parte da sua riqueza orgânica e limitar a exata compreensão dos pontos centrais da sua estrutura e, especialmente, do seu funcionamento. Analisemos, portanto, esses dois traços em uma perspectiva funcional, na qual seja possível vislumbrar

⁵¹¹ Ao tratar do abuso de minoria em direito societário, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, com base na doutrina alemã, elenca os seguintes princípios como estruturantes do regime jurídico societário: (i) vedação ao abuso de direitos; (ii) deveres societários de lealdade (ou fiduciários); (iii) igualdade de tratamento e (iv) proporcionalidade ou precaução no exercício de direitos. Porém, o autor faz a seguinte ressalva: “A procura de princípios jurídicos para regular, normativa e judicialmente, a conduta dos sócios é semelhante à procura de princípios jurídicos para regular outros atos unilaterais de vontade com eficácia vinculante (como os direitos potestativos, ou formadores judiciais, e as condições gerais de negócio). A consciência e a vontade dos juristas para conceber proteção contra os abusos – da maioria e da minoria – são mais importantes do que a elaboração de princípios jurídicos; enquanto a jurisprudência e a doutrina se preocupam unicamente com a legalidade exterior dos negócios privados, mas não com a sua *juestza* interna, permanecem sem utilização inúmeras possibilidades de pontos de partida; ao contrário, quando seriamente quer-se submeter o exercício do poder a controle jurídico, bastam as cláusulas gerais.” (Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 86-87).

⁵¹² FERRI, Giuseppe. *Le società*. Torino: Utet, 1971, p. 412; CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 198.

⁵¹³ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: _____. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias* (coords.). V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 66.

⁵¹⁴ Importante destacar que a regra da circulação de ações das sociedades anônimas encontra precedente histórico na circulação de títulos da dívida pública e de títulos – que hoje se denominariam de “debêntures” – nas cidades italianas na Renascença. Por exemplo, no célebre Banco de San Giorgio, em Gênova, os debenturistas se reuniam em associação para administrar bens do devedor, de maneira que as debêntures constituíam, economicamente, a figura das ações. (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 148).

⁵¹⁵ FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial, vol 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 28-30; SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132, p. 96. Apesar de concordar quanto aos elementos fundamentais do tipo, o jurista italiano critica o fato de essas características, por si só, não serem capazes de determinar a existência de uma sociedade anônima, na medida em que, para tanto, faz-se necessária a homologação do ato constitutivo e inscrição da sociedade no registro próprio.

uma íntima conexão entre eles, juntamente com outros aspectos que também julgamos relevantes.

Como ressalta ASCARELLI, as funções econômica e social desempenhadas pelas sociedades anônimas decorrem do fato de ela constituir um instrumento jurídico capaz de recolher economias em vastas camadas da população, amontoando, assim, recursos essenciais para a economia de produção, que superam as forças econômicas de indivíduos isolados, estatais ou particulares, ou, ainda, de pequenos agrupamentos. O poder e o potencial desse agrupamento de recursos são exponenciais: democratizar a captação do capital e facultar a participação de indivíduos em empreendimentos nos quais não teriam condições de, pessoal e diretamente, constituir ou administrar, seja em razão da pequenez do seu cabedal ou da sua inaptidão profissional, constitui uma característica importante da sociedade anônima. Essa possibilidade complementa-se com outra, também relevante: a existência de um mercado de capitais desenvolvido e com liquidez, facilitando a tarefa de encontrar quem substitua o agente, na hipótese de ele querer sair do negócio, desfazendo-se do investimento realizado, com ou sem lucro⁵¹⁶.

Outro aspecto fundamental nesse sistema é a incorporação da participação societária do sócio em um valor mobiliário, denominado ação. Essa abstração somente é possível quando o seu titular é limitadamente responsável ao montante do capital aportado, na medida em que, caso não o fosse, não seria possível a circulação no mercado, amplo ou restrito, da sua participação. Sobre o tema, disserta FÁBIO K. COMPARATO, retomando as lições de ASCARELLI⁵¹⁷:

(...) se os acionistas são meros titulares de ações, e não proprietários dos bens sociais, não se pode negar que a ação se reduz, afinal de contas, a um bem representativo de direitos sobre outros bens, na hipótese os fundos sociais. Tanto é verdade, aduzia, que no cômputo da riqueza nacional de um país não se adiciona o valor dos bens sociais ao valor das ações emitidas pelas sociedades. As ações, são, portanto, bens de segundo grau e que, como tal, não nos devem fazer perder de vista o fato de que os bens de uma companhia pertencem indiretamente, ou seja, através desse diafragma acionário, aos seus acionistas⁵¹⁸.

Entre a companhia e os acionistas existe, portanto, um diafragma acionário, que separa o patrimônio social dos patrimônios individuais daqueles. As ações se trocam, se vendem, se doam, se transmitem por legado ou herança, sem perturbar ou alterar, em nada, a economia societária. (...) A conclusão, portanto, é clara: as companhias são sociedades *sui generis*, pois exigem não a pluralidade de homens, e sim a de ações, como partes

⁵¹⁶ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 144.

⁵¹⁷ ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 130-216, p. 141 e 219-271, p. 235 e 245.

⁵¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 79/80.

iguais do capital social. Nesse sentido, constituem elas o protótipo das sociedades capitalistas⁵¹⁹.

A íntima relação entre essas características é determinante para compreender o modo de funcionamento das sociedades anônimas. Os princípios da divisão do capital em ações e o da responsabilidade limitada dos acionistas ao aporte realizado ganham independência ao longo da vida da sociedade, mantendo-se, entretanto, intensamente conectados. A razão para isso é simples: se inexistir responsabilidade limitada, não haverá divisão do capital em ações e, por conseguinte, circulação dos títulos, situação que, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a sociedade anônima de se organizar, tal qual a conhecemos, e, mais, de cumprir sua função econômica típica⁵²⁰.

Percebe-se, pois, que ambos os traços se prendem à função econômica das sociedades anônimas e estão relacionados tanto às relações externas (sociedade e terceiro) quanto às internas (sociedade e sócios). No primeiro caso, indicam o fato de o acionista não ser responsável pelas dívidas da sociedade, embora seja pela integralização das ações subscritas ou pelo preço das ações adquiridas. No segundo, destaca a fungibilidade dos acionistas e a livre circulação dos títulos, evidenciando a irrelevância das suas características pessoais para a identificação da sociedade, que permanecerá hígida, apesar da mudança dos participantes do negócio societário⁵²¹ (sem acarretar, inclusive, alteração do estatuto, mas apenas registro no livro próprio).

A despeito da sua estreita e inseparável conexão, esses dois traços fundamentais tutelam aspectos diversos no regime jurídico construído para esse tipo societário. Para fins de sistematização, a regra da responsabilidade limitada está diretamente relacionada à proteção da integridade do capital social da companhia, ao passo que o princípio da circulação das ações conecta-se com as relações entre os acionistas e o modo de desinvestimento⁵²².

⁵¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Correção monetária do capital social e distribuição de ações bonificadas. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 131-142, p. 136.

⁵²⁰ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 145; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vol 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 31.

⁵²¹ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 145-146.

⁵²² Essa conexão foi ressaltada por FÁBIO K. COMPARATO: “A sociedade anônima difere, nesse ponto, de todas as sociedades de pessoas, onde o poder de exclusão do sócio é, mais ou menos, expressamente admitido em lei, e onde se admite a retirada *ad libitum* da sociedade (C. Com., art. 339). A razão dessa diferença encontra-se, ao que parece, exatamente no caráter capitalista das companhias, com a separação absoluta entre patrimônio social e patrimônio individual dos acionistas. De um lado, o acionista não responde, em hipótese nenhuma, pelos débitos sociais. A fórmula legal de ‘responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (Lei 6.404/76, art. 1.º) é juridicamente insustentável: essa responsabilidade é por débito do próprio acionista – não as sociedades – e, ademais, não é limitada, pois abrange a totalidade da dívida. De outro lado, o dinheiro e os bens não pecuniários que o acionista transfere à companhia em pagamento pelo preço de

Com isso, busca-se segregar os interesses e as relações que concernem à tutela de terceiros e que se prendem à regra da responsabilidade limitada dos acionistas das regras relacionadas à organização interna da sociedade (maioria e minoria ou, em um linguajar mais preciso, controladores e não controladores) que se vinculam à divisão do capital em ações, à circulação destas, à fungibilidade dos acionistas⁵²³.

Em resumo, vimos que na lógica da Lei n. 6.404/76 os traços fundamentais do tipo das sociedades anônimas, tanto nas abertas quanto nas fechadas, devem ser compreendidos de forma conjunta, integrada e interativa, girando, essencialmente, em torno de quatro pontos essenciais (I) o capital dividido em ações; (II) a responsabilidade limitada de todos os acionistas ao preço de emissão das ações adquiridas ou subscritas; (III) a livre circulação dos títulos representativos deste capital; e (IV) a rigidez da sua estrutura organizacional.

Nesse sentido, pode-se dizer que toda sociedade rigidamente organizada, cujo capital social for representado por ações circuláveis, a responsabilidade dos sócios estiver limitada ao pagamento do valor das ações subscritas ou adquiridas e sua estrutura organizacional for rigidamente estabelecida pela lei deve ser considerada uma sociedade por ações. Dessarte, a consistência e a estabilidade da disciplina jurídica das sociedades anônimas, abertas e fechadas, estão fundadas sobre esses elementos caracterizadores mínimos⁵²⁴.

Apesar da correção da conclusão acima, reitere-se que a descrição tipológica das sociedades anônimas não se resume apenas a tais características. Existem outros elementos marcantes do tipo que merecem referência, tais como as decisões tomadas por maioria de votos, os direitos essenciais dos acionistas, os instrumento de proteção da minoria, a mecânica em torno do poder de controle, os dividendos obrigatórios, as demonstrações financeiras, o processo de liquidação e extinção, a alienação de controle, as operações societárias e assim por diante.

emissão das ações subscritas não lhe podem ser devolvidos a seu pedido, enquanto a sociedade existir, mas apenas por ocasião de uma redução de capital, deliberada pela assembleia geral com concordância dos credores (art. 174), ou nas hipóteses taxativamente enunciadas de recesso acionário” (COMPARATO, Fabio Konder. Funções e disfunções do resgate acionário. In: _____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 120-130, p. 124).

⁵²³ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 150.

⁵²⁴ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77.

Destacaremos, abaixo, de forma resumida, três pilares que entendemos relevantes para os fins do presente estudo⁵²⁵, a saber: (I) as deliberações assembleares; (II) o princípio majoritário e (III) o direito de recesso.

2.2.1. Nota sobre a assembleia geral e a natureza jurídica das deliberações sociais

Etimologicamente, o termo *assembleia* significa uma reunião de pares ou iguais (e.g. sócios, acionistas, credores) que se juntam para debater e deliberar sobre certa matéria de interesse comum – os rumos de uma sociedade, uma alteração estatutária, a aprovação ou não de um plano de recuperação judicial, por exemplo⁵²⁶.

A assembleia geral dos acionistas forma um dos órgãos estruturais e funcionais das sociedades anônimas⁵²⁷, sendo naturalmente composta pelos seus próprios acionistas, com

⁵²⁵ JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA ressalta como características relevantes das S/As, além dos seus traços fundamentais anteriormente referidos, o exercício de cargos de administração por pessoas que não são acionistas, o uso de denominação, a proibição do uso de firma e a possibilidade de alterar o estatuto com base no princípio da maioria. (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: _____. LAMY FILHO, Alfredo (coords.). *Direito das companhias* (coords.). V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67).

⁵²⁶ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 412-413. No mesmo sentido, destaca RICARDO TEPEDINO que: “A etimologia confirma esse significado: do latim *simul* (ao mesmo tempo; igualmente), provém *similis* (semelhante, parecido) e, deste último, o verbo francês *assembler* (juntar, reunir, congregar – em inglês, com o mesmo significado, *assemble*). Do particípio passado de *assembler* – *assemblée* – vem o português *assembleia*, no sentido de convocação dos iguais. Convocam-se pessoas iguais, os acionistas, para deliberarem sobre matérias da sociedade (esta de *socius*, o que acompanha.” (Cf. TEPEDINO, Ricardo. Capítulo II – Assembleia Geral. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). *Direito das companhias*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 871; FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 357. Na mesma direção, com boa pesquisa sobre as assembleias na antiguidade, ver apanhado de BING, Plínio Paulo. *Direito assemblear nas sociedades mercantis e civis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 7-12.

⁵²⁷ Como já destacado, a noção de assembleia geral como órgão central retoma a comparação estrutural entre sociedade e Estado. Note-se, todavia, que a assembleia geral de acionistas não foi originalmente prevista no Código Comercial Francês de 1807. Foi somente 60 anos depois, com a promulgação da lei francesa de 1867, que ela foi elevada à condição de órgão soberano da sociedade, regida pelo princípio majoritário. O Código Comercial de 1850, seguindo a mesma diretriz do Código Francês de 1807, não erigiu a assembleia geral como um órgão da companhia. A origem das assembleias advém dos estatutos das velhas companhias, embora as previsões estatutárias referissem que somente os principais co-participantes tinham voz deliberante nos encontros. Apesar de as assembleias gerais já existirem na prática societária nacional, especialmente no Banco do Brasil, seu reconhecimento legal veio apenas com o Decreto 434, de 4 de julho de 1891, sendo, na época, as decisões assembleares tomadas pelo poder jurídico do voto determinadas pela lei e pelo estatuto social e não pela maioria numérica dos acionistas. Nesse sentido, ver: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. V. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 79-80; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 259-261; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 112. Para aprofundamento sobre a noção de órgão na esfera societária, ver FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembléias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18 e ss; ROMANO-PAVONI, Giuseppe. *Le deliberazioni delle assemblee delle società*. Milano: Giuffrè, 1951, 49-52; SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914, 18-37.

ou sem direito de voto⁵²⁸. Ao examinar a natureza da competência legal da assembleia geral no âmbito das companhias, assevera FÁBIO K. COMPARATO:

A liberdade negocial dos particulares, na organização de uma companhia, é, pois, limitada pelo respeito devido a essa estrutura básica. Reproduziu-se, assim, no direito privado, a mesma problemática da divisão de poderes do direito constitucional, com o consectário de sua indelegabilidade. A assembleia geral tem competência privativa para deliberar sobre determinadas matérias (Lei 6.404/76, de 15.12.1976, art. 122) (...). No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembleia geral o órgão primário, ou imediato, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los (Lei 6.404/76, art. 122, III). Nesse sentido estritamente jurídico, nem sempre coincidente com a realidade econômica, ela é, sem dúvida, o poder supremo da companhia (...).⁵²⁹

É reconhecida como órgão da sociedade, normalmente colegiado⁵³⁰, cujas decisões são tomadas com base no princípio majoritário⁵³¹. Se devidamente convocada e instalada, nos termos da lei e do estatuto, sua função é versar sobre as matérias de sua competência, decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes a sua defesa e ao seu desenvolvimento⁵³² (art. 121 da Lei n. 6.404/76). A

⁵²⁸ DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 158; MESSINEO, Francesco. Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell'assemblea degli azionisti. In: _____. *Nuovi studi di diritto delle società*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 213-214.

⁵²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16/17. Ao tratar do tema, salienta ROMANO CRISTIANO: "(...) a assembleia geral é o poder supremo da companhia, do qual emanam todos os demais poderes. Tem, por isso, uma série de competências privativas que, como tais, nunca poderiam ser atribuídas a outros órgãos da companhia, uma vez que tal atribuição – feita ao arrepio da lei – seria, a nosso ver, nula de pleno direito." O estudioso, no entanto, faz severa crítica quanto à inexatidão no uso do termo *soberania* no sentido de *autonomia*: "Gostam alguns de dizer que a assembleia geral é soberana; e argumentam que o próprio estatuto social – o qual, de certa forma, está acima de tudo e de todos – pode ser modificado a qualquer momento pela assembleia. Apesar disso, não aconselhamos o uso de tal expressão, por inexata. Soberano é poder que não tem nenhum outro poder acima de si. A assembleia geral da companhia tem a lei acima de si, uma vez que não pode fazer o que a lei lhe proíbe" (Cf. CRISTIANO, Romano. *Órgãos da sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 1).

⁵³⁰ MESSINEO, Francesco. Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell'assemblea degli azionisti. In: _____. *Nuovi studi di diritto delle società*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 214. Entre nós, exemplos de exceções ao caráter colegiado das assembleias gerais estão nas previsões dos arts. 206, I, d, e 251 da Lei n. 6.404/76.

⁵³¹ ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA ressalta que para a instalação da assembleia e validade das suas deliberações basta a presença de apenas um único sócio, desde que este seja titular de ações suficientes para atingir os respectivos quóruns de instação e deliberação exigidos pela Lei 6.404/765 (especialmente os dos arts. 87, 125, 129 e §1º, 135 e §2º c/c 97, §1º, e 136 e §§ 1º e 2º) (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 30-31). No mesmo sentido, FÁBIO K. COMPARATO salienta que, na sociedade anônima, "(...) o status socii decorre da titularidade de frações alíquotas do capital, representadas por valores mobiliários: as ações. (...) Qualquer poder ou direito de acionista há de ser exercido, unicamente, com base na titularidade de ações. O que conta, portanto, é a pluralidade destas, e não a de acionistas. Uma assembleia geral pode instalar-se e deliberar, validamente, com um único acionista, cujo pacote acionário representa quorum legal. (...)” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Correção monetária do capital social e distribuição de ações bonificadas. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 131-142, p. 136).

⁵³² Para aprofundamento sobre a estrutura e a função das assembleias gerais nas sociedades anônimas, ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28-64; ROMANO-PAVONI, Giuseppe. *Le deliberazioni delle assemblee delle società*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 33-80; SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914, 38-68.

vontade expressa pelos sócios reunidos na assembleia e representantes de determinada parcela do capital social vale como vontade da sociedade e vincula todos os sócios, inclusive os ausentes, os que se abstiveram e os dissidentes⁵³³.

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA faz percuciente observação sobre a atividade exercida pela assembleia geral e seus efeitos:

A atividade da assembleia, como é sabido, se desenvolve durante as reuniões dos acionistas, nas quais ocorrem debates e podem ser tomadas deliberações. Nas deliberações se manifesta a vontade dos votantes, que se identifica, observados o quórum e a forma legais, com a vontade social⁵³⁴.

Ressalta BULHÕES PEDREIRA, um dos coautores do projeto da lei das S/As, que a deliberação assemblear, como produto resultante da reunião de acionistas,

(...) constitui processo de decisão sobre ato voluntário, mas a palavra é usada também para significar o resultado ou o efeito desse processo. A deliberação individual é processo mental do agente; a coletiva é processo social – conjunto de atos de dois ou mais indivíduos interligados por relações próprias de um sistema social. O processo de deliberação coletiva pressupõe – por natureza – um grupo de pessoas e um procedimento que organize em ato coletivo os atos de vontade dessas pessoas⁵³⁵.

Apesar de órgão interno componente do organismo societário, a assembleia não constitui um ente jurídico em si, apartado da sociedade⁵³⁶. É, na verdade, parte da ossatura,

⁵³³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31; CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*. 8. ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012, p. 314. No mesmo sentido estabelece o §5.º do art. 1.072 do Código Civil: “As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes”.

⁵³⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34.

⁵³⁵ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 656.

⁵³⁶ Sobre a natureza interna da assembleia geral de acionistas assevera VASCO DA GAMA LOBO XAVIER: “Por vezes tem-se afirmado ainda que é no interesse de terceiros – ou também no interesse de terceiros – que os sistemas legais como o nosso procuram facultar, nos termos apontados, a pronta obtenção de certeza quanto à eficácia de suas deliberações sociais. Mas sem razão (...) É que às deliberações da assembleia geral cabe, em princípio, um significado meramente interno. As relações estabelecidas pela sociedade com terceiros são-no quase sempre na base de actos de outro tipo, os quais, mesmo quando se filiam directa ou indirectamente numa deliberação, possuem, em regra, um valor autónomo relativamente a esta. Surgem, assim, como muito excepcionais as hipóteses em que aos terceiros importa uma certeza sobre os efeitos das deliberações da assembleia – e nessas hipóteses, de resto, o referido interesse daqueles sujeitos, em caso de invalidade do acto, obtém protecção através da aplicação dos princípios gerais, mesmo na falta de meios próprios de tutela, que as legislações por vezes estabelecem, como entre nós acontece. (...) o princípio de que a assembleia geral das sociedades anónimas e por quotas (e também as associações) é um órgão interno. (...) Quer-se com isto dizer que, como regra, a representação da pessoa colectiva – a sua actuação pelo que toca às relações externas – compete a outro órgão. As deliberações da assembleia produzem apenas efeitos jurídicos no restrito âmbito da corporação. E assim, conforme observa Von Tuhr, I, p. 512, ao enunciar muito claramente este princípio da organização das pessoas colectivas, se a assembleia delibera a celebração de um contrato com um terceiro, a deliberação tem o alcance de uma ordem à direcção para que conclua tal contrato. (...) Para a contraparte do negócio ordenado, os respectivos direitos nascem deste último acto e de nenhum modo se fundam na deliberação. Esta, portanto, tem um relevo apenas prático, e não jurídico, perante o terceiro em causa.” (Cf.

da espinha dorsal da sociedade, e representa uma associação ocasional de acionistas, cujos interesses variam, assim como a sua composição numérica, qualitativa e quantitativamente (*variabilità del substrato personale*), resultante da mutabilidade e da instabilidade de seus participantes, dada à ambulatoriedade dos sócios⁵³⁷.

No dizer da doutrina peninsular, mais especificamente de FRANCESCO MESSINEO, “(...) la società è qualcosa di più dell’assemblea e l’assemblea è qualcosa di meno della società (...) Inoltre, la società per azioni è un soggetto giuridico, sopra tutto, agli effetti esterni: laddove, l’assemblea è anche tale, ma (come vedremo: infra 6) a soli effetti interni: essa è un soggetto, soltanto in senso che diremmo strumentale⁵³⁸.”

Para MESSINEO, trata-se de órgão com “existência material efêmera” (“*esistenza materiale effimera*”), em razão, principalmente, da sua “manifestação intermitente” (“*incarnazione intermitente*”), isto é, descontínua, que aceita interrupções, mas que se limita ao intervalo de tempo durante o qual os acionistas estão reunidos para discutir e deliberar sobre as matérias de sua competência⁵³⁹.

Explica-se: a existência da assembleia possui uma ritualística formativa própria, com prazo de duração legalmente estipulado, cuja liturgia se inicia com (I) a disponibilização tempestiva das informações necessárias para que cada participante tenha a oportunidade de se preparar para o encontro; (II) a prévia convocação de todos os interessados; (III) a instalação do conclave, passando pela (IV) leitura da pauta de deliberações estabelecida pela ordem do dia, (V) pela votação, pelo escrutínio dos votos válidos e pela proclamação dos resultados; e, finalmente, (VI) o encerramento dos trabalhos e a lavratura da ata, com sua publicação, se exigido pela lei. Essa é a estrutura básica da deliberação⁵⁴⁰, de modo que, fora desse contexto, a assembleia permanece um órgão adormecido, silencioso, “quiescente” (“*quiescente*”), exercendo o que se convencionou chamar de “atividade saltuária” (“*attività*

LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, 101-103, nr. 7)

⁵³⁷ MESSINEO, Francesco. Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell’assemblea degli azionisti. In: _____. *Nuovi studi di diritto delle società*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 216-217; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32.

⁵³⁸ MESSINEO, Francesco. Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell’assemblea degli azionisti. In: _____. *Nuovi studi di diritto delle società*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 215.

⁵³⁹ MESSINEO, Francesco. Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell’assemblea degli azionisti. In: _____. *Nuovi studi di diritto delle società*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 215; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32.

⁵⁴⁰ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 416. Simplificando, SOPRANO divide a ritualística assemblear em três diferentes momentos: (I) convocação; (II) reunião; (III) deliberação. In SOPRANO, Enrico. *L’assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914, p. 37.

saltuaria”), já que sua existência coincide, justamente, com o período do seu funcionamento⁵⁴¹⁻⁵⁴².

A doutrina entende que as deliberações da assembleia geral são atos ou negócios jurídicos privados formados a partir da manifestação de vontade de seus acionistas, reunidos segundo os critérios definidos na lei e no estatuto social – respeitando todas as regras e procedimentos de caráter imperativo do que se denominou de “método assemblear⁵⁴³”, acima descrito, detalhadamente regulado pela Lei n. 6.404/76 (arts. 86, 87 e 123 a 136), que

⁵⁴¹ MESSINEO, Francesco. Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell’assemblea degli azionisti. In: _____. *Nuovi studi di diritto delle società*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 213-226, p. 215-216. Entre nós, o tema foi brilhantemente abordado por: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 30-35.

⁵⁴² As características da assembleia geral foram didaticamente resumidas por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, com base nas lições de MESSINEO: “A assembléia geral, apesar de ter, na curiosa formulação de Messineo, uma ‘incarnazione intermittente’, possui, contudo, existência material efêmera: limita-se ao espaço de tempo no qual os acionistas nela se reúnem, discutindo e deliberando. Fora desses momentos, é um órgão quiescente, devendo ser convocada, na forma da lei (arts. 123, 124 e 294, I, da Lei n. 6.404/76), para poder atuar, salvo na hipótese de assembléia totalitária, que dispensa as formalidades previstas em lei para a convocação (art. 124, §4º). Exaurida que seja, a assembleia retorna ao seu estado de quiescência, até a próxima convocação e constituição. Tem a assembléia, pois, incontestável realidade jurídica, embora seja privada de existência material permanente. Essa existência material coincide apenas com os períodos de seu efetivo funcionamento, exercendo referido órgão, assim, uma atividade saltuária. Outra característica da assembleia geral consiste naquilo que Messineo denomina de ‘variabilità del substrato personale’, ou seja, na mutabilidade de sua composição, dada a ambulatoriedade dos sócios. As assembléias podem ser diversamente compostas, caso por caso, sem necessidade de que a elas compareçam todos os sócios, ou ainda de que compareçam os mesmos sócios em umas e outras, o que ocorre em virtude das sucessivas modificações no quadro social. A composição do conclave, pois, está sujeita a renovar-se, com possibilidade, inclusive, de vir a tornar-se completamente diversa da original. Tal característica da assembleia decorre, antes de tudo, de uma exigência prática, facilmente perceptível: se se exigisse a presença dos mesmos participantes do conclave original, condenar-se-ia o órgão à inatividade. A assembleia geral, portanto, sobre ter um funcionamento saltuário, é instável na sua estrutura. Essa instabilidade, nada obstante, não a priva de identidade, sob o aspecto jurídico. É a assembléia, desse modo, no dizer do ilustre jurista que vimos citando, *altera et una*: altera porque, na maioria dos casos, não é igual a si mesma, quanto à sua composição; uma porque o complexo de sócios que, em determinado momento, a compõem, uma vez tendo sido respeitadas as formalidades legais (convocação, quorum de instalação, etc) corresponde à noção jurídica de assembleia, independentemente de quem sejam, em concreto, seus participantes. Em suma, examinada do lado externo, a assembleia é sempre uma e igual a si mesma, dado que, em senso técnico, é sempre assembléia, sem embargo de poder apresentar uma composição diversa, com relação aos conclaves precedentes. Do fato de ser órgão interno da companhia, decorre ainda a peculiaridade de a ‘vida de relações’ da assembleia concretizar-se exclusivamente em relações que Messineo denomina de endo-assembleares, ou seja, que não se projetam externamente, perante terceiros.” (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32-33).

⁵⁴³ O exemplo construído por BULHÕES PEDREIRA para explicar a regular formação de uma deliberação coletiva é bastante elucidativo: “Assim, por exemplo, se um pesquisador de opiniões perguntasse a todos os sócios de uma sociedade qual deva ser a decisão social sobre determinada questão, o conjunto de respostas que recebe é um agregado de atos individuais, não uma deliberação coletiva; ainda que todos se manifestem no mesmo sentido, essas manifestações não expressam a vontade social – não são imputáveis ao grupo, como um todo. Para que exista deliberação social é necessário que os sócios se manifestem sobre proposta de deliberação na qualidade de membros do grupo e com o fim de definir a vontade social, o que pressupõe um procedimento que organize seus atos. Esse procedimento precisa compreender ao menos: (a) a comunicação a todos os sócios da instauração do processo de deliberação e da proposta a ser votada; (b) a manifestação dos sócios sobre a proposta com o fim de formar a vontade social; e (c) a coleta dos votos e a proclamação da deliberação social”. (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 656).

representa verdadeira condição de validade das deliberações⁵⁴⁴ e mecanismo de proteção dos acionistas minoritários⁵⁴⁵.

Com precisão, conclui ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA:

A assembleia geral, portanto, tem precípua função deliberante, mas esta deve ser exercida mediante procedimento que assegure a possibilidade do contraditório, ou seja, da participação de todos os acionistas na reunião e no debate sobre as matérias submetidas à deliberação. Somente assim esta poderá vir a constituir expressão da assim chamada “vontade social”. Fora disso, haverá disfunção social⁵⁴⁶.

Quanto à natureza jurídica das deliberações assembleares, a doutrina civilista fala na formação de atos coletivos⁵⁴⁷ (mais especificamente atos colegiais, como adiante

⁵⁴⁴ O tema das invalidades das deliberações assembleares é complexo e foge ao escopo do presente estudo. Tangenciaremos a matéria ao tratar dos efeitos da violação de normas societárias que regulam os direitos individuais dos acionistas. O assunto é explorado com profundidade em: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37 e ss; LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, 87-264; GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale. Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 253-265; PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005. Há recente estudo processual sobre o tema que também merece referência: PEREIRA, Guilherme Setoguti. *Impugnação de deliberações de assembleia de S/As*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁵⁴⁵ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 39; PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, 154 e ss; GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 190-194.

⁵⁴⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 40.

⁵⁴⁷ Em recente ensaio sobre parte contratual, ALCIDES TOMASETTI JUNIOR ressalta a diferença entre atos colegiais, coletivos e complexos: “8. Os *atos coletivos (Gesamtakten)* são compostos por duas ou mais de duas manifestações ou declarações volitivas *distintas*, provenientes, *intraparte*, de figurantes plúrimos, no sentido de servir a um *interesse idêntico de todos esses mesmos figurantes*, que suportarão, igualmente, nas esferas jurídicas individuais correspondentes, os efeitos dos atos assim compostos. Os atos jurídicos coletivos ou compósitos podem formar-se pela maioria ou pela unanimidade dos figurantes, vinculando-se a totalidade desses figurantes pela eficácia extensiva do acordo majoritário. É o caso das *decisões* sobre a administração da coisa em *condomínio geral*, que se estabelece pela *maioria absoluta* dos figurantes condôminos (CC, art. 1.325, § 1.º), calculada essa maioria pelo valor dos quinhões (art. 1.325, *caput*). O Código Civil de 2002 manteve o termo técnico *deliberação* (CC de 1916, art. 637, § 1.º). (...) No contrato de compra e venda da coisa comum (art. 1.320, *caput*), a *parte em sentido formal vendedora é multfigurativa*, imputando-se ao *centro de interesses* a eficácia do ato. 9. Os *atos complexos (Verreinbarungen)* integram-se pelo intermédio de *atos jurídicos lato sensu distintos*, praticados por agentes distintos, situados numa parte contratual multissubjetiva, orientada à realização do interesse ou dos interesses de um ou de mais de um dos outros agentes negociais, que poderão ser também figurantes, porquanto titulares do centro de interesses correspondentes à parte contratual, e também à relação jurídica irradiada pelo contrato. Exemplifica-se com a hipótese da *decisão*, tomada nas sociedades simples, por dois ou mais administradores conjuntos, ou por órgão deliberativo presente, no sentido de prover o interesse da sociedade (CC, art. 1.014, primeira parte). Fala-se, aqui, em “ato complexo igual”. Diferencia-se do *ato complexo desigual*, como o que sucede no contrato concluído pelo menor com 16 anos completos, cuja anulabilidade é evitável pelo *assentimento* da pessoa legitimada (CC, arts. 171, I, e 176). Vê-se, agora, que o acordo contratual implica *parte em sentido formal plurissubjetiva*, em que o menor é coetaneamente sujeito figurante na parte em sentido formal (é o titular do contrato e também titular das posições jurídicas ativas e passivas constantes da relação *ex contractu* – parte em sentido substancial). 10. Os *atos colegiais* são constituídos pela manifestação ou pela declaração de *votos*, atos jurídicos *stricto sensu* – enunciados pelos multfigurantes numa assembleia ou colegiado – que se consubstanciam num só *negócio jurídico deliberativo (Beschluss = deliberação)*, resultante da *maioria* dos votantes, para a conservação e a

demonstrado) para fins de diferenciá-las dos contratos em geral. A propósito, segundo PONTES DE MIRANDA:

A deliberação da assembleia é ato coletivo, criativo, ou autorizativo, ou aprovativo (inclusive ratificativo). Não se trata de contrato: falta-lhe o consentimento de todos os figurantes (membros presentes), ou, pelo menos, tal consentimento é acidental; não há troca de manifestações de vontade, há convergência de, pelo menos, a maioria delas; os votantes podem ignorar como votam os outros; não importa se alguns membros compareceram ou se ausentaram antes da votação, ou votam em branco, ou deixam, por sua vontade, de votar. Trata-se de ato coletivo (...) ⁵⁴⁸.

Nas assembleias das sociedades anônimas (e limitadas) – diferentemente das assembleias de condomínios – as manifestações convergentes de vontade dos acionistas

promoção dos interesses de um diferente sujeito coletivo de direito, personificado, não personificado ou *impersonificável* (e.g. CC, arts. 44, 986 e 993). As assembleias ou colegiados normalmente exercem *funções deliberativas e eficazmente internas*, nas sociedades como nos conselhos diretores de fundações, em vários tipos societários e nas assembleias de condôminos em edifícios por andares (e.g. CC, arts. 1.072-1.074, 59, 67, I, 1.334, III, 1.348, I, e 1.350). Daí a necessidade de *órgãos presentativos ou executivos* unissubjetivos ou plurissubjetivos (nem sempre titulares de voto) *legitimados para exteriorizar os resultados das deliberações assembleares, destinadas a projetar para fora desses sujeitos coletivos* (personificados, não personificados nem personificáveis) *as decisões internas acerca dos seus próprios interesses*. Travam-se, por essa necessidade, *relações jurídicas externas* entre tais sujeitos coletivos de direito e os demais sujeitos coletivos e as pessoas naturais. Quando, por exemplo, a assembleia de uma sociedade limitada (CC, arts. 1.072-1.074) delibera, por unanimidade ou por maioria, contratar a compra de um imóvel, será o competente *órgão societário* a apresentar (= fazer presente) a sociedade no acordo contratual de compra e venda. Por essa razão, a sociedade figura no contrato como *parte em sentido formal* (isto é, *parte apresentada no acordo contratual de compra e venda*) e *parte em sentido substancial*, enquanto *titular do centro de interesses* que se vai posicionar como núcleo das imputações como núcleo das imputações jurídicas correspondentes aos dois polos, ativo e passivo, da relação jurídica patrimonial bilateral constituída no plano da eficácia do negócio contratual. Nenhum dos efeitos jurídicos oriundos do acordo contratual ou da relação contratual *passa pelas esferas jurídicas do presentante ou dos presentantes*, embora fiquem eles sujeitos à perquirição de alguns dos pressupostos e requisitos subjetivos próprios aos agentes negociais imediatos (capacidade de exercício, legitimidade, poder de disposição sobre os interesses do presentado, formação da vontade presentativa isenta de defeitos, etc.)” (Cf. TOMASETTI, Alcides Jr. A parte contratual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amircorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 755-764, p. 762-764). ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, com base nas lições do italiano FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 211-212), também trata do tema: “(...) (1) o ato coletivo ocorre quando as declarações exprimem vontades distintas, postas a serviço de idênticos, mas distintos, interesses dos vários sujeitos, como nas assembleias de condomínios; (2) o ato complexo ocorre quando as declarações exprimem vontades distintas, mas postas a serviço de um dos agentes ou de terceiros, para os quais agem aqueles que emitem a declaração; o ato complexo pode ser igual ou desigual, conforme, respectivamente, as declarações sejam equivalentes, ou uma seja principal e a outra secundária: exemplo do ato complexo igual tem-se naquele resultante das declarações dos sócios aos quais compete a administração ou representação de uma sociedade simples (arts. 2.258 e 2.266 do Código Civil italiano); exemplo do ato complexo desigual tem-se naquele constituído pelas declarações de uma pessoa relativamente incapaz e de seu curador (arts. 394 e 424 do CCI); finalmente, (3) o ato colegial ocorre quando as declarações concorrem para a formação de uma declaração de vontade imputável a um sujeito distinto dos agentes e para a tutela de um interesse daquele sujeito, como nas deliberações dos órgãos colegiados de uma pessoa jurídica (companhias, fundações, associações, etc.)” (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42).

⁵⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 384.

(sócios) presentes fundem-se na vontade a ser expressa por uma única pessoa (a própria companhia⁵⁴⁹). Em razão disso, como aponta FÁBIO K. COMPARATO, a moderna doutrina italiana as denomina de “(...) atos colegiais, para distingui-las dos atos coletivos, em que as várias manifestações de vontade não se fundem em ato de uma só pessoa (jurídica, bem se vê), como ocorre nas deliberações de assembleias de condomínios”⁵⁵⁰.

Na condição de ato colegial, a deliberação social é composta pelos votos individuais dos acionistas que compareceram ao conclave. Tais votos se situam no campo das manifestações de vontade (não de um órgão social, mas sim dos sujeitos que o compõem) que produzem consequências jurídicas e, portanto, constituem negócios jurídicos, sujeitos aos defeitos que lhe são próprios (e.g. erro, dolo, simulação⁵⁵¹), cujos efeitos podem ser de ordem sortida e variável, podendo refletir tanto no plano jurídico da assembleia, como no da deliberação e no do voto em si, conforme o caso⁵⁵².

Seguindo essa lógica de raciocínio, COMPARATO ressalta a necessidade de diferenciar a assembleia geral, de um lado, e suas deliberações de outro, já que:

A assembleia, enquanto reunião dos acionistas, convocada e instalada de acordo com a lei e os estatutos (Lei n.º 6.404/76, art. 121), não é ato ou negócio jurídico, mas sim quadro ou momento em que são tomadas as deliberações. Estas, por sua vez, não constituem manifestação de vontade, mas a fusão de várias manifestações ou, se se preferir, a sua soma algébrica⁵⁵³.

Em síntese, a natureza jurídica de ato colegial aliada à força do princípio majoritário, examinado a seguir, determina que as deliberações tomadas na assembleia geral de uma sociedade anônima, inclusive as que alteram o estatuto social⁵⁵⁴, vinculem todos os

⁵⁴⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42.

⁵⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 216/217.

⁵⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 216/217. Para compreensão da deliberação assemblear na classificação dos atos jurídicos, ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46-64.

⁵⁵² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85 ss.

⁵⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 217-218.

⁵⁵⁴ Vale transcrever a construção de F. KONDER COMPARATO sobre os efeitos jurídicos que decorrem de uma deliberação assemblear que aprova ou reforma o estatuto: “A deliberação de assembleia geral que aprova ou reforma o estatuto é, em tudo e por tudo, semelhante a uma decisão legislativa. O efeito desse ato jurídico colegial – o estatuto, tal como a lei – destaca-se da deliberação, tanto ontológica quanto cronologicamente. Assim, enquanto a deliberação consiste numa manifestação de vontade de sujeitos determinados (foram aqueles acionistas e não outros que a pronunciaram), a regra de direito é um comando geral e abstrato, com destinatários determináveis unicamente por qualificação genérica (acionista, administrador, fiscal, credor da companhia). Ademais, se a deliberação, como ato jurídico, é pontualmente localizada no tempo (de onde a fixação do *dies a quo* do lapso prescricional da ação tendente a anulá-la), o próprio da norma é viger, isto é, durar no tempo.

acionistas, mesmo os dissidentes, abstenentes e ausentes, seja em razão de uma necessidade funcional do ordenamento societário, seja em virtude da consecução do interesse social⁵⁵⁵.

Ainda que aceito por boa parte da doutrina societária, a construção acima e seus efeitos jurídicos não são indenes a críticas, como bem registra MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, com base nas lições de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA⁵⁵⁶, F. GALGANO⁵⁵⁷ e HERBET WIEDEMANN:

Há, pois, uma separação objetiva entre a deliberação geral que aprova o estatuto e esse mesmo estatuto após essa aprovação, tal como ocorre com a lei, passa a ter existência jurídica autônoma, uma vez votada e promulgada. Compreende-se, nessa linha de raciocínio, que quando a lei estabelece uma prescrição *brevi temporis* para a ação anulatória de deliberações de assembleia geral ou especial, não se está referindo às ações que objetivem a declaração de nulidade de normas contidas no estatuto social.” Sua crítica é direcionada à previsão do art. 286 da Lei n. 6.404/76: “Por aí se percebe o grave defeito de técnica do art. 286 da Lei n. 6.404/76, confundindo, na mesma disposição, a invalidade de deliberações da assembleia (que poderá ter tomado outras plenamente válidas), com a invalidade da própria assembleia (e, por conseguinte, de todas as suas deliberações), estendendo, ainda, às deliberações os vícios da vontade que só podem incidir sobre os votos enquanto atos individuais de vontade, como se a deliberação fosse uma vontade coletiva real e não figurada”. (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225, p. 218, 219-220). Para estudo aprofundado sobre o tema, com farta pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, no qual conclui que a deliberação que cria ou reforma o estatuto de uma companhia, na condição de espécie de ato jurídico, mais especificamente “ato de hierarquia”, é capaz de produzir normas jurídicas, ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55-60.

⁵⁵⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 657; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 808 e 809.

⁵⁵⁶ Ao narrar a dificuldade em torno da classificação da deliberação assemblear como ato colegial e da crítica em torno da necessidade de justificar o princípio majoritário para neutralizar os votos dissidentes, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA conclui pela classificação das deliberações como atos de hierarquia, em razão de elas se dirigirem aos administradores da companhia, seus naturais destinatários, em caráter superpartes, ainda que a orientação não seja unânime na doutrina. (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42-46).

⁵⁵⁷ Comungando das mesmas críticas, ressalta FRANCESCO GALGANO: “La ragione ultima di questo modo di concepire la deliberazione ‘nell’esigenza di giustificare il principio maggioritario: la teoria dell’atto collegiale assolve la funzione di ricondurre questo principio siccome contrastante com el sistema del diritto privato, retto dall’autonomia del singolo.” E mais, “(...) la deliberazione si presente alla stregua di una pluralità di dichiarazioni individuali: essa non è la ‘volontà dell’assemblea’, ma la volontà della maggioranza, sia pure formata in assemblea. Alla volontà espressa dalla maggioranza, e non ad una pretesa ‘volontà collettiva’ da essa diversa, va imputato l’effetto giuridico prodotto della deliberazione (...)”. (Cf. GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale. Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 254/255). Em trabalho mais recente, F. GALGANO aprofunda a crítica acima: “Nel linguaggio legislativo voto e deliberazione sono riferiti zio a distinti artefici. Si parla, ripetutamente, di «voto del socio» e di «deliberazione dell’assemblea»: l’art. 2377, comma 1º precisa che le deliberazioni dell’assemblea, prese in conformità della legge e dello statuto, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti». Fra voto del socio e deliberazione dell’assemblea si suole, tradizionalmente, instaurare una differenza non semplicemente quantitativa, ossia basata sul fatto che la deliberazione consta di una pluralità di voti, ma una differenza di ordine qualitativo: si parla della deliberazione come di una dichiarazioni di volontà ulterior rispetto ai voti che sono concorsi a formarla, ossia come della «volontà della società». Al modo di formazione della deliberazione, il metodo collegiale o di assemblea, si attribuisce la virtù di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali, i voti dei singoli soci, in una nuova unitaria volontà: la volontà collettiva formata dell’assemblea. Di qui una distinzione consueta nelle classificazione giuridiche: altro è la deliberazione, quale «atto collegiale», espressione di «volontà collettiva», altro è il contratto, quale incontro di dichiarazioni individuali, suscettibile di formarsi anche fra persone lontane; altro, ancora è l’atto unilaterale, che consta dichiarazione solitaria di un

O fenômeno da vinculação da minoria à decisão da maioria é tradicionalmente explicado (e como adiante se pontuará, de maneira pouco realista) pela mítica e obnubilante observação de que, respeitado o método assemblear, os votos proferidos pelos sócios transfundem-se em deliberação da sociedade, que passa a

solo soggetto. La ragione ultimadi di questo di concepire la deliberazione è nell'esigenza di giustificare il principio di maggioranza la teoria dell'atto collegiale assolve la funzione di ricondurre questo principio, siccome contrastante con il sistema del diritto privato, retto dall'autonomia del singolo, al principio di unanimità, assunto come coesenziale a questo sistema; assolve, anche oltre l'ambito del diritto privato, la funzione di neutralizzare, sotto la formula della volontà collettiva o unitaria del collegio, l'esistenza di voti di dissenso. Al metodo collegiale si attribuisce così la funzione di attuare un'integrazione e un'influenza reciproca delle volontà individuali, di privare di rilevanza autonoma le dichiarazioni individuali, e perciò, di eliminare «l'eterogeneità di contenuto di alcune di esse; inserendo la stessa minoranza nel processo della deliberazione, fa sì che la volontà della maggioranza diventi «volontà e collegio», riferibile anche ai dissenzienti. Ma a questo modo di ragionare – che perpetua le già ricordate costruzioni dei canonisti medioevali – si era ribellata, già nel Seicento, la cultura anglosassone; e si ribellerà, nel Novecento, la cultura continentale: «la volontà è sempre di uomini, e solo negli uomini concepibile», poiché «pensano e discutono e decidono i soci», e «non c'è posto, per una mistica volontà diversa». Il parlare della deliberazione come autonoma volontà del gruppo, come volontà che il gruppo stesso, quale entità distinta dai membri che lo compongono, autonomamente esprime, non è nulla di più di una metafora, di un'immagine del parlare figurato. La volontà presupposta dalla deliberazione è e non può essere se non quella degli individui che sono concorsi a formarla, giacché il termine volontà ha un significato psicologico che ne permette il riferimento solo a individui, non ad assemblee o società". Al di là della metafora la deliberazione si presenta alla stregua di una pluralità di dichiarazioni individuali: essa non è la «volontà dell'assemblea», ma la volontà della maggioranza, sai pure formata in assemblea. Alla volontà espressa dalla maggioranza, e non a una presa volontà collettiva da essa diversa, va imputato l'effetto giuridico prodotto dalla deliberazione, l'effetto in particolare cui fa riferimento il ricordato art. 2377, comma 1°. La deliberazione è quantitativamente, e non qualitativamente, diversa dai voti che concorrono a formarla: consiste in una pluralità di dichiarazioni unilaterali, l'efficacia delle quali è subordinata alla condizione che il contenuto di ciascuna di esse corrisponda al contenuto di tante altre dichiarazioni, ossia di tanti altri voti, quante occorrono per formarla la richiesta maggioranza. Parlare, più sinteticamente, di «deliberazione dell'assemblea» o di «volontà della società» può essere linguisticamente utile, per la semplificazione apportata al discorso; ma ci si deve guardare dal prendere sul serio la metafora e, soprattutto, dal farsi persuadere da una filosofia che fonde i «sì» e i «no» in un unico «sì» collettivo e, in definitiva, che trasforma i «no» in altrettanti «sì». In materia di società per azioni, del resto, è sempre possibile fare constare il mio dissenso individuale: non solo in assemblea, ma anche in seno al consiglio di amministrazione (art. 2392, comma 3°). Il metodo assembleare opera come strumento di protezione delle minoranze: permette loro di essere previamente informate dell'oggetto delle deliberazioni, di partecipare a una discussione che preceda la votazione e nel corso della quale difendere, in contraddittorio con la maggioranza, il proprio punto di vista. Ma la deliberazione, per quanto presa in un'assemblea regolarmente convocata e nel contraddittorio fra maggioranza e minoranza, resta pur sempre volontà della maggioranza, vincolante anche per la minoranza. Il metodo assembleare è, come già avvertiva Henry O. Taylor, ricordato nel paragrafo precedente, solo la condizione di validità della deliberazione: le deliberazioni della maggioranza vincolano, a norma dell'art. 2377, comma 1°, i soci assenti o dissenzienti solo se prese in conformità della legge e dello statuto; si colloca fra le modalità che regolano il procedimento di formazione delle deliberazioni. L'antitesi fra la concezione anglosassone e quella continentale della deliberazione altro non è, a ben guardare, se non un aspetto di una più generale antitesi circa il modo di concepire gli atti di volontà. Investe, oltre che la deliberazione, lo stesso contratto. Come dimenticare, quando nel metodo collegiale si vuole ravvisare il solo strumento capace di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali in un'unica manifestazione di volontà contrattuale come d'una volontà unitaria, distinta da quella dei singoli contraenti? Che anche per i contratti, i quali possono formarsi tra assenti, si è scritto che le varie volontà si fondono in una e sorge la volontà obiettiva, superiore alle singole volontà dei contraenti? A partire dalla secentesca sistemazione di Domat i giuristi continentali attribuiscono al contratto forza di legge (così, sulla traccia del Code Napoléon, l'art. 1372 dello stesso codice civile italiano), vi ravvisano una volontà trascendente quella delle parti che sono concorse a formarla. I common lawyers, per contro, guardano con diffidenza a questa metafisica riconduzione a unità di volontà dichiarate da soggetti diversi, quantunque fra loro conformi. Preferiscono scomporre il contratto nelle conformi volontà unilaterali dei contraenti, ciascuno dei quali vincolato dalla propria volontà, in quanto conforme alla volontà dell'altro." (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Mulino, 2007, p. 190-194).

ser ato da própria sociedade, vinculando a todos os seus membros – ou seja, entre votos de deliberações, não haveria apenas uma diferença quantitativa, mas qualitativa; os vencidos não estariam sujeitos aos votos da maioria, mas à deliberação que, por efeito destes, é formada e juridicamente imputada à sociedade.

(...)

Como necessário e indispensável complemento do princípio majoritário surge a temática da proteção à minoria (*Minderheitenschutz*), visto que, quando as decisões sociais possam ser tomadas por maioria, a esta mesma devem ser impostos determinados deveres a atuarem como limites. Antes de brevemente analisar quais são estes limites, pode-se questionar qual seria a razão, o fundamento lógico, para em direito societário proteger a minoria, eis que, em uma visão reducionista, todos os sócios perseguem e devem perseguir o interesse social, o mesmo fim; a sujeição à vontade da maioria é regra antecipadamente acordada ou preestabelecida; e persistindo o dissenso, existem mecanismos de autodesvinculação – de modo que a necessidade de proteção de um grupo seria ilógica. Esse tipo de questionamento crítico, contudo, só poderia ter algum fundamento se o processo de tomada de decisões se desse de forma alternada, obedecendo à formação de maiorias e minorias estritamente por razões de ordem racional apuradas na análise do tema submetido à apreciação dos sócios, isto é, se não houvesse maiorias estáveis e adrede fixadas em função da participação de cada qual no capital social.

Porém, diversamente disso, nos principais tipos societários e, pode-se acrescentar, em todos nos quais entre nós vige o princípio majoritário, a formação da vontade coletiva não ocorre apenas pelo critério de cabeça (*one man, one vote*), e sim, no mais das vezes, dá-se em função da participação dos sócios no capital social (CC, arts. 1010 e 1.071; e LSA, art. 110); isto de tal sorte que, estando a maioria das participações societárias em mãos de um sócio ou de um grupo estável, o procedimento de deliberação e o método assemblear restam esvaziados, surgindo daí a necessidade de uma especial proteção à minoria. Consoante Herbert Wiedemann, a vinculação da minoria à maioria tem por base a ideia de uma composição de interesses, tal como ocorre em uma negociação contratual, mas quando há maioria estável, o resultado da deliberação assemelha-se à de um contrato consigo mesmo (*Insichgeschäft*): a maioria não delibera; ordena. Nesses casos, somente aparece a forma de deliberação ou alteração contratual: o conteúdo é de ato unilateral de vontade – evidenciando-se aí a ingenuidade da tradicional explicação bem desnudada por Francesco Galgano, que insiste em pretender distinguir qualitativamente, e não quantitativamente, votos e deliberação⁵⁵⁸.

2.2.2. Nota sobre os fundamentos jurídicos do princípio majoritário

O princípio majoritário talvez nunca tenha tido tanta importância em sua história como tem hoje. Eleições estatais, deliberações parlamentares, colégios administrativos,

⁵⁵⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 31, 34 e 35.

corporações públicas e privadas, associações de escopo científico e sociedades deliberam pelo voto da maioria simples, absoluta ou qualificada dos seus participantes⁵⁵⁹.

Em sede preliminar, chama atenção que uma singela operação matemática determina se as deliberações tomadas por um grupo de pessoas devem ser consideradas vinculantes, sendo que tais decisões podem envolver tanto centenas de milhares de votos, como nas eleições presidenciais, quanto dois participantes em um colégio de três, em algumas sociedades. Porém, em todos esses contextos, sem exceção, a vontade do maior número é considerada vontade comum, com efeitos vinculantes⁵⁶⁰.

Em virtude da abrangência e do reconhecimento público do princípio, não se costuma questionar seus fundamentos, ou melhor, presume-se inequívoca sua aplicação em uma série de situações, bem como óbvios seus pressupostos e sua lógica de funcionamento⁵⁶¹. Essa aceitação tácita (quase automática) da regra da maioria não induz aprofundar a razão ou o alicerce por meio do qual a vontade de alguns membros vale, em um toque de magia, como se fosse a melhor e a de todos⁵⁶².

⁵⁵⁹ Para estudo sobre o princípio da maioria no contexto jurídico-político, ver excelente – e pouco citado – estudo de: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 27-54.

⁵⁶⁰ VON GIERKE, Otto. Sulla storia del principio di maggioranza (Über die Geschichte des Majoritätsprinzips). *Rivista delle Società*, ano VI, fase 6, nov/dic, 1961, p. 1.103-1120.

⁵⁶¹ FRANCESCO GALGANO, em excelente estudo sobre a evolução histórica do princípio da maioria, faz precisa comparação entre a lei do maior número e a legitimidade do poder, na tentativa de explicar a razão de ser da regra: “Alla domanda, che cosa renda legittimo il potere, non si esita a rispondere che è il sostegno della maggioranza a legittimarlo; ed è una risposta che, in Occidente almeno, nessuno osa revocare in dubbio. Il sostegno della maggioranza è quanto occorre, ed è, al tempo stesso, quanto basta: non c’è potere legittimo senza il consenso del maggior numero; ma nient’altro è necessario, perchè il potere sia legittimo, se non il voto dei più. Il maggior numero è, per dirla con una parola, la misura della legittimità del potere.” No entanto, ao final do estudo, refere a relevância do elemento da razão nas decisões tomadas pela maioria: “Il parlamento non è più onnipotente, come voleva il ricordato adagio inglese, nè è più incensurabile, come voleva l’altro adagio, ach’esso inglese, secondo il quale ‘il sovrano non può sbagliare’. Oltre che come onnipotente, il parlamento era pensato come onnisciente e, per definizione, infallibile. Questo è ormai l’epilogo delle storie parallele; nell’arco di quattro secoli, il vincolo della ragionevolezza, che nel XVII secolo limitava i poteri dell’assemblea della East India Company, ora limita i poteri dei moderni parlamenti, rende le leggi da essi votate, come già le deliberazioni assembleari delle società di capitali, suscettibili di riesame giudiziario alle stregua del criterio della ragionevolezza, che nela estesa eccezione sopra rilevata equivale a congruità giustizia, rispetto dei valori fondamentali di civiltà giuridica. L’arco temporale può essere ulteriormente allargato, esteso fino all’XI secolo, all’antico rationabiliter quale limite a ogni potere, persino al potere dispotico. Lo si ritrova nell’insegnamento della Scuola bolognese, nelle parole che questa ispirò a un grande despota del tempo: ‘quantunque la nostra maestà sia sciola da ogni legge, non si leva tuttavia essa al di sopra del giudizio della ragione, che è la madre del diritto’.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Mulino, 2007, p. 13 e 246/247).

⁵⁶² VON GIERKE, Otto. Sulla storia del principio di maggioranza (Über die Geschichte des Majoritätsprinzips). *Rivista delle Società*, ano VI, fase 6, nov./dic., 1961, p. 1.103-1120.

Mas nem sempre foi assim. A força do princípio majoritário – como “técnica de articulação do consenso”⁵⁶³ ou “técnica de absorção de conflitos”⁵⁶⁴ – não encontra raízes em épocas imemoráveis. Segundo OTTO VON GIERKE e FRANCESCO GALGANO, em estudos notáveis sobre o tema, o fenômeno afirmou-se historicamente somente após uma longa luta com capítulos, fases, reviravoltas e desenvolvimentos bastante sortidos. Variável foi também a busca pelo seu fundamento de validade, que foi concebido e formulado de modo diverso desde os Impérios Grego⁵⁶⁵ e Romano⁵⁶⁶, passando com dificuldade pelo direito germânico⁵⁶⁷ e atingindo seu desenvolvimento no direito medieval canônico⁵⁶⁸ a partir do

⁵⁶³ A expressão foi usada, com cunho político, em: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Linonad, 2000, p. 27-43.

⁵⁶⁴ A expressão foi usada por CLÓVIS DO COUTO E SILVA para se referir à assembleia geral dos acionistas em ensaio sobre os grupos de sociedades (de fato e de direito). Nas palavras do autor: “Entendia-se que o direito societário havia criado uma ‘técnica de absorção de conflitos’, própria e exclusiva, com base na assembleia de acionistas, de modo que a intervenção judicial deveria ser secundária e admissível tão somente em casos excepcionais” (Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, n. 647, 1989, p. 7-21, p. 15).

⁵⁶⁵ FRANCESCO GALGANO faz curiosa comparação entre uma das diferenças entre a regra da maioria nos povos antigos, especialmente os gregos, e nos modernos: “Si può avere la misura di quanto la maggioranza degli antichi differisca dalla maggioranza dei moderni se si considera che è sempre più frequente, nel nostro tempo, che i governi si fornino sulla base di maggioranze elettorali che non raggiungono neppure il 50,01% dei suffragi; mentre simili spaccature del corpo elettorale avrebbero comportato, al tempo della democrazia ateniese, una inevitabile guerra civile. (...) L’eredità ideale della democrazia di Atene risiede nell’*isonomia*, nell’uguaglianza giuridica dei cittadini, sottoposti tutti alla medesima legge; uguali a tal punto che solo per sorteggio si poteva decidere chi fra esse sarebbe assunto alle cariche pubbliche. L’uguaglianza dei moderni, quale sarà predicata solo dal giusnaturalismo del XVII e del XVIII secolo, sarà concepita invece come uguaglianza naturale, pregiuridica, trovata e non creata dal diritto. E sulla base della concezione moderna dell’uguaglianza il maggior numero diventerà, ma per comunità politiche ben più vaste della *polis*, al misura della legittimità del potere. Non si può prevalere, fra uguali, se non in forza di un calcolo aritmetico, come per primo rileverà Samuel Pufendorf nel 1672; e basterà, per prevalere, anche lo scarto di un solo voto.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 21/22).

⁵⁶⁶ Sobre os romanos, F. GALGANO assevera: “I romani ebbero il concetto di *maior pars*, del maggior numero, quale regola per dirimere le disparità di posizioni. Lo si trova enunciato, ma solo nel II secolo d. C., da grandi giuristi, come Ulpiano, che gli dà sistemazione teorica inserendolo entro il concetto di *universitas*, quale organizzazione collettiva cui va imputata la volontà della *maior pars*. Ma i romani, se elevarono il principio di maggioranza a regola iuris, non ne fecero una dottrina politica, né in epoca repubblicana né, tanto meno, in epoca imperiale.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 22-23).

⁵⁶⁷ Ao descrever o caráter unitário das decisões tomadas pelos povos germânicos, F. GALGANO relata que: “In tutto antitetica alle civiltà greca e romana è la civiltà dei popoli germanici. El re è un *primus inter pares* fra i suoi guerrieri, che lo eleggono all’unanimità e che in assemblee unanimi approvano le decisioni di massima importanza (...)” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 28).

⁵⁶⁸ Sobre o período narra F. GALGANO: “Fuori dell’organizzazione ecclesiastica per il governo della società politica, il retaggio culturale di Roma induce Marsilio da Padova a parlare di *universitas civium*, ma il senso comune dell’epoca gli impedisce di sottoporla alla volontà della *maior pars*. Più congeniale è la dottrina aristocratica, che di diffonde a partire dal XIII secolo: nell’insegnamento di Marsilio la comunità politica è, a un tempo, *universitas civium* e, aristocraticamente, *politia*, governata dalla *valentio pars*. (...) Sta di fatto che nei consigli dei comuni e delle repubbliche italiane si votava a maggioranza (o depositando in un’urna palle di diverso colore o, in modo palese, restando seduti per approvare, o alzandosi in piedi per disapprovare), mentre nelle corrispondenti comunità politiche dell’area tedesca, almeno fino al XIII secolo, si esigeva il voto unanime. Poi il principio di maggioranza si afferma anche in esse, ma in modo singolare: come si dirà più oltre,

século XIII, com a progressiva substituição do fundamento da igualdade (*principi di uguaglianza*⁵⁶⁹) por um pressuposto híbrido – qualitativo pela razão (*il vincolo della ragionevolezza*⁵⁷⁰) e quantitativo pelo maior número (*maior pars*⁵⁷¹).

O direito societário foi um dos ramos jurídicos em que o princípio majoritário encontrou intensa aplicação como forma de garantir o exercício e a capacidade funcional do ente coletivo⁵⁷². Explica MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, com base nas lições de H.

viene imposto alla minoranza di seguire la maggioranza (minor pars sequatur maiorem), in modo che avendo la minoranza adempiuto a questo precetto, la deliberazione risulti adottata all'unanimità.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 31-35).

⁵⁶⁹ F. GALGANO ressalta que o princípio da maioria dos antigos tem fundamento distinto do princípio da maioria dos modernos. Enquanto para a superioridade da votação por maioria estava na dignidade social dos sujeitos participantes, para os segundos ela decorria da natureza iluminista do homem – de que todos são iguais. Segundo o jurista italiano: “A maggioranza si delibera fra uguali, ma è ancora – nei termini di Benjamin Constant – l’uguaglianza degli antichi, fra soggetti ai quali è riservata pari dignità sociale. Non è ancora l’uguaglianza dei moderni, quale naturale uguaglianza fra gli uomini, che l’Illuminismo aveva predicato a partire dalla fine del XVII secolo, e che avrebbe trovato graduale attuazione storica solo nel corso dell’Ottocento con il progressivo allargamento del suffragio elettorale, fino a raggiungere nel Novecento il traguardo del suffragio universale.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 39). Concordamos com a visão de que o princípio da igualdade não pode ser o único pressuposto lógico para justificar o princípio da maioria. Nesse sentido, corretas são as lições de HANS KELSEN: “Seria impossível justificar o princípio majoritário com a opinião de que o maior número de votos tem mais poder que o menor número. Da presunção puramente negativa de que um indivíduo não vale mais que outro, não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria seja a que deva valer” (KELSEN, Hans. *Essenza e valore della democrazia*. In: *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1984, p. 45, *apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Linonad, 2000, p. 35).

⁵⁷⁰ Sobre o tema são elucidativos os comentários de F. GALGANO: “Il vincolo della ragionevolezza si ritrova enunciato, per la prima volta, nello statuto dell’East India Company del 1592: vi si legge, come già si è ricordato, che l’assemblea generale della compagnia delibera a maggioranza (*by the greatest part*), e che essa può in tal modo assumere ragionevoli decisioni (*reasonable laws*). Nella storia inglese il limite della ragionevolezza, quella limite intrinseco al potere, nasce nel diritto privato ancor prima che nel diritto pubblico. E nel diritto privato perdura tuttora, anche questo si è già ricordata, come strumento di verifica della legalità delle deliberazioni assembleari di società per azioni, svolgendo in esso una funzione corrispondente a quella che la buona fede svolge nel diritto continentale, in conformità di una più generale assimilabilità del test della ragionevolezza al canone della buona fede.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 241).

⁵⁷¹ Por meio da evolução de fórmulas tais como “minoría deve seguir a maioria” – “minor pars sequatur maiorem” e a decisão decorre da “maior e melhor parte” – “maior et sanior pars” (VON GIERKE, Otto. *Sulla storia del principio di maggioranza (Über die Geschichte des Majoritätsprinzips)*. *Rivista delle Società*, ano VI, fase 6, nov./dic., 1961, p. 1.103-1120, p. 1104-1011). Sustenta FRANCESCO GALGANO que o princípio da maioria é o princípio da *maior pars* e tem como fundamento um elemento quantitativo que é medido pelo maior número, maior capital. Sua evolução histórica, no entanto, foi acompanhada por um princípio antagônico, baseado em um elemento qualitativo, tradicionalmente expresso no conceito de *sanior – valentior pars* (parte mais forte). Somente em tempos modernos o elemento da razão (*principio della ragionevolezza*) – como o concebemos – veio a ser um dos fundamentos da regra da maioria, dando-lhe legitimidade e razoabilidade, aproximando a decisão do maior número do que se considera razoável e justo. Ao final do seu raciocínio faz uma ponderação: “La forza della ragione, allora, *versus* la forza del maggior numero. Qual sia il peso relativo di queste antagoniste spinte storiche, e quale l’esito presumibile del conflitto, non è oggi dato di sapere. Possiamo solo dire questo, che *maior pars* e *sanior o valentior pars* che la tradizione poneva in rapporto di reciproca esclusione, sembrano oggi destinare a coesistere: vale a *maior pars*, ma purché al tempo stesso sia *sanior*, ossia purché sia ragionevole ciò che la maggioranza decide” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 12).

⁵⁷² Segundo o jurista italiano, o princípio da maioria foi adotado nos estatutos sociais da Companhia das Índias, no início do século XVII, dando origem ao processo de “socialização do capital”. O fenômeno, no entanto, não

WIEDEMANN, que “(...) o direito societário desenvolveu-se a partir de um tipo médio [ideal] de organização societária (*empirischer Durchschnittstypus*), na qual a maioria seria apenas ocasional, e não estável e permanente, algo que, a toda evidência, já naquela época, não correspondia à realidade⁵⁷³”.

A peculiaridade das características que formam os contratos de sociedade fez com que o rumo da coletividade passasse a ser decidido pelo voto da maioria dos participantes, situação que difere diametralmente dos contratos em geral, nos quais o consentimento de todos os participantes é elemento essencial⁵⁷⁴. Nas sociedades, este é indispensável apenas para a formação da relação contratual societária, mas não o é durante a vida do novo ente⁵⁷⁵. Em regra, a vontade individual dos sócios submete-se à vontade da maioria; as decisões da sociedade são colegiadas e majoritárias (raramente unâнимes), podendo o sistema de votação assumir quóruns diversificados (maioria simples, absoluta ou qualificada⁵⁷⁶).

A maioria se responsabiliza pelo exercício da soberania assemblear e pelo poder diretivo da sociedade na interpretação do interesse social e na consecução do seu fim. Há opiniões abalizadas na doutrina que sustentam ser o princípio majoritário regra societária

se confunde com a “socialização do poder econômico” (que somente veio a ocorrer posteriormente com o advento da revolução industrial), haja vista que as decisões sociais e a administração da sociedade permaneciam reservadas aos fundadores, sendo, em alguns casos dividida, com um seletivo grupo de acionistas (aristocráticos ou oligárquicos): “Con la Compagnia delle Indie nasce, grazie all’incentivo della *incorporation*, implicante l’estensione a tutti i soci del privilegio della responsabilità limitata, la prima forma di impresa a capitale diffuso, che si alimenta con l’appello al risparmio di massa. In essa affluiva, contribuendo alla sua potenza, l’apporto di capitale di rischio di tutte le classe detentrici di ricchezza, dell’aristocrazia e del clero come della borghesia; a ciascuna di esse reclamava, in ragione del suo apporto, la partecipazione al governo della compagnia. Se è vero che l’ideale di una società fra uguali nacque nell’Inghilterra, e con essa prese vita l’idea di un governo della maggioranza, essa si tradusse in realtà in quello “Stato nello Stato” che era, secondo una diffusa sua qualificazione, la East India Company, per poi diventare, secondo l’intuizione di Locke, regola di governo dello Stato in quanto tale. In principio di maggioranza è enunciato nella charter della *incorporation*, concessa dal sovrano, che permette ‘to make reasonable laws by the greatest part of a general assembly’. Si trattava, certo, di una signolare democrazia: si avvicinava, per certi aspetti, alla moderna democrazia politica e si era ancora lontani dalla moderna democrazia economica, perche si votava per teste e non per quote di capitale, e ogni azionista disponeva di un voto, quale che fosse il numero delle sue azioni.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p.104-106; GALGANO, Francesco *Lex Mercatoria*. 5 ed. Il Mulino: Bologna, 2010, p. 149 e ss.).

⁵⁷³ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 29. A jurisprudência também se manifesta nesse sentido há algum tempo: TJSP, 5.^a Câmara Cível, AC 48.335-1, Rel. Des. Márcio Bonilha, j. 30/10/1985.

⁵⁷⁴ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 311.

⁵⁷⁵ Para A. VELASCO, por exemplo, a visão contratualista da sociedade que defendia a necessidade do voto de todos os sócios para modificar o contrato social estava baseada em uma premissa falsa: a confusão entre a escritura social e o estatuto, olvidando-se que enquanto a primeira está relacionada ao contrato em si e à atribuição de personalidade jurídica à sociedade, os estatutos são a lei interna da sociedade, que definem as normas orgânicas, a estrutura e o funcionamento do novo ente (Cf. VELASCO, Angel Alonso. *La separación del acionista*. Madrid: ER, 1976, p. 47-49).

⁵⁷⁶ Sobre as distinções entre os tipos de maioria ver nota de rodapé nº 137.

interna inderrogável por parte dos acionistas⁵⁷⁷. Assim, a assembleia geral delibera por maioria; se não puder deliberar dessa forma, deliberação societária não haverá. Sobre o tema, opinam F. GALGANO e G. FERRI, respectivamente:

Alla moderna società per azioni il principio di maggioranza è coesenziale. Ciò che l'assemblea può deliberare essa può deliberare a maggioranza; ciò che non può deliberare a maggioranza non può deliberare affatto. Lo statuto non può richiedere che l'assemblea deliberi all'unanimità; è consentito prevedere maggioranze più elevate di quelle prescritte dalla legge, ma non elevate a tal punto da approssimarsi alla unanimità⁵⁷⁸.

A adoção do princípio majoritário no âmbito das assembleias das sociedades anônimas não se deu apenas por razões práticas e lógicas – especialmente a dificuldade de formar a vontade social a partir da regra da unanimidade, mas também, e principalmente, pela aplicação da regra da *major pars sia la melhor pars*⁵⁷⁹. (Tradução livre)

No mesmo diapasão enfatiza JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO:

O princípio majoritário na sociedade anônima, tal como previsto no art. 129 da Lei 6.404/76, tem função central na organização da entidade. O princípio formou-se historicamente como exceção das regras arcaicas relativas às relações de *plures ut singuli*. Na verdade, a sociedade anônima, tanto quanto a comunhão – e isso sem falar nas demais sociedades comerciais –, não pode simplesmente funcionar sem a transformação prática da maioria deliberante em força tendente a unificar as relações internas das pessoas jurídicas. Mas essa unificação, no plano interior da pessoa jurídica, torna-se imprescindível para a ela conferir, no plano externo, a eficácia das deliberações coletivas, como sujeito de direitos e obrigações. (...) De qualquer modo, o que a maioria representa no contexto da organização da sociedade anônima é o oposto da unanimidade – vale dizer, vem a traduzir o reconhecimento de deliberações tomados por maioria com o mesmo efeito daquelas que pudessem contar com a aprovação explícita de todos e de cada um dos membros ou sócios. Natural, assim, que a lei sancione o exercício do poder majoritário (e bem assim o poder de controle) com as consequências advindas das práticas excessivas, ilícitas ou abusivas. A maioria somente se legitima quando orientada para a função de ordenação da pessoa jurídica e quando seu exercício se dê, sempre e inevitavelmente, no sentido do interesse social⁵⁸⁰.

Reconhecemos a relevância e a imprescindibilidade da regra. De fato, o princípio constitui instrumento indispensável para o exercício do controle societário interno, elemento

⁵⁷⁷ PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, p. 136 e ss.

⁵⁷⁸ GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 234.

⁵⁷⁹ Nas palavras de G. FERRI: “Il principio maggioritario nell’assemblea della società per azioni fu accolto non soltanto per ragioni pratiche e logiche, quali l’impossibilità di riuscire con il sistema dell’unanimità alla formazione della volontà sociale e la coincidenza della volontà sociale con quella del singolo ove si faccia luogo all’applicazione del sistema dell’unanimità, ma anche e principalmente perchè tale principio si riconnette al concetto che la *major pars sia la me melior pars*.” (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 10).

⁵⁸⁰ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 13/14.

determinante para a lógica de funcionamento dos órgãos de deliberação colegiada das sociedades anônimas, por meio da qual as decisões são tomadas. Quando em conformidade com a lei e/ou com o estatuto social, tais decisões são capazes de vincular todos os membros, ainda que ausentes, abstinentes ou dissidentes, evitando, assim, o que se convencionou chamar de “direito de veto⁵⁸¹” do acionista individual ou da minoria organizada⁵⁸².

Em uma rápida perspectiva legislativa, a regra foi reconhecida pelo legislador pátrio ainda no século XIX, durante o período do Império. Os arts. (i) 331 do Código Comercial de 1850⁵⁸³; (ii) 15, §4º c/c com o 6º da Lei n. 3150, de 1882⁵⁸⁴; (iii) 66 c/c com 63 e 64 do Decreto n. 8.821, também de 1882⁵⁸⁵; (iv) e 132 do Decreto n. 434, de 1891⁵⁸⁶ (este, já na República, consolidou as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anônimas) trataram do tema de maneira menos abrangente. Foi o Decreto-Lei n. 2.627/40,

⁵⁸¹ Sobre o direito de veto esclarecedoras são as observações de PINTO FURTADO: “(...) à luz do nosso Direito positivo, temos como seguro que, naqueles casos em que se estabeleceu um direito de veto ou uma *golden share*, não poderá admitir-se, de forma alguma, que constituam uma ressalva pontual ao princípio majoritário da deliberação, uma ‘rígida consequência da aplicação do sistema unanimitário’ ou, sequer, que nos encontremos perante o mesmo resultado prático de quando surja um sócio dissidente nas deliberações que requeiram a unanimidade dos votos. Há que se distinguir os respectivos regimes jurídicos. Uma deliberação para que se requeira a unanimidade, e não a alcançou, ou não se tem como aprovada, constituindo uma deliberação negativa, ou se, por qualquer circunstância, veio a ser considerada como aprovada, será decerto inválida, por falta da maioria requerida (a unanimidade). Vetada a deliberação pelo voto contrário, ou pela simples falta de voto do titular do direito de veto, apesar de se ter alcançado o número de votos necessários à aprovação da proposta, temos antes, imediatamente, uma deliberação válida – mas ineficaz em relação a todos os sócios, como se viu. Quando, pois, se costuma afirmar que, com a exigência da unanimidade para ser aprovada uma deliberação, cada sócio passará a dispor de um direito de veto, não se utiliza uma fórmula rigorosa, exprimindo-se, tão somente, que cada um dos sócios pode frustrar, por si só, a deliberação” (Cf. PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 534-535).

⁵⁸² BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 808; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54 e ss.

⁵⁸³ Art. 331 do Código Comercial: “A maioria dos sócios não tem faculdade de entrar em operações diversas das convencionadas no contrato sem o consentimento unânime de todos os sócios. Nos demais casos todos os negócios sociais serão decididos pelo voto da maioria, computado pela forma prescrita no art. n.º 486.” E art. 486 do Código Comercial: “Nas parcerias ou sociedades de navios, o parecer da maioria no valor dos interesses prevalece contra o da minoria nos mesmos interesses, ainda que esta seja representada pelo maior número de sócios e aquela por um só. Os votos computam-se na proporção dos quinhões; o menor quinhão será contado por um voto; no caso de empate decidirá a sorte, se os sócios não preferirem cometer a decisão a um terceiro.”

⁵⁸⁴ Art. 15. “Haverá em cada anno uma assembléa geral dos accionistas, cuja reunião será fixada nos estatutos, e sempre annunciada 15 dias antes pela imprensa. § 4º Todavia, a assembléa geral, que deve deliberar sobre os casos dos arts. 3º e 6º, para ser validamente constituída carece de um numero de accionistas que represente, pelo menos, dous terços do capital social. Si nem na primeira, nem na segunda reunião, comparecer o numero de accionistas exigido neste paragrapho, se convocará terceira, com a declaração de que a assembléa poderá deliberar, qualquer que seja a somma do capital representado pelos presentes. Além dos annuncios, a convocação neste caso se fará por carta.”

⁵⁸⁵ Art. 66. “As deliberações da assembléa geral, tanto no caso do art. 64, como no do antecedente, serão tomadas pela maioria dos socios presentes.”

⁵⁸⁶ Art. 132. “As deliberações da assembleia geral, tanto no caso do art. 129, como no do antecedente, serão tomadas pela maioria dos sócios presentes.” Sobre o tema, ver: VAMPRÉ, Spencer. *Das sociedades anonymas*. São Paulo: Poci-Weiss, 1914, p. 364/365.

que regulou as sociedades anônimas até o advento da Lei n. 6.404/76, o responsável por sistematizar, de forma ampla e organizada, a tomada de decisões sociais com base no princípio majoritário, respeitada a proporcionalidade entre o capital investido em ações e o direito de voto⁵⁸⁷.

A atual Lei n. 6.404/76 seguiu na mesma direção. O art. 129 estabelece que as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei⁵⁸⁸, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco⁵⁸⁹. No mesmo sentido, o item IV do art. 140 dispõe que o conselho de administração deliberará por maioria de votos; embora a lei seja omissa quanto às deliberações da diretoria (cujo tratamento legal está no §2.º do art. 143⁵⁹⁰) e do conselho fiscal, parece-nos que se aplica, por analogia, o mesmo princípio a esses órgãos sociais⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Art. 94 do Decreto-Lei 2.627/40: “As deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, são tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”. Sobre o tema, ver: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 109/115.

⁵⁸⁸ A despeito da sua predominância no universo das sociedades, vale lembrar que a relação societária pressupõe a unanimidade dos votos dos acionistas, em, pelo menos, uma oportunidade, na fase constitutiva da sociedade anônima, em que a maioria não tem o poder para modificar, alterar ou derrogar as cláusulas ou artigos do projeto dos estatutos (Lei 6.404, art. 87, § 2º). Além disso, há outras hipóteses em que o consentimento unânime dos acionistas é exigido para a aprovação de determinadas matérias, como na mudança da nacionalidade de uma companhia brasileira (nos termos do artigo 72 do Decreto-Lei 2.627/40, mantido em vigor pelo art. 300 da Lei 6.404/76), na alteração do tipo societário, quando não prevista no ato constitutivo ou nos estatutos (art. 221 da Lei 6.404/76), na distribuição de dividendo inferior ao obrigatório (art. 202, §3.º) e, também, na cisão desproporcional (art. 229, §5º da Lei 6.404/76). Sobre o tema, ver: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54 e ss.

⁵⁸⁹ Nesse sentido, lembre-se que “(...) o quorum da maioria absoluta é também denominado quorum eventual, uma vez que é fixado no momento da deliberação, pois depende da presença dos acionistas à assembleia geral. Não integram a base de cálculo os votos em branco, os dos acionistas que se encontram impedidos de votar determinada matéria e os proferidos com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado na sede da companhia (artigo 118, §8º), pois o quorum da maioria absoluta verifica-se mediante o capital que pode votar representado pelos acionistas presentes à assembleia geral. A Lei das S/A, além do quorum da maioria absoluta, fixa, em alguns casos, um quorum qualificado – que é o da metade das ações com direito de voto – bem como o voto da unanimidade – que nem sempre é o da unanimidade do capital votante, mas dos acionistas presentes à assembleia – para a aprovação de determinadas matérias. (...) Enquanto o quorum da maioria absoluta verifica-se de acordo com o capital votante representado pelos acionistas presentes à assembleia geral, o quorum qualificado extrai-se do capital social total com direito a voto, ou seja, metade das ações com direito a voto que integram o capital social.” (Cf. EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/As comentada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 108-110).

⁵⁹⁰ Art. 143. “A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembléia-geral, devendo o estatuto estabelecer: I - o número de diretores, ou o máximo e o mínimo permitidos; II - o modo de sua substituição; III - o prazo de gestão, que não será superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição; IV - as atribuições e poderes de cada diretor. § 1.º Os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores. § 2.º O estatuto pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria.”

⁵⁹¹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 808 e 809.

Apesar de ainda não ter sido objeto de estudo monográfico no direito brasileiro⁵⁹², o tema é concorridíssimo na doutrina societária. Por exemplo, CARVALHO DE MENDONÇA sustentava que regra da maioria é uma “necessidade lógica” à disciplina das sociedades por ações, verdadeira exigência para o seu desenvolvimento e para o aferimento da vontade social, sendo extremamente prejudicial à lógica societária a exigência de unanimidade⁵⁹³. No mesmo diapasão está FÁBIO K. COMPARATO, para quem a fórmula da maioria foi criada para atender o funcionamento de um vasto corpo acionário, no qual “seria totalmente desarrazoado aceitar a regra contratual do consentimento unânime, nas deliberações sociais⁵⁹⁴”.

MIRANDA VALVERDE visualizava o princípio da maioria como uma fórmula legal capaz de solucionar as divergências havidas entre os sócios e garantir a continuidade da pessoa jurídica. Ao defender o fundamento da regra, entendia que não havia renúncia de direito por parte dos sócios ao ingressar no contrato de sociedade, mas sim sujeição às regras que disciplinam as relações internas entre os acionistas, dentre as quais está a de que as resoluções ou deliberações se vencem por maioria⁵⁹⁵.

Já na visão dos autores do anteprojeto da Lei n. 6.404/76, JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, o princípio majoritário “(...) não decorre apenas de um

⁵⁹² Há estudos específicos na doutrina estrangeira sobre o tema: GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007; _____. *Il principio di maggioranza nelle società personali*. Padova: Cedam, 1960.

⁵⁹³ Para o autor: “Exigir a unanimidade seria expor a sociedade à inação, seria cair no absurdo de atribuir a um só acionista a qualidade de representante ou árbitro da vontade social. Adotando-se o critério da maioria, sistema seguido em todas as corporações como necessidade lógica, não se sacrificam direitos nem interesses individuais dos sócios. Acha-se em causa o interesse exclusivo da pessoa jurídica, sociedade, abstraindo de considerações de ordem individual” (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial*. Vol. IV, livro II, parte III, 7. ed., posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 11). No mesmo sentido, RACHEL SZTAJN: “Decorre o princípio majoritário de necessidades práticas que visam ao bom funcionamento das companhias e, por seus resultados satisfatórios, acaba por tornar a maioria cada vez mais atuante e poderosa que, a certo momento, foi imperativa a limitação dos poderes sempre crescentes que a lei prática conferia à maioria.” (Cf. SZTAJN, Rachel, *Direito de recesso*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. II e 9).

⁵⁹⁴ E continua o autor: “Em todas as legislações, estabeleceu-se o princípio majoritário, notadamente em matéria de sociedades por ações”. Sobre as razões que fundamentam o domínio da maioria, FÁBIO KONDER COMPARATO pondera, com base em Kelsen: “Mas por que a maioria deve comandar? Parte-se, sem dúvida, do postulado de que a sociedade existe no interesse dos sócios, e como ninguém, em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do maior número, julgando cada qual segundo o seu próprio interesse. A ideia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen, é a de que o ordenamento social deve estar de acordo com o maior número possível de sujeitos, e em desacordo com o menor número possível. Significa isso constranger a minoria e desprezar os seus interesses? Evidentemente não, desde que a minoria aceite essa regra fundamental do jogo.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 60-61). No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 283-302, p. 297.

⁵⁹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 110-112.

raciocínio lógico-jurídico”, mas especialmente “(...) de uma necessidade prática, da imposição da vontade de uns sobre a de outros, fundado em critérios quantitativos, na tentativa de evitar a paralisia societária que decorria, necessariamente, da regra da unanimidade de votos”⁵⁹⁶.

Verifica-se, pois, que o princípio da maioria é um instituto/fórmula consolidado na lógica e na prática societárias (ainda que incomum no direito privado em geral⁵⁹⁷) por meio do qual, respeitadas as regras legais e estatutárias, equipara-se a vontade do maior número de acionistas, colhida na assembleia geral, a de todos os membros da sociedade, independentemente da manifestação de vontade do sócio⁵⁹⁸. Nas palavras de DOMINIQUE SCHMIDT, trata-se “de um processo singular de gestão de bens alheios⁵⁹⁹”, uma característica inerente ao contrato de sociedade, com especial aplicação no âmbito das anônimas, em detrimento da regra da unanimidade, a qual, se aplicada nesse contexto, operaria como

⁵⁹⁶ Pertinentes são as observações dos autores, com base nas lições da doutrina italiana: “A doutrina procurou, durante algum tempo, definir um fundamento para a vinculação à deliberação dos acionistas ausentes da reunião da Assembleia Geral e dos dissidentes, mas, segundo LUDOVICO BARASSI (ob. cit., p. 92), “é necessário abandonar a tentativa de justificar o princípio na lógica jurídica. Ele é uma pura exigência prática, e não lógica: é, portanto, direito singular, determinado pela necessidade de prover a boa gestão de um estado de comunhão.” E acrescenta: quando há divergência de ideias e não se aceita a paralisia, que é danosa a coisa comum, e se quer evitar a intervenção imediata da autoridade judiciária, não há escolha senão a razão da maioria, porque a opinião do maior número tem maior probabilidade de ser a boa (p. 93). O princípio majoritário é uma exigência do interesse social, que não pode ser prejudicado pelos egoísmos individuais; e é natural e lógico que a vontade do maior número (especialmente dos interessados, segundo o critério objetivo do interesse real) venha a prevalecer; se uma vontade deve decidir, e a unanimidade não é possível, é melhor a de muitos do que a da minoria (p. 95).” (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. _____. *Direito das companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 809-810). Em outro trabalho, os autores referem: “O funcionamento das sociedades por ações não prescinde do princípio majoritário: exigir-se o consenso unânime dos acionistas seria a imobilização da sociedade. Em verdade – observa D’OTHÉE (1962, v. 1, p. 363) –, toda organização coletiva baseada numa comunidade de interesses recíprocos está obrigada à adoção do regime majoritário para a tomada de decisões. Tal fato não consegue esconder que se trata de uma rara e, até mesmo, curiosa exceção ao grande princípio que domina o direito obrigacional, que é o do livre consentimento das partes. (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 457). Em sentido semelhante: BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 364.

⁵⁹⁷ Reitera-se, aqui, as críticas anteriormente expostas por FRANCESCO GALGANO (nota de rodapé nº 556).

⁵⁹⁸ A despeito dessa afirmação, o princípio majoritário não se confunde com a onipotência da maioria. Na interpretação do art. 116 da Lei 6.404/76 – que trata do acionista controlador –, entende-se que o poder de controle é verdadeiro poder-função, cujo exercício efetivo encontra limites na lei, dentre os quais estão as regras de responsabilidade pelo abuso do poder de controle (art. 117 da Lei 6.404/76), os deveres fiduciários dos administradores, o direito de retirada, a concepção de interesse social e de conflito de interesses, bem como as regras de governança corporativa. Nesse sentido, o direito societário contemporâneo tem procurado, por meio de restrições legais, cercar o arbítrio da maioria prepotente, quer reclamando quórum mais elevado para certas e determinadas deliberações, quer punindo com sanções o abuso do poder de voto ou outorgando aos acionistas descontentes o direito de se retirar da sociedade. A tutela da minoria através do apelo ao Poder Judiciário ou à arbitragem constitui um dos mais eficazes entraves aos caprichos e desregramentos da maioria (Cf. TEIXEIRA LACERDA, Egberto. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. Atual. por Syllas Tozzini e Renato Berger. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 168).

⁵⁹⁹ SCHMIDT, Dominique. *Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*. Paris: Sirey (Bibliothèque de Droit Commercial, 1970, p. 21 apud BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 457.

condição aniquiladora da coexistência dos associados, com potencial para instaurar um regime ditatorial da minoria ou de um só indivíduo⁶⁰⁰.

A despeito da sua manifesta relevância para a dinâmica societária, o princípio da maioria não assume caráter absoluto e incondicional⁶⁰¹, tendo os legisladores ao redor do mundo relativizado sua aplicação em determinadas situações. Justamente nessa direção caminham as observações de JOAQUÍN GUARRIGUES:

As decisões da assembleia geral estão submetidas ao princípio da maioria, que obriga não somente os minoritários presentes à assembleia mas todos os sócios, inclusive os dissidentes e os que não tenham participado da reunião. Todos ficam submetidos às deliberações da Assembleia Geral (...) Qual a *ratio legis* deste preceito? Voltando à concepção lógica e abstrata do legislador, o interesse da maioria parece se identificar com o interesse social, e este deve ser, de sua vez, logicamente, o mesmo interesse dos sócios. Continuamos no puro racionalismo, porque a verdade é que nem sempre se identifica o interesse da maioria com o interesse da sociedade⁶⁰².

E ao sustentar a relevância da defesa da minoria para o bom funcionamento do direito societário, ressalta o societarista espanhol:

(...) a defesa da minoria, em sentido estrito, refere-se a outra hipótese: refere-se à hipótese de deixar suspenso o princípio majoritário, concedendo-se à minoria ou ao acionista, isoladamente, o direito de resistir, de se opor a uma deliberação majoritária sem necessidade de invocar que a Assembleia Geral excedeu sua competência, ou que ocorreu transgressão da lei ou do estatuto, ou a violação do interesse social. A lei, neste caso de defesa estrita da minoria, protege a atitude discrepante da minoria, sem perguntar se é fundada ou não, se é razoável ou não, se se inspira ou não no verdadeiro interesse social⁶⁰³. À falta de um critério de razão, atende a lei a um critério matemático de quantidade e declara que quando a minoria tem dez por cento ou quando tem vinte por cento do capital, o grupo

⁶⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 60-61; GOLDSCHMIDT, Roberto. *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 38; No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 283-302, p. 297. Em outro estudo, RACHEL SZTAJN observa, com precisão, que na legislação brasileira a redução quantitativa da maioria deliberante tem sido acompanhada da ampliação das hipóteses legais de recesso. (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. VII).

⁶⁰¹ A relatividade do princípio decorre, também, da crítica apontada por WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR: “a história do princípio da maioria é (...) uma história de rendição legislativa ao poder econômico” (Cf. WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Pérolas aos Porcos. o Direito de Voto e a Tutela das Minorias, In: HUYVEN, Luiz Fernando Martins Huyven (Org.) *Temas Essenciais de Direito Empresarial: Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1063-1088, p. 1087).

⁶⁰² GUARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Trad. Noberto da Costa Caruso MacDonald. Porto Alegre: Antonio Fabris Junior, 1982, p. 28.

⁶⁰³ A afirmação não pode ser tomada em tom absoluto. Por exemplo, a Lei 6.404/76, em seu art. 115, §3º determina que o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. Existe, também, o abuso da minoria, como grupo societário organizado. Nesse sentido, apesar de ser uma figura jurídica relativamente recente e ainda pouco estudada já motivou, entre nós, excelente tese de doutorado: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

minoritário pode se opor à deliberação majoritária por esta forma que podemos qualificar de arbitrária, pois não há razão de apresentar a razão da oposição. As matemáticas influem, aqui, no Direito; a razão do número prescinde, aqui, da razão⁶⁰⁴.

Seguindo a lógica acima, identificaremos abaixo alguns limites para a lógica legitimadora da regra da maioria, notadamente as situações nas quais as decisões majoritárias não podem interferir na esfera privada dos acionistas.

a) Dimensões do princípio majoritário

A tutela da maioria não significa o reconhecimento de um interesse superior ao de todos os sócios, nem a existência de um interesse da sociedade, distinto daquele dos sócios. A base jurídica de sustentação do princípio da maioria está justamente na defesa do interesse comum de todos os acionistas *uti socii*⁶⁰⁵, presentes e futuros, para a consecução do escopo-meio e do escopo-fim da sociedade⁶⁰⁶.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, alicerçado nas observações de ASCARELLI, delimita a questão da dualidade de interesses e os limites da regra da maioria:

Tullio Ascarelli atentou, exatamente, para a existência, por assim dizer, “natural” de limites aos poderes da maioria na gestão da entidade organizada contratualmente: aí achamos – escreveu Ascarelli – a possibilidade (naturalmente em limites diversos nos vários casos) de uma deliberação por maioria, assinalando, ainda, que uma tal possibilidade corresponde justamente à existência de uma organização que visa à finalidade comum de todos os participantes. A possibilidade da deliberação majoritária (muito embora limitada) é, por isso, segundo a conclusão de Ascarelli, tanto maior quanto mais nítida é, nos vários tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre interesses “comuns” e interesses “particulares” de cada participante⁶⁰⁷.

Esclarecedoras são, também, as lições de F. GALGANO e FÁBIO K. COMPARATO, respectivamente,

Anche in matéria di società per azioni si predica che le deliberazioni sociali debbono realizzare, per essere conformi all’interesse sociale, non solo l’interesse degli azionisti attuali, ma anche quello degli ‘azionisti futuri’, ossia salvaguardare

⁶⁰⁴ GUARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Trad. Noberto da Costa Caruso MacDonald. Porto Alegre: Antonio Fabris Junior, 1982, p. 29.

⁶⁰⁵ PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, p. 176. Voltaremos a tratar do interesse social no Capítulo II deste estudo, mas especificamente no item intitulado “Nota sobre os interesses em jogo nas sociedades anônimas”.

⁶⁰⁶ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 152.

⁶⁰⁷ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 14; ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 292.

l'efficienza produttiva dell'impresa anche nella sua proiezione futura, in vista de soddisfazione di coloro che in futuro accederanno al mercato azionario⁶⁰⁸.

(...) na sociedade, as partes convencionam que a consecução do objetivo final de produção e partilha de lucros deve ser alcançado pela realização do objeto social específico, fixado no contrato. Mas isso não significa, obviamente, que a comunhão de escopo exclua a possibilidade de conflitos de interesse. Entre os sócios, como salientei, os interesses individuais podem se chocar, na medida em que cada qual procura obter – na partilha de lucros ou na administração social, por exemplo, uma posição predominante. Entre sócio e sociedade, ademais, pode-se manifestar grave conflito, quando aquele descarta o escopo comum, e até mesmo o seu interesse societário individual, passando, por exemplo, a fazer concorrência à atividade empresarial da sociedade⁶⁰⁹.

Identificado o interesse comum dos acionistas enquanto acionistas como seu fundamento teórico, é necessário compreender algumas limitações ao funcionamento da regra da maioria. Em primeiro lugar, as restrições estão diretamente relacionadas à observância do método assemblear e ao cumprimento dos quóruns de instalação e de deliberação dos órgãos sociais⁶¹⁰, notadamente a assembleia geral de acionistas e o conselho

⁶⁰⁸ GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 235.

⁶⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 131-149, p. 138.

⁶¹⁰ Sobre a diferença entre quorum de instalação e de deliberação assevera MODESTO CARVALHOSA: “Ao contrário de outras legislações, a lei brasileira estabelece diferentes exigências de quorum para instalação da assembleia geral e para deliberação eficaz nela tomada (arts. 129 e 136). Estabelece diferentes graduações de quorum de instalação, conforme sejam as assembleias gerais ordinárias ou extraordinárias. Para as ordinárias, o quorum de instalação é o previsto no artigo ora comentado (1/4 do capital social com direito a voto em primeira convocação; em segunda convocação, qualquer número). Já para a reunião extraordinária, a lei exige a presença de acionistas que representem 2/3, no mínimo, do capital votante, para que seja o conclave instalado em primeira convocação. Com relação à segunda convocação, vale a regra geral de instalação com qualquer número (art. 135). O quorum de instalação será verificado pelo lançamento das assinaturas no livro de presença de acionistas (art. 127), após provarem a sua qualidade (...)” E continua: “A lei, ao disciplinar a matéria, estabelece diferentes critérios quanto ao quorum de instalação e ao de deliberação da assembleia geral. O primeiro verifica-se pela soma de todas as ações com direito de voto trazidas à assembleia geral pelos seus titulares, nelas se contando, inclusive, as que, em virtude de confito formal de interesses, não poderão ser computadas na votação de determinadas matérias da ordem do dia (art. 115). O quorum de deliberação é formado unicamente por aquelas ações votantes que efetivamente se manifestaram sobre a proposta respectiva a favor ou contra. Excluem-se desse cômputo os votos em branco, neles compreendidos os que nada declararam, os que se abstiveram ou os que votaram fora da matéria em pauta, ou, ainda, os votos dissidentes em acordo de voto em bloco (art. 118, §8º). (...) Para o efeito de cômputo de votos, fala a lei em maioria absoluta e qualificada (art. 136).” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 846-847 e 919-921). No mesmo sentido, destaca JOSÉ WALDECY LUCENA, com base nas lições de VERA HELENA MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN: “Em toda assembleia, há de se distinguir o quorum de instalação do quorum de deliberação. O primeiro é condição de realização da assembleia; o segundo é requisito de validade de suas decisões em determinadas matérias. Confrontados estes conceitos com a Lei atual, tem-se que os artigos 125 e 135, no dizer das professoras Vera Helena Mello Franco e Rachel Sztajn, estabelecem o capital mínimo que deve estar presente para que a assembleia possa ser validamente instalada; enquanto os artigos 129 e 136 fixam o número de votos necessários para que a matéria sob deliberação seja aprovada. Nas sociedades de fins econômicos, o quorum de instalação assenta-se no capital social (nas anônimas, apenas no capital social votante, dada a existência de ações sem direito de voto); enquanto o quórum de deliberação funda-se, em geral, no capital votante, representado pelos sócios presentes à assembleia. É o chamado quorum eventual. (...) Impositiva, em suma, a conclusão de que

de administração⁶¹¹. Nesse particular, abre-se um parêntese para realçar a distinta função que a figura jurídica do quórum exerce nas sociedades anônimas abertas e nas fechadas⁶¹². Sobre o tema, lembra FÁBIO K. COMPARATO:

Nas companhias abertas, que têm vocação para acolher um número ilimitado de acionistas, o quórum representa medida de proteção da maioria contra as manobras de entravamento da ação social por grupos minoritários. Imagine-se, por exemplo, uma *American Telephone and Telegraph Co.*, com centenas de milhares de acionistas estabelecendo quórum de três quartos ou de quatro quartos para deliberação em assembleia geral. Bem ao contrário, nas companhias fechadas, em que deve prevalecer a confiança e a consideração pessoal recíproca dos sócios, de acordo com o espírito do negócio, as regras de quórum são estabelecidas no interesse da minoria, a fim de prevenir eventual abuso de poder pelos detentores do controle⁶¹³.

Vejamos como o tema foi tratado pelo legislador pátrio, notadamente na sua dúplici função de proteger ora a maioria, nas companhias abertas, ora a minoria, nas companhias fechadas. A previsão do art. 128 do Decreto n. 434, de 1891 era dúbia quanto à possibilidade de o estatuto social da companhia elevar o quórum majoritário previsto na lei para aprovação de determinadas deliberações da assembleia geral⁶¹⁴. O Decreto-Lei n. 2.627/40 também não tratou deliberadamente da matéria, mas a doutrina da época, liderada por MIRANDA VALVERDE, firmou posição contrária à possibilidade de se elevar no estatuto social o regime legal da maioria⁶¹⁵.

Depreende-se, portanto, que as leis societárias anteriores não atentaram (ou não se importaram em razão do momento econômico do país, cuja riqueza era gerada, na sua grande maioria, por pequenas e médias empresas) com a distinta funcionalidade dos quóruns de votação para os regimes vigentes no sistema acionário (abertas e fechadas).

ambos – o quorum de instalação e o quorum de deliberação – embora distintos, fundam-se, nas sociedades anônimas, no capital votante da companhia.” (Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vols. II. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 115).

⁶¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 122/123. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 561/562.

⁶¹² As distinções legal e tipológica entre as sociedades anônimas abertas e fechadas serão examinadas nos itens 2.3 e 2.4 deste Capítulo.

⁶¹³ COMPARATO, Fabio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 122/123.

⁶¹⁴ Art. 128: “A assembleia geral tem poder para resolver todos os negócios, tomar quaesquer decisões e deliberar, aprovar e ratificar todos os actos que interessam á companhia. Nas suas faculdades, salvo clausula em contrario, se inclue a de modificar e alterar os estatutos, ou contracto social. Não lhe é, porém, permitido mudar ou transformar o objecto essencial da sociedade” (Decr. n. 8821 de 1882, art. 63). SPENCER VAMPRE não chega a tratar do tema em seus comentários ao referido dispositivo. (Cf. VAMPRE, Spencer. *Das sociedades anonyms*. São Paulo: Poca-Weiss, 1914, p. 351/352).

⁶¹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 113; CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 78.

A Lei n. 6.404/76 parece ter atentado e compreendido a diferenciação e, por conseguinte, alterado esse contexto. Quanto às companhias fechadas, veja-se, por exemplo, a previsão do art. 129, § 1.º: “O estatuto da companhia fechada pode aumentar o quórum exigido para certas deliberações, desde que específica a matéria. No mesmo sentido caminha o art. 136 que, ao regular o quórum qualificado, determina ser “(...) necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quórum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação (...) sobre as matérias ali constantes.”

No que se refere às companhias abertas, o §2.º do art. 136 outorgou à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgão regulador do mercado de capitais no Brasil, a prerrogativa de autorizar a redução do referido quórum no caso de companhia aberta com as ações dispersas no mercado, e cujas três últimas assembleias tenham sido realizadas com a presença de acionistas representando menos da metade das ações com direito a voto. Nesse caso, a autorização da CVM deverá constar nos avisos de convocação e a deliberação com quórum reduzido somente poderá ser adotada em terceira convocação⁶¹⁶.

Fechado esse parêntese, a necessidade de impor limites à vontade da maioria encontrou respaldo na doutrina estrangeira. De um lado, foram criados corretivos para a aplicação absoluta da regra, tentando impedir o que VIVANTE denominou de “*tirania della maggioranza*”; de outro, buscou-se evitar que as restrições postas acabassem por imobilizá-la⁶¹⁷. É um típico movimento pendular, cujo equilíbrio corrobora com a máxima de CLIVE M. SCHMITTHOFF no sentido de que o relacionamento entre a maioria (i.e., controlador) e a minoria (i.e., não controlador) é a pedra de toque do progresso de qualquer sistema jurídico⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Os exemplos são referidos por: COMPARATO, Fabio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 123. Em regra, a jurisprudência da CVM tem concedido a redução de quórum sempre que a companhia cumpre com os requisitos previstos no §2.º do art. 136. Nesse sentido ver: Processos (i) RJ2012/6610; (ii) RJ2011/9443; (iii) RJ2009/10433 e (iv) RJ2008/9337.

⁶¹⁷ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 457.

⁶¹⁸ SCHMITTHOFF, Clive M. The rule of majority and the protection of the minority in English Company Law. *La società per azione allà metà del secolo XX* (Studi in Memoria di Angelo Sfratta). Padova: Cedam, 1962, p. 663- 684, p. 663; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 861.

Ao examinar os pressupostos teóricos e práticos do princípio majoritário, FRANCESCO GALGANO, com base nas lições de E. RUFFINI⁶¹⁹, defende a relativização da aplicação do referido princípio na esfera societária para fins de suavizar seus efeitos e atenuar a ideia inexpugnável de que ele constitui uma premissa lógica, necessária e inafastável do regime jurídico da sociedade, seja ela aberta ou fechada.

Após expor a problemática que envolve o tema no âmbito do direito privado, especialmente no que concerne a sua contradição com autonomia dos indivíduos em manifestar sua vontade com relação a qualquer evento obrigacional que envolva seus interesses, GALGANO sustenta que a regra da maioria não é um instituto jurídico propriamente dito, mas sim uma fórmula legal, que não encontra razão de ser em si mesma, mas sim no local e no contexto em que é aplicada⁶²⁰.

Em trabalho que examina a aplicação do princípio nas sociedades de pessoas, o autor sustenta que sua função em tal modelo societário seria organizar o exercício da atividade, ao passo que nas sociedades de capital consistiria em garantir o caráter corporativo da organização. Em estudo mais recente, GALGANO aborda, com maior precisão e profundidade, a função do interesse comum como pressuposto de aplicação do princípio majoritário nas comunhões, voluntárias e involuntárias.

Desse ponto em especial decorre uma constatação relevante: a ausência de tal interesse social comum entre os sócios representa um ponto de inflexão no sentido da sua relativização, o que, por sua vez, legitima o direito do acionista de manifestar sua vontade em matérias do seu interesse particular, dependendo a eficácia dessa deliberação de tal manifestação. Segundo o jurista italiano:

(...) il principio di maggioranza prescinde da una preesistente accettazione di coloro che vi si trovano sottoposti. Il suo presupposto di applicazione, comune a tutte le fattispecie in cui vige, è un dato oggettivo sempre presente in esse, è la comunanza di interessi in cui più persone versano, sia essa da loro costituita volontariamente (società, associazioni, consorzi) oppure emergente, anche indipendentemente dalla loro volontà, dalla convergenza dei loro interessi. Questo è il presupposto di applicazione del principio di maggioranza nel diritto privato; ma è, al tempo stesso, il limite della sua applicazione; dove manca quella obiettiva convergenza di interessi l'autonomia dei singoli resta inviolabile, e nessuno può subire alterazioni della propria sfera giuridica indipendentemente dal concorso della propria volontà. Quale sia poi il grado o l'intensità della comunanza di interessi, idonea a giustificare il prevalere della volontà dei più, e quale sia il criterio di calcolo della maggioranza, se maggioranza di numero o per

⁶¹⁹ RUFFINI, Edoardo. *Il principio maggioritario. Profilo storico*. Milano: Adelphi, 2002.

⁶²⁰ Nas palavras do autor: “È stato affermato da uno dei suoi più recenti teorici che ‘il principio maggioritario non è un istituto giuridico, è semplicemente una formula giuridica. Il principio maggioritario non ha in sé la ragione d’essere; la può acquistare o non, seconda del dove e del come lo si applica’” (Cf. GALGANO, Francesco. *Il principio di maggioranza nelle società personale*. Padova: Cedam, 1960, p. 31).

quote di interesse, è valutazione che risulta rimessa, aso per caso, alla discrezionalità del legislatore⁶²¹.

Essas proposições teóricas introduzem uma dimensão relativa no estudo do princípio majoritário com a qual concordamos e da qual se extrai que a razão da sua existência e da sua lógica de funcionamento não dependem apenas de si – como se fosse um fim em si mesmo –, mas especialmente das justificativas e dos pressupostos legais para sua aplicação nos sistemas em que for chamado a operar⁶²², especialmente do interesse comum de todos os sócios⁶²³.

A relativização ou a perda de eficácia inicialmente concebida por RUFFINI e posteriormente desenvolvida por GALGANO não põe em questionamento a essência da regra da maioria, nem sua utilidade para o bom desenvolvimento da atividade econômica desenvolvida por uma sociedade, mas sim o fundamento que lhe subjaz, lançando bases para a perda da sua potência. O enfoque da reflexão não é negativo, mas sim propositivo, na medida em que destaca a dimensão instrumental da regra, cuja relevância para o direito societário não se discute, mas cuja aplicação deve considerar a matéria, o interesse em debate e o contexto que pretende disciplinar, perdendo intensidade quando a totalidade dos seus pressupostos não estiverem presentes⁶²⁴.

⁶²¹ GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 204-205.

⁶²² PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. de 2002, São Paulo, p. 134.

⁶²³ A despeito da tendência de expansão do campo de aplicação da regra da maioria, F. GALGANO ressalta seu caráter excepcional: “Per quanto Il principio di maggioranza manifesti, nel diritto privato moderno, una forte tendenza espansiva, è legittimo concludere que esso ancora vi si presenta con i caratteri di una eccezione alla regola dell’autonomia di determinazione di singoli; e sarà questa la regola da applicare quando ad essa non sia legislativamente o consensualmente apportada una esplicita eccezione.” (Cf. GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 206).

⁶²⁴ O italiano GIOVANNI PELLIZZI, em ensaio sobre os poderes indisponíveis da maioria assemblear, faz referência à um exemplo de sobrevivência humana para cotejar a relevância de considerar o interesse em jogo na determinação da aplicação ou não da regra majoritária na tomada de certas decisões: “Non si è, in realtà, considerato – da parte d’alcuni critici, forse eccessivamente attratti da esigenze polemiche, delle dottrine istituzionalistiche e del ‘dogma’ della soggettività giuridica – Che eliminato ogni accoglimento della tesi da essi criticate, la dialettica fra collettivo e individuale, resta immutata irrisolta. Escluso soltanto – o concessane, come s’è detto, l’esclusione – che si vieti alla deliberazione unanime (almeno si rispetto a della legge e dell’atto costitutivo) d’assumere scelte eventualmente anche rovinose per gl’interesse di ciascuno e di tutti gli associati, resta pressochè identico il problema della misura in cui la deliberazione non unanime possa attentare agli interessi dei soci non partecipi della maggioranza deliberante. Altrove, per rendere il concetto evidente, abbiamo che a maggioranza decidano di sbranare i compagni rimasti in minoranza. L’esempio è utile perchè indica una tipica decisione che non si può in alcun modo giustificare sulla teoria dell’interesse ‘comune’; non già perchè l’interesse comune non possa, in teoria, comportare anche il sacrificio della vita per singoli membri d’una comunità (basti pensare alle guerra), mas perchè nel caso ipotizzato la scelta dei sacrificati è arbitraria e accidentale: si sono colpiti – e in pratica un evento così delineato implica una situazione di preventivo accordo, cioè di comunità nella comunità – quelli che di fatto si son trovati in minoranza. Si muti appena un poco il sempre orrido esempio: si ipotizzi una maggioranza che deliberi il sacrificio ‘dei più grassi’. Già la situazione cambia, perchè un sia pur atroce giustifica obiettivamente la scelta dei sacrificati. Si supponga infine che i naufraghi – come si dice, in qualche storia o leggenda, esser accaduto (‘on tita z’ à la courte paille pour savoir

Concordamos, nesse sentido, com as ponderações de JULIANA K. PELA:

(...) a relativização referida por GALGANO não busca contestar o princípio da maioria ou, sequer, negar sua utilidade. Ao contrário, visa apenas a evidenciar sua verdadeira dimensão, que é apenas e tão somente instrumental. Realmente, não se ignora que sem a regra da maioria a condução dos negócios sociais restaria prejudicada ou até mesmo inviabilizada. Todavia, dado o seu caráter instrumental, acima mencionado, a regra deve ceder às exigências materiais das situações que pretende disciplinar⁶²⁵.

Defende-se, destarte, que a plena eficácia da regra da maioria deve ser reexaminada em situações excepcionais, definidas expressamente pela lei acionária, decorrentes da hermenêutica ou da conexão do direito societário com outras searas jurídica, desde que esteja presente seu principal fato gerador (a ausência de interesse comum). O exame atento da legislação societária pátria permite identificar inúmeras hipóteses nas quais o legislador relativizou a força de aplicação da regra da maioria, relativizando seu caráter absoluto em decorrência da proteção de outros interesses em jogo (que não o comum).

JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO enumeram três limites ou temperamentos legais ao poder da maioria de modificar o estatuto social da companhia, a saber: (I) a exigência de quorum qualificado para a aprovação, pela assembléia geral, das matérias enumeradas nos itens do art. 136; (II) a necessidade de prévia aprovação, ou ratificação, pelos titulares de ações preferenciais interessadas, reunidos em assembleia especial, da deliberação da assembléia geral que reduz preferências ou vantagens de ações em circulação (art. 136, §1º); (III) o direito de retirada dos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral que aprova as matérias referidas no art. 137⁶²⁶.

Já na visão de JULIANA K. PELA, o legislador criou três contextos distintos nos quais é empregada a regra da maioria, a saber: (I) a sua derrogação em razão da regra da unanimidade; (II) a sua mitigação em decorrência de alterações essenciais no pacto

qui serait mangé') – faccian decidere alla sorte chi debba esser divorato. Qui la decisione appare, dal punto di vista dell'interesse comune, impeccabile: ciascuno può aver interesse a sperare nel tragico privilegio di non esser designato dalla sorte, accettando, in cambio il rischio d'esserne invece colpito; senza questa via d'uscita è certa (si supponga) la morte di tutti, con essa è favorita la salvezza d'alcuni indeterminati componenti la comunità, a prezzo del sacrificio d'altri e altrettanto indeterminati. Si viene così a confermare, incidentalmente, che il principio d'uguaglianza è un dato imprescindibile del problema: e non in omaggio a un giusnaturalismo, più volte deplorato – ma a torto ravvisato – a questo proposito, bensì in virtù di un'esigenza logica, perchè non può definirsi in alcun modo 'comune'(cioè, si noti, appartenente a tutti) un interesse esprimendosi i una scelta con la quale *a priori* si pospongano o si sacrificino alcuni determinati membri della comunità." PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, 178/179.

⁶²⁵ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. de 2002, São Paulo, p. 134.

⁶²⁶ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 549-550.

societário, caracterizadas pelas hipóteses legais de recesso e (III) a sua plena vigência, aplicação e eficácia⁶²⁷. Embora as enumerações apresentem pontos em comum, a linha de raciocínio desenvolvida por KRUEGER PELA nos parece mais precisa, razão pela qual será detalhada abaixo.

Na primeira hipótese, trata-se da derrogação do princípio majoritário em razão de causa expressa na lei, que exige, em virtude da relevância da modificação em questão, o voto da unanimidade dos acionistas da sociedade. No regime jurídico da Lei n. 6.404/76, tais hipóteses são pontuais e estão relacionadas (I) à distribuição de dividendo inferior ao obrigatório (art. 202, §3.º); (II) à transformação de tipo societário (art. 221, *caput*); (III) à mudança de nacionalidade de sociedade brasileira (art. 72 do Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, cuja vigência foi mantida pelo art. 300 da Lei n. 6.404/76⁶²⁸); (IV) à cisão desproporcional (art. 229, §5º da Lei 6.404/76); (V) à modificação, alteração ou derrogação de cláusulas ou artigos do projeto de estatutos social (art. 87, §2º da Lei n. 6.404).

Na segunda hipótese, a regra de maioria também é excepcionada, mas a solução legislativa é distinta; ao invés de exigir o quórum da unanimidade, o legislador requer que a matéria seja aprovada mediante quórum qualificado – metade mais uma das ações com direito a voto que integram o capital social –, outorgando-se ao acionista dissidente da deliberação a possibilidade de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações⁶²⁹. Como veremos a seguir, a figura jurídica do direito de recesso tem natureza qualificada, compõe o rol dos direitos essenciais dos acionistas previsto no art. 109, inciso V, da lei acionária e, nos moldes legais, desempenha a função de verdadeiro “freio ou corretivo do princípio majoritário⁶³⁰”.

⁶²⁷ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 126, abr.-jul. de 2002, São Paulo, p. 134.

⁶²⁸ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 126, abr.-jul. de 2002, São Paulo, p. 134.

⁶²⁹ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 126, abr.-jul. de 2002, São Paulo, p. 135.

⁶³⁰ A expressão foi utilizada por BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 562. Sobre a interação entre direito de recesso e princípio majoritário nas sociedades anônimas e limitadas, vide comentário de RACHEL: “(...) a sociedade por quotas e a anônima, tal como aparece na Lei 6.404/76, são tipos de origem mais recentes, em que o princípio majoritário se afirma de modo distinto, fazendo surgir a necessidade ou de impor a submissão de todos à vontade da maioria ou a da introdução de novos institutos destinados a contornar ou eliminar situações conflituosas como exigência operativa dos modelos organizacionais. O crescimento da base societária, se o sistema mantém o processo de consultas e veto de alguns sócios aos desejos da maioria, põe obstáculos ao crescimento das sociedades, propicia a ineficiência e contribui negativamente para o desenvolvimento das atividades econômicas. A necessidade de dar à maioria poderes para que possa, em benefício de todos os membros da sociedade, realizar negócios que julgue vantajosos, fica evidente na gestão da grande empresa. A atividade econômica não se compadece com a morosidade das consultas a grande número de sócios, nem com o poder de veto, que, por capricho, algum ou alguns exerceriam em situações determinadas, transformando a administração das sociedades em verdadeiras

Na terceira hipótese, o princípio majoritário tem plena vigência e eficácia, servindo de regra geral para aprovação de deliberações assembleares, nos termos do art. 129 da lei acionária. Nesse sentido, constitui, também, critério para a averiguação do exercício regular do poder de controle, conforme determinam o arts. 116 e 117 da Lei n. 6.404/76 e meio de mensurar e interpretar o interesse social.

Em adição a essas previsões, existe outra hipótese na qual a vigência do princípio majoritário é relativizada. Trata-se dos direitos essenciais dos acionistas, elencados no art. 109 da Lei n. 6.404/76, inderrogáveis pelo estatuto social ou pela assembleia geral⁶³¹. Na dicção da lei, tais direitos estão relacionados (I) à participação nos lucros sociais; (II) à participação no acervo da companhia em caso de liquidação; (III) à fiscalização da gestão dos negócios sociais, na forma prevista na lei; (IV) à 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; (V) à retirada da sociedade nos casos previstos na lei.

Como bem destaca G. F. CAMPOBASSO, a operatividade do princípio majoritário com relação às modificações do estatuto social faz com que o interesse do grupo em alterar a estrutura organizativa de uma sociedade anônima prevaleça sobre o interesse do acionista singular. Esse tom legislativo em favor da adaptabilidade da estrutura social – em razão das mudanças da realidade econômica – determina que a minoria não tenha poder para impedir tais modificações, ainda que de caráter profundo. Obviamente esse raciocínio não significa que o poder de determinação ou de disposição da maioria seja ilimitado ou que a autorize a alterar ou prejudicar situações subjetivas (patrimoniais ou políticas) do acionista individual.

arenas de discussões e multiplicando recursos ao Judiciário com a eventual paralisação das atividades. Porém, do aumento do poder da maioria pode resultar a opressão da minoria pela não manutenção das bases do negócio, pela modificação das específicas e particulares condições que ajustaram ou às quais aderiram ao se tornarem membros da sociedade. Para essas situações buscou-se um ‘freio’ que não tolhesse a ação da maioria, permitindo-lhe administrar a sociedade e permitindo aos descontentes fugir da situação. Assim, ao lado de outros direitos de sócio, inclui-se o direito de retirada, que poderá ser exercido pelo(s) dissidente(s) de deliberação majoritária, sempre que as condições legalmente previstas estejam presentes.” (Cf. SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 71, jul./set. 1988, p. 50-54).

⁶³¹ Nesse sentido é a orientação de MIRANDA VALVERDE ao comentar o art. 94 do Decreto-Lei 2.627/40: “O princípio majoritário não prevalece nos casos em que a resolução fere ou viola direitos ou garantias individuais dos acionistas (números 370/376), ou quando, excepcionalmente, é necessária a unanimidade para a validade da deliberação. (...) A essas reuniões, para a validade de cujas deliberações é imprescindível o voto favorável de todos os acionistas, convencionou-se chamar de assembleias universais. Nelas votam todos os acionistas, ainda que, pelo estatuto, estivessem privados do direito de voto. Cada ação, cada voto”. (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II, 2º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 110/111). No mesmos sentido: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 922.

Lembra o societarista que a maioria deve sempre respeitar os limites estabelecidos pelas normas inderrogáveis, pelos princípios da correção, da boa-fé e da paridade de tratamento dos acionistas⁶³².

Em resumo, entende-se que a relativização da força do princípio majoritário não significa o esvaziamento da sua função instrumental no âmbito interno da companhia. As molduras de aplicação da referida regra e os efeitos jurídicos dela resultantes em relação a certas alterações estatutárias são temas que interessam ao presente estudo, na medida em que contrapõem a ideia da autonomia privada das partes na escolha voluntária da arbitragem como forma de resolução de conflitos de natureza societária. Frente à adoção da regra da maioria em diferentes hipóteses e contextos legais, com maior ou menor flexibilidade, de acordo com as condições subjacentes às situações em jogo, interessa-nos verificar em qual delas deve ser examinada a situação de reforma estatutária para inclusão de cláusula compromissória.

O tema será retomado no Capítulo II da Parte III do presente estudo, com o intuito de traçar alternativas e fundamentos para contornar a tensão existente entre o princípio majoritário e a autonomia privada das partes.

2.2.3. Nota sobre as características do direito de recesso

O direito de recesso⁶³³ é uma prerrogativa essencial do acionista prevista no art. 109, inc. V, da Lei n. 6.404/76. Em um perfil dogmático, o recesso representa uma porta de saída do sócio, por sua iniciativa, da sociedade⁶³⁴. Em termos práticos, a lei oferece aos acionistas a possibilidade de discordar de certas decisões assembleares majoritárias e obter o reembolso do valor das suas ações diretamente da companhia. De um lado, o legislador

⁶³² CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*. 8. ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012, p. 508.

⁶³³ Quanto à terminologia do instituto, conclui ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA, após pesquisa entre linguistas brasileiros e portugueses, que se trata de “(...) um neologismo, captado à língua italiana, com o sentido de afastamento de sócio, desde que observados alguns requisitos fixados pelo legislador” (Cf. OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983, p. 37). Ao comentar o art. 1.077 do Código Civil, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO salienta que o termo “direito de recesso” é o sentido técnico correto da expressão “direito de retirada”, a saber: “Por retirada costuma-se designar qualquer das formas pelas quais ocorre a saída voluntária de sócio de uma sociedade, que não seja pela simples renúncia. Como já destacado nos comentários ao art. 1.029 – e a matéria aqui se repete com algumas particularidades – essa retirada pode verificar-se (i) pela cessão ou transferência, onerosa ou gratuita, que o sócio faz de sua quota a outro sócio ou a terceiro; (ii) pela sua exclusão da sociedade ou, ainda, (iii) pelo exercício do direito de se desligar da sociedade, mediante recebimento de seus haveres do patrimônio social. É nesse último sentido que o vocábulo deve ser tecnicamente utilizado.” (Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 416).

⁶³⁴ DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio per modifichie statutarie*. Milano: Giuffrè, 1940, p. 1.

retirou ônus que era ordinariamente do acionista (de vender suas ações) e o repassou à companhia – que fica responsável por reembolsá-lo financeiramente⁶³⁵.

Assevera RACHEL SZTAJN, em sua tese de doutorado sobre o tema, que a figura jurídica do recesso:

(...) aparece no sistema societário como complemento da liberdade de associação. Recesso, que significa sair, voltar atrás (*sic*), retroceder, designa a faculdade conferida aos membros das sociedades mercantis e cooperativas de, mediante declaração de vontade, de romperem o vínculo associativo, desligando-se da sociedade, sem dissolução desta. A solução de se desfazer individualmente dos laços que unem os sócios à sociedade, especialmente nas companhias, tipo societário cuja estrutura aberta se presta à adesão de novos participantes a pacto já aperfeiçoado, facilita o funcionamento da sociedade pois elimina resistências de eventuais acionistas dissidentes de deliberação majoritária⁶³⁶.

GIUSEPPE DONADIO caminha no mesmo sentido ao afirmar que o recesso reconhece, de um lado, a liberdade da sociedade de alterar as condições previstas no contrato/estatuto social e, de outro, a liberdade do sócio de discordar de tal alteração e se retirar do seu quadro de participantes. Trata-se de direito individual do acionista, de caráter pessoal, essencial, pertencente ao seu *status socii*, cujo principal efeito jurídico consiste em resolver parcialmente o vínculo contratual anteriormente firmado e permitir sua retirada da sociedade em decorrência de alterações do contrato que modifiquem as bases essenciais desse negócio jurídico⁶³⁷.

⁶³⁵ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Notas sobre o direito de recesso e a exigência de titularidade ininterrupta (art. 137, § 1.º). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239-265. Nas palavras de ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA: “(...) incorporando-se à sociedade, o sócio sabe, de antemão, que haverá de submeter-se a certos postulados que vêm fixados *a priori* no ato constitutivo. As modificações das condições inaugurais não podem condenar o sócio a manter a respectiva posição em sociedade, que não mais consulta a seus interesses.” Logo, “(...) sempre que as deliberações assembleares assumirem tamanha gravidade, por modificarem substancialmente o contrato social ou impuserem maior gravame aos sócios, aí, sim, o legislador faculta ao dissidente o afastamento da sociedade.” (Cf. OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983, p. 51 e 57). No mesmo sentido, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA: “O fundamento do direito de recesso está na alteração superveniente do contrato social, com a consequente mudança das regras do jogo iniciado pelos sócios ao tempo da constituição da sociedade.” (Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 148).

⁶³⁶ SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. I.

⁶³⁷ DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio per modifiché statutarie*. Milano: Giuffrè, 1940, p. 2 e 85. Apesar de reconhecer o fundamento do direito de recesso como um instituto que defende interesses particulares dos acionistas, especialmente relacionados à alteração das bases essenciais do contrato de sociedade por ele firmado, ANTONIO SCIALOJA tem uma visão bastante crítica quanto à adoção do instituto no direito italiano: SCIALOJA, Antonio. *La lunga storia di una breve legge. Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 437-460, p. 447 e ss.

A origem do instituto do recesso, como temperamento ao poder da maioria, remonta à promulgação do Código Italiano de 1882⁶³⁸. No Brasil, a figura foi pioneiramente prevista no Decreto n. 3.708/19, que regulava as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, tendo sido transposto para o direito das companhias pelo Decreto n. 21.536/32, com a autorização para a criação de ações preferenciais sem direito de voto, sob cerradas vaías da doutrina comercialista da época (dentre os quais CARVALHO DE MENDONÇA⁶³⁹). Apesar de o Decreto-Lei n. 2.627/40 ter regulado a matéria em seu art. 107, o interesse e a compreensão em torno do tema cresceram a partir da promulgação da Lei n. 6.404/76 e suas posteriores modificações⁶⁴⁰.

Na teoria geral do direito civil, o recesso deve ser enquadrado como espécie de direito formador (*Gestaltungsrecht*, de origem alemã⁶⁴¹), direito potestativo (*diritti*

⁶³⁸ O recesso dos acionistas estava regulado no art. 158 do Código de Comércio de 1882. Na época representou novidade festejada por alguns juristas (“sistema admirável pela sua simplicidade”, na visão de L. LORDI (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 562) e duramente criticada por outros (A. SCIALOJA, por exemplo, no texto referido na nota de rodapé anterior). Atualmente, o instituto está regulado pelo art. 2.437 do Código Civil de 1942, com as alterações promovidas pela reforma de 2003. O tema foi amplamente discutido na Itália, tendo se autorizado, inclusive, a renúncia estatutária do direito de recesso por parte dos acionistas. Entre nós, ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA apresenta bom histórico sobre a inserção do recesso na Itália: OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983, p. 20-27. Na doutrina estrangeira, ver: SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914, p. 253-278; SCIALOJA, Antonio. Validà della rinuncia al diritto di recesso. *Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 405-413; DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio per modifiche statutarie*. Milano: Giuffrè, 1940; FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 391-404; BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960.

⁶³⁹ Segundo narra RACHEL SZTAJN: “A ideia de que o capital social das companhias pudesse ser reduzido pelo reembolso ao acionista que desejasse retirar-se da companhia por discordar de deliberação da maioria afrontava a doutrina que via no princípio majoritário e na permanência da sociedade razões bastantes para a submissão das minorias à vontade da maioria. Possível prejuízo de dissidentes era insuficiente para justificar o recesso. Mas a prática acaba por impor o instituto (...).” (Cf. SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul./set. 1988, p. 50-54). Sobre o tema, ver também: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 560-567.

⁶⁴⁰ LUIS ANTONIO DE SAMPAIO CAMPOS defende que o remédio jurídico do recesso foi originalmente criado para o modelo jurídico das companhias fechadas e não para o das abertas, apesar de, atualmente, ser aplicado a ambas. In: CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Notas sobre o direito de recesso e a exigência de titularidade ininterrupta (art. 137, § 1.º). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239-265.

⁶⁴¹ Sobre o tema, ver: PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo V. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 302 e ss. A propósito, são esclarecedoras as colocações de ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA: “Não há como confundir-se o ‘direito formador’ com os demais poderes jurídicos. Distinguem-se quanto ao objeto e também quanto ao fim. Pelo objeto, enquanto os demais se consubstanciam em coisas ou comportamentos, ele se refere especificamente a relações jurídicas. Seu exercício acarreta a criação, modificação ou extinção de uma especial relação jurídica. Também se aparta o ‘direito formador’ dos demais poderes jurídicos pelo fim egoístico por ele perseguido. Por outras palavras, o titular de um direito formador busca sempre a realização de interesse próprio.” (Cf. OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O*

potestativi, de origem italiana⁶⁴²) ou direito de saída (*appraisal right* da prática norte-americana⁶⁴³) outorgado individualmente ao acionista para que, nos casos previstos em lei, deixe de ser sócio da companhia mediante declaração unilateral de vontade de natureza receptícia⁶⁴⁴ – que forma um negócio jurídico de reembolso (art. 45 da Lei n. 6.404/76) – por meio da qual aliena suas ações à companhia e dela recebe o valor do reembolso⁶⁴⁵.

direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1983, p. 20-27).

⁶⁴² Como se observa das referências bibliográficas apresentadas, o tratamento dado pela doutrina italiana ao recesso serviu de paradigma para a elaboração do presente item. Sobre o tema, ver: PULEO, Salvatore. *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*. Milano: Giuffrè, 1959. Sobre o conceito de direito postestativo remetemos o leitor ao teor das notas de rodapé nºs 356 e 357.

⁶⁴³ Ainda que com distinções na forma e no conteúdo da declaração de vontade do acionista, o tratamento do recesso é semelhante nos Estados Unidos, com a tendência à sua eliminação nas companhias abertas com liquidez, nas quais a venda das ações em mercado constitui o mecanismo adequado de saída para o acionista. No sistema americano, o recesso é uma ferramenta de proteção da minoria nas sociedades anônimas fechadas (*closed corporations*), sendo sua utilização bastante restrita nas anônimas abertas. Ver nesse sentido: CLARK, Robert. *Corporate law*. Boston: Brown, 1986, p. 444-461; FISCHER, Daniel. The appraisal remedy in corporate law. *American Bar Foundation Research Journal*. Vol. 8, n.º 4 (1983), p. 875-902; WERTHEIMER, Barry. The purpose of the shareholder's appraisal remedy. In *65 Tenn. L. Rev* (1998), p. 661-690; SIEGEL, Mary. Back to the future: appraisal rights in the twenty-first century. 32. In: *Harv. J.* (1995), p. 82-141; THOMPSON, Robert B. Exit, liquidity, and majority rule: appraisal's role in corporate law. *84 Geo. L. J.* (1995), p. 1-55; LETSOU, Peter V. The role of appraisal in corporate law. In: *39 B.C.L. Rev.* (1998), p. 1.121-1.172. Para uma visão contrária ao instituto do recesso (manifestando-se contra a importação de ferramentas democráticas para o direito societário), ver: MANNING, Bayless. The shareholder's appraisal remedy: an essay to Frank Cover. In: *72 Yale L. J.* (1962), 223-250; EISENBERG, Melvin Aron. *The structure of the corporation*. Washington DC: Beard Books, 1976.

⁶⁴⁴ Observa RACHEL SZTAJN que: “As declarações unilaterais de vontade do tipo receptício tornam-se eficazes assim que cheguem ao conhecimento do destinatário e, a partir desse momento, estará o declarante obrigado pelo aperfeiçoamento do negócio. (...) Entretanto, na disciplina das anônimas, o elemento patrimonial ocupa posição de extrema importância. (...) Enquanto o acionista não for reembolsado, deverá manter sua posição na sociedade, podendo, nesse ínterim, retratar-se quanto da sua declaração anterior e desistir do recesso.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 41/42). No mesmo sentido: FONSECA, Tiago Soares. *O direito de exoneração do sócio no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 25-41.

⁶⁴⁵ Na correta opinião de FÁBIO K. COMPARATO: “Não é difícil reconhecer, nessa prerrogativa individual, o que a doutrina germânica denominou de direito formador (*Gestaltungsrecht*) e a doutrina italiana de direito potestativo. É prerrogativa de poder jurídico *lato sensu* que se opõe ao direito subjetivo pelo fato de comportar uma imissão do titular na esfera jurídica do sujeito passivo. No direito subjetivo, em sentido estrito, o titular depende da colaboração do sujeito passivo, que deve fazer ou deixar fazer algo em benefício daquele. No poder jurídico, ao revés, o outro sujeito é, de fato, totalmente passivo: ele se encontra em situação de ter que sofrer, em sua pessoa ou seu patrimônio, os efeitos jurídicos do exercício do poder. É a sujeição. Tal não implica, porém, que após a produção automática desse efeito jurídico em seu patrimônio, ou em sua pessoa, não incumba ao sujeito passivo algum dever de cumprir certa prestação, como é o caso do reembolso que se segue ao exercício do recesso societário. Dos demais poderes jurídicos distingue-se o ‘direito formador’ pelo objeto, que não são coisas ou um comportamento humano, mas relações jurídicas. O exercício desse poder acarreta a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Outra diferença específica separa, ainda, o ‘direito formador’ dos demais poderes jurídicos. É o seu fim ‘egoístico’, como dizem os alemães (*Eigennützig*), ou seja, a realização de um interesse do próprio titular.” (Cf. COMPARATO, Fábio K. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236); SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul./set. 1988, p. 50-54. O tratamento do tema é semelhante no direito continental. No direito italiano: BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 533-535. No direito espanhol: VELASCO, Angel Alonso. *La separación del acionista*. Madrid: ER, 1976, p. 11-22;

Caracteriza-se por ser um preceito de ordem pública⁶⁴⁶, verdadeiro freio, contrapeso, porta de escape, contraveneno ou corretivo ao princípio majoritário que impera nas sociedades anônimas⁶⁴⁷, além de ser inderrogável pela vontade da maioria⁶⁴⁸ por proteger interesse particular do acionista. Segundo as lições de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, o direito de retirada “(...) corresponde a uma solução de compromisso entre a necessidade de fazer atuar o princípio majoritário, de um lado, e, de outro lado, a necessidade de atenuar o rigor desse mesmo princípio⁶⁴⁹”.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO faz precisa contribuição quanto ao jogo de interesses que subjaz à correlação entre o princípio da maioria e o direito de retirada:

Na retirada, entretanto, a regra do jogo, em busca de um equilíbrio *a priori* na estrutura do poder na sociedade anônima, existe a predominância do interesse de uma classe de acionista (do acionista majoritário ou controlador), mas o direito outorgado à outra classe (a do acionista minoritário ou não controlador) não resulta se não de uma pré-ordenação, operada pela própria lei, entre interesses legítimos, harmonizados aprioristicamente pelo texto legal, sem oposição entre uns e outros, do ponto de vista da sua legitimidade. A limitação à maioria, nessa hipótese, resulta da própria estrutura da sociedade, e não de conflitos atuais entre uma esfera e outra: nos dois campos há interesses acolhidos pela lei, com peso igual.

CORTÉS, Josefa Brenes. *El derecho de separación del accionista*. Madrid: Marcial Pons, 1999; PAREDES, Paola Rodas; *La separación del socio en la Lei de Sociedades de Capital*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁶⁴⁶ C. VIVANTE classificava o direito de retirada como preceito institucional e de ordem pública (Cf. VIVANTE, Cesare. *Derecho mercantil*. T. II. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, p. 268). Para crítica a esse posicionamento, defendendo a natureza privada e contratual do recesso e, portanto, a possibilidade de sua renúncia: SCIALOJA, Antonio. Validà della rinuncia al diritto di recesso. *Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 405-413. Para SCIALOJA: “Ma il Vivante adduce altri argomenti molto più gravi di questi ora esaminati, che lo portano a considerare il recesso come un rimedio introdotto per ragioni di ordine pubblico a difesa degli azionisti. Veramente io no so vedere dove siano queste ragioni d’ordine pubblico. Mi para invece che se v’è nel diritto delle società un istituto di puro ordine privato, questo è appunto il recesso., il quale tutela il particolare interesse del socio quando si trova in contrasto col generale interesse della società; ma piuttosto di stabilire una norma suppletiva, non potendosi supporre nel silenzio dello statuto che i soci abbiano voluto sottomettersi al potere illimitati dell’assemblea.” O tema e seus desdobramentos – entre os quais estão o recesso parcial e a possibilidade de renúncia pelo acionista – foram pioneiramente abordados por: OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983, p. 79-81 e 87-92. Seguindo a tendência do direito norte-americano (Model Business Corporation Act – art. 80) e do direito italiano (art. 2437 do Código Civil, após a reforma realizada em 2004) posicionaram-se favoravelmente ao exercício parcial do recesso: EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/As comentada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 236-237; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vol II. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 250. Em sentido contrário, por entender que a hipótese configuraria abuso de direito: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1077.

⁶⁴⁷ As expressões são usadas, entre outros, por: VIVANTE, Cesare. *Derecho mercantil*. T. II. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, p. 268; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro, 1992, p. 561/562; RODRIGUEZ, Joaquin Rodriguez. *Tratado de sociedades mercantiles*. T. II. México: Porrúa, 1948, p. 443.

⁶⁴⁸ DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio per modifichie statutarie*. Milano: Giuffrè, 1940, p. 24/25.

⁶⁴⁹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda e TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. 1, São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 153.

Não há necessidade, portanto, de invocar a distinção entre o que há de “comum” e o que há de “particular” no voto preponderante do acionista controlador naquelas matérias capazes de desencadear o exercício do direito de recesso. A questão acha-se resolvida *ex ante* pelo próprio legislador, mediante a normatização prévia de situações perfeitamente claras na vida da sociedade em que se devem harmonizar todos os interesses em jogo, em igualdade de condições. A tipificação dos casos de retirada é, por isso, rigorosa e insuscetível de ampliação para além das figuras expressamente consignadas na lei. O recesso e, pois o reembolso, do valor das ações (art. 45) inscrevem-se nessa linha de resolução, não propriamente de uma antítese entre o lícito e o ilícito, ou entre o regular e o abusivo, ou entre o interesse comum da sociedade comum e o interesse particular do acionista. A solução da lei não leva em consideração senão o que já se contém em abstrato na estrutura formal da sociedade⁶⁵⁰.

Não se trata, portanto, de uma sanção a ato ilícito praticado pela maioria, nem de uma forma de indenização⁶⁵¹. Apesar de as ideias de dano e de prejuízo terem inicialmente estado subjacentes à construção da figura do recesso, o modelo normativo erigido pelo legislador somente os adotou como elementos indispensáveis ao instituto em algumas hipóteses excepcionais (i.e., fusão, cisão, incorporação, participação em grupo de sociedades⁶⁵²).

O legislador também elevou-o à categoria de direito essencial do acionista, do qual nem a lei nem o estatuto social podem privá-lo, representando, em tese, um instrumento de proteção dos acionistas minoritários e uma espécie de “válvula de escape” qualificada do

⁶⁵⁰ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 14/15.

⁶⁵¹ Elucidativa é a síntese de FÁBIO K. COMPARATO sobre a figura do recesso: “Trata-se de um remédio jurídico, e não de um direito material à obtenção de lucros ou vantagens. É remédio reconhecido em lei para a proteção de interesses individuais dos acionistas, não correspondentes, portanto, ao interesse social. Deste, o intérprete primeiro continua sendo o majoritário ou controlador. Ele tem o direito – e, em certas circunstâncias, até mesmo o dever – de tomar a iniciativa das deliberações sociais que contrariam o interesse dos minoritários. Mas o sacrifício destes é considerado iníquo, sem uma compensação: o poder atribuído aos dissidentes de se retirarem da sociedade com o reembolso do valor da sua participação social. A doutrina reconhece, portanto, sem discrepância, que o direito de recesso do sócio dissidente de deliberação social não constitui uma sanção de ato ilícito praticado pela maioria; não representa uma forma de indenização. Se o fora, o sócio recedente seria obrigado a provar o prejuízo sofrido, para exercer a retirada, quando na verdade o recesso atua como uma ‘denúncia vazia’ do vínculo societário (Cf. COMPARATO, Fabio K. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 226/227. O tema é aprofundado em: COMPARATO, Fabio K. O novo direito de retirada do acionista nos casos de fusão e incorporação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 38, out./dez. 1999, p. 11-16, p. 11/12; ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 184, nota de rodapé 9; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 18-20.

⁶⁵² SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul./set. 1988, p. 50-54, p. 52; OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983, p. 338.

contrato associativo, “(...) em razão de modificações extremas na posição individual do acionista, ainda que deliberadas, visando ao benefício comum”⁶⁵³.

Explica-se: apesar de todo e qualquer acionista deter o poder de dispor de suas ações em mercado e desligar-se a qualquer momento da companhia, é necessário encontrar um adquirente interessado em ingressar no pacto societário. Ocorre que, muitas vezes, localizar um terceiro com desejo de investir certa quantia para ingressar em uma sociedade em pleno funcionamento é uma tarefa hercúlea. Assim, na lógica legal, o direito de retirada assegura ao acionista o poder de obrigar a companhia a pagar-lhe o valor de reembolso de suas ações, naqueles casos expressamente previstos, como forma de compensar os interesses individuais sacrificados em prol do interesse social determinado pela maioria⁶⁵⁴.

A combinação do art. 45 com os arts. 136 e 137 da Lei n. 6.404/76⁶⁵⁵ tende a conduzir à conclusão de que as hipóteses legais de recesso são taxativas e condicionadas ao preenchimento de uma série de requisitos, cujo aprofundamento foge ao escopo do presente

⁶⁵³ Nesse sentido opina RACHEL SZTAJN: “Recesso é o poder que a lei confere ao acionista dissidente de uma deliberação assemblear de, retirando-se da sociedade, subtrair-se à decisão majoritária. Complementa o princípio majoritário, permitindo que se implementem modificações organizacionais e estruturais desejáveis, deliberadas por maioria, sem que se faça necessário o constrangimento do dissidente que deveria subordinar-se a tal decisão. Facilita o governo da sociedade, evitando que se recorra à exigência de maiorias qualificadas cada vez maiores para ajustar o curso da sociedade à realidade do ambiente em que circunda, levando a situações próximas da unanimidade. O recesso aparece no sistema societário como remédio legal para situações em que a aplicação do princípio majoritário apareceria como violência ao acionista, colocando-o em face de situação tal que, se conhecida anteriormente, não seria de molde a determinar sua adesão à sociedade. (...) Eram situações em que as modificações introduzidas no pacto ou na estrutura organizacional provocavam mutação extrema na posição individual do acionista, ainda que deliberadas, visando ao benefício comum.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 15).

⁶⁵⁴ CESARE VIVANTE entendia que o direito de recesso constitui um mecanismo legal (e não contratual) cuja função era servir como verdadeira trava contra a facilidade das alterações estatutárias. Seu objetivo era tutelar o interesse individual dos acionistas contra os comandos da maioria, de modo que, ao fim e ao cabo, fosse possível conciliar a autonomia do ente societário com a dos acionistas individualmente considerados. (Cf. VIVANTE, Cesare. *Derecho mercantil*. T. II. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, p. 268).

⁶⁵⁵ As hipóteses previstas no artigo 136 são: (I) criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; (II) alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; (III) redução do dividendo obrigatório; (IV) fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; (V) participação em grupo de sociedades (art. 265); (VI) mudança do objeto da companhia; (VII) cisão da companhia. Há, ainda, previsões esparsas na lei acionária que autorizam o exercício do recesso pelo acionista dissidente, dentre as quais estão (I) a conversão da companhia em subsidiária integral mediante incorporação de ações (§§ 1.º e 2.º do artigo 252); (II) a sucessão de companhia aberta por companhia fechada (§§ 3.º e 4.º do artigo 223); (III) a desapropriação do controle pelo poder público (parágrafo único do artigo 236); (IV) a aquisição de controle de sociedade empresária que constitua investimento relevante com pagamento de prêmio superior à fórmula de cálculo das ações prevista na lei (§ 2.º do artigo 256). Em síntese, a Lei das S/As outorga ao acionista, mormente nos artigos 137 e 252, a opção de alienar suas ações à companhia quando discordar, fundamentalmente, de três tipos de deliberações assembleares que impliquem: (I) alteração dos seus direitos sociais; (II) mudança do objeto social da companhia; e (III) operações de reorganização societária, tais como a fusão, a cisão e a incorporação – desde que as ações não tenham liquidez ou dispersão no mercado.

estudo⁶⁵⁶. O valor do reembolso das ações respeitará o valor do patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia geral ou no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação específica, tudo em conformidade com o estabelecido no artigo 45.

Em suma, tem-se que existem três requisitos básicos para o exercício do direito de recesso, um deles subjetivo e dois objetivos: (I) ser acionista, ordinário ou preferencialista sem direito a voto⁶⁵⁷, da sociedade na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior, (II) existir deliberação da assembleia geral sobre matéria ensejadora do recesso e

⁶⁵⁶ Para tratamento abrangente sobre o tema ver: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo, *Direito das companhias*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326-377; EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/As comentada. Vol. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 199-254; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1046-1082; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vol II. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 232-271; SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982; OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983; MARQUES, Evy Cynthia. *Fundamentos jurídicos do direito de retirada*. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 115-132.

⁶⁵⁷ RACHEL SZTAJN faz pertinente comentário sobre a inclusão dos acionistas sem direito a voto no rol de legitimados para exercer o recesso (art. 137, § 1.º): “Acionistas titulares de ações sem direito a voto, que não podem se manifestar em assembleias gerais, deverão ter direito a recesso em que hipóteses? (...) Se a boa condução dos negócios sociais provoca reflexos na posição de todos os acionistas, a alteração estatutária pode, igualmente, refletir-se nessas posições. Modificação do objeto social, fusão, cisão ou incorporação da sociedade pode transformar de tal modo o pacto que ao acionista se afigurará ter-se tornado membro de uma sociedade diferente do original e na qual não confia (60). Nas situações referidas não parece equitativo impedir que se retire da sociedade, exercendo o direito de recesso, o acionista que não pode manifestar sua vontade na assembleia geral. Essa posição adotada pela lei das sociedades por ações brasileira que, expressamente, estende o exercício do direito de recesso a acionistas ausentes, absenteístas e portadores de ações sem direito a voto, além é claro, dos dissidentes.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 48/49).

(III) a manifestação de vontade do acionista ausente, que se absteve⁶⁵⁸ ou dissidente⁶⁵⁹ dentro do prazo legal de 30 dias⁶⁶⁰.

Conforme a previsão do §3.º do art. 137, faculta-se aos órgãos da administração convocar, nos dez dias subsequentes ao término do respectivo prazo para exercício do recesso, assembleia geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa. Trata-se do chamado “poder de retração”, espécie de condição resolutiva *ex post* para o exercício do recesso⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Nesse sentido já caminhava FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vol 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 266/267. O tema é bem explorado por RACHEL SZTAJN: “Larga foi a discussão quanto à situação em que ficariam os ausentes e absenteístas em face do recesso. Entendia-se que, sendo necessário o conflito, a dissidência expressa, nem o ausente nem o absenteísta poderiam recorrer ao instituto (58). Afirmava-se que o silêncio do acionista implicava aceitação – tácita – da deliberação porque ‘quem cala consente’. Entretanto, a abstenção pode apenas significar incerteza quanto à manifestação de vontade em relação à matéria e, portanto, quem, presente à assembleia, sem qualquer impedimento, não se manifesta, não se pronuncia, não pode ser considerado favorável à decisão. A apuração do número de votos, para efeito de aprovação da deliberação, se faz por número de votos efetivos e não contando se os votos favoráveis para seguir acrescentar-lhes os votos em branco. O voto deve ser manifestação clara da vontade do acionista, não se pode presumi-lo. Se os votos em branco não são computados para formação da maioria, o acionista que se abstém, vota em branco, não se manifestando, não consente e não aprova a deliberação. Dessa forma, quem cala não diz nada e, como tal, não integra a maioria, não concorre para a formação da vontade social. Pode, portanto, se o desejar, exercer o direito de recesso. (...) Posições de ausente e absenteísta são idênticas em face da deliberação majoritária (...) Dessa forma, tem-se entendido que não apenas os dissidentes mas também os ausentes e absenteístas podem exercer o direito de recesso. Apenas o acionista que votou favoravelmente e contribuiu positivamente para a aprovação da deliberação não pode se arrepender e, solicitando o reembolso, retira-se da sociedade.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 48).

⁶⁵⁹ RACHEL SZTAJN, mais uma vez, destaca que: “Pode haver dissidência sem recesso, mas não se concretiza o recesso sem a declaração de vontade do dissidente (também do ausente e do absenteísta). (...) A lei concede ao acionista o direito de recesso não pelo fato de dissentir de deliberação majoritária, mas para dar-lhe a possibilidade de subtrair-se aos efeitos dessa decisão.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 22 e 124).

⁶⁶⁰ Apesar de uma leitura apressada do inciso IV do artigo 137 indicar que o período de 30 dias, contados da publicação da ata da assembleia geral, é único e válido para todos os casos, essa interpretação é equivocada, na medida em que o marco inicial para a contagem varia de acordo com o evento que enseja a retirada. Temos, assim, a regra geral referida acima e regras específicas para cada uma das hipóteses. Por exemplo, (I) no caso de dissidência de assembleia especial, o prazo é contado da data da publicação da assembleia geral (art. 137, inciso V); nos casos de incorporação ou fusão (arts. 227 e 228), de incorporação por ações (art. 252) e de incorporação, pela controladora, de companhia controlada (art. 264), o prazo é contado da data da publicação da ata da assembleia que aprovar o protocolo de justificação, entretanto o pagamento do reembolso fica condicionado à efetivação da operação (art. 230); por fim, na hipótese de desapropriação para controle da companhia por pessoa jurídica de direito público, o prazo é de 60 dias, contado da data da publicação da ata da primeira assembleia geral da companhia realizada após a desapropriação por controle (parágrafo único do artigo 236). De qualquer forma, em todos os casos o prazo para o exercício do direito de retirada é de decadência, conforme prevê o artigo 137, § 4.º, da Lei das Sociedades Anônimas.

⁶⁶¹ RACHEL SZTAJN refere que a despeito de o recesso ser uma declaração de vontade receptícia, “(...) o recesso é, no sistema da Lei 6.404/76, direito sujeito a condição. Consciente de que pode haver pedidos de recesso que venham a pôr em risco a continuação da atividade econômica, o legislador brasileiro, ignorando a construção dogmática quanto a declarações de vontade receptícias, faculta a convocação de nova assembleia geral para ratificar ou retificar a deliberação ensejadora do recesso, suspendendo a eficácia da declaração de vontade, que fica sujeita à condição de ser ou não mantida a deliberação.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso nas sociedades comerciais*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, nº 71, jul./set. 1988,

A título de conclusão, cumpre registrar que, desde o surgimento do recesso, a visão da doutrina sobre a sua função percorreu um movimento pendular ou, na expressão de FÁBIO K. COMPARATO, “(...) uma curva parabólica de ascensão seguida de descenso⁶⁶²”. Explica-se: se, em um primeiro momento, o instituto foi visto como uma maneira eficaz de proteger acionistas minoritários nas hipóteses de alterações estatutárias consideradas essenciais, pois evidenciava o rompimento da cooperação e da comunhão de escopo anteriormente havidas entre eles; em seguida passou a ser considerado como um mecanismo em favor do poder da maioria (controlador) para fins de concentrar os poderes decisórios e determinar o bom e regular funcionamento da companhia, sem maiores perturbações⁶⁶³.

Não obstante essas variações, uma visão moderna e equilibrada do tema – sustentada, por exemplo, por RACHEL SZTAJN – aponta para o recesso como um mecanismo societário equilibrado e ideologicamente neutro, voltado para a realidade interna da sociedade e para a preservação do interesse social, permitindo que cada membro, dentro do jogo legítimo de interesses internos, tenha a liberdade de permanecer ou não associado, retirando-se da sociedade nos casos previstos em lei, sem recorrer à dissolução total da sociedade e sem vinculação com a proteção da minoria ou com o favorecimento da maioria⁶⁶⁴.

Nessa perspectiva, a fórmula do recesso como mecanismo societário de governança interna tem a função de harmonizar eficientemente interesses materialmente distintos, servindo como verdadeiro freio/corretivo do princípio majoritário⁶⁶⁵. Ainda que a orientação

p. 50-54, p. 53). Para aprofundamento sobre o tema, ver: GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de retirada e poder de retratação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 44, p. 22-27.

⁶⁶² O autor traz a evolução histórica das hipóteses de recesso no Brasil: COMPARATO, Fábio. K. O novo direito de retirada do acionista nos casos de fusão e incorporação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 38, out./dez. 1999, p. 11-16, p. 12).

⁶⁶³ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 19; BALLANTINE, Henry. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan, 1946, p. 551. Entre nós: SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul./set. 1988, p. 50-54, p. 51. O argumento tem, também, seu viés econômico: ao invés de ter seus desejos de mudança sujeitos a vetos da minoria (não controladora), o que eleva seus custos de negociação, a maioria tem a possibilidade de impor suas decisões aos descontentes, permitindo-lhes sair da sociedade sem a perda dos valores investidos. (Cf. SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 283-302, p. 298).

⁶⁶⁴ SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul./set. 1988, p. 50-54, p. 52. Foi justamente a necessidade de equilibrar interesses internos – maioria e minoria – e garantir funcionalidade às estruturas societárias que inspirou a reforma do instituto no direito italiano no ano de 2003. Sobre o tema ver: CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010, p. 3-11;

⁶⁶⁵ A função, o fundamento e a razão de existência do recesso são explorados em: GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 14; SZTAJN,

esteja correta, é sempre necessário atentar para os efeitos patrimoniais do instituto, os quais podem distorcer o relacionamento entre minoria e maioria no interior da sociedade. Nesse sentido, F. GALGANO alerta sobre a orientação legislativa italiana de multiplicar as hipóteses ensejadoras do recesso⁶⁶⁶:

Il che non denota, a ben guardare, una esasperata protezione del diritto patrimoniale del socio dissenziente alla liquidazione della propria quota; comporta, piuttosto, un virtuale ritorno all'antica regola dell'unanimità quando le modificazioni dello statuto sociale, o le vicende relative alla collocazione della società entro un più ampio gruppo, incidano profondamente sui legittimi interessi del singolo socio. Nessuna maggioranza assume l'iniziativa di una modificazione statutaria implicante il diritto di recesso dei dissenzienti senza prima avere valutato se e in qual misura quella iniziativa incontri il dissenso delle minoranze, e se il costo che questo dissenso comporta, in termini di liquidazione della quota dei dissenzienti o in termini di acquisto delle loro azioni, sia tollerabile da parte della società o da parte dei soci di maggioranza. Un sensibile mutamento è così introdotto nei rapporti fra maggioranza e minoranza azionaria: la prima, quando sono in gioco trasformazioni profonde dell'assetto societario, deve ricercare, intorno alle proprie strategie di trasformazione, la più estesa condivisione possibile delle minoranze, oppure rinunciare a quelle strategie. Neo-contrattualismo solo virtuale, certo; e pur tuttavia neo-contrattualismo, fondazione di un modello di governo basato sulla ricerca di un accordo fra maggioranza e minoranze intorno alle scelte fondamentali della società per azioni⁶⁶⁷.

Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2004, p. 283-302, p. 298.

⁶⁶⁶ Na visão de LUIZ ANTONIO DE SAMPAIO CAMPOS o direito mundial, especialmente o brasileiro, caminha na direção oposta, no sentido de restringir ao máximo as hipóteses de recesso: “Há, portanto, uma preocupação permanente do legislador em geral de não onerar desnecessariamente a companhia com o direito de recesso. Do exame da legislação local e mundial, essa preocupação resta evidente, especialmente tendo em vistas os seguintes eventos: (I) redução das hipóteses de recesso; (II) imposição de condições para o seu exercício legítimo; (III) preços diferenciados, conforme se trate de companhia aberta ou fechada; (IV) eliminação desse direito pela possibilidade de negociação efetiva das ações pelos acionistas. Todas essas características, a propósito, se mostram presentes na evolução legislativa brasileira, conforme se pode verificar, exemplificativamente da (I) redução das hipóteses de recesso originalmente previstas na Lei 6.404/76; (II) da exigência de prejuízo, especialmente para as ações preferenciais (art. 137, I); (III) da possibilidade de recesso abaixo do valor patrimonial pelo valor econômico; (IV) da eliminação do direito de recesso nas companhias abertas e certas hipóteses, caso haja possibilidade teórica de negociação em bolsa – liquidez e dispersão (art. 137, II); (V) da exigência de titularidade das ações antes do conhecimento da operação que dá ensejo ao direito de recesso (art. 137, § 1.º). (Cf. CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Notas sobre o direito de recesso e a exigência de titularidade ininterrupta (art. 137, § 1.º). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239-265, p. 241). No mesmo sentido: LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas. Comentários à lei*. Vol. II. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 235/236.

⁶⁶⁷ GALGANO, Francesco. *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 236-237.

A título de conclusão, lembra-se que, na linha sustentada por FÁBIO C. COMPARATO⁶⁶⁸, RACHEL SZTAJN⁶⁶⁹, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO⁶⁷⁰ e recentemente reiterada por LUIZ ANTÔNIO DE SAMPAIO CAMPOS⁶⁷¹, o recesso não é instrumento jurídico de ganho financeiro para o acionista ou oportunidade para a realização de negócio com a companhia, em condições favoráveis ao particular e desfavoráveis à ao ente social. Logo, qualquer uso disfuncional, desvirtuado ou abusivo da figura deve ser fortemente combatido, especialmente pelos tribunais⁶⁷².

a) Recesso estatutário: premissas teóricas

A doutrina societária firmou posição no sentido de que a figura do recesso constitui norma de natureza cogente, cujas hipóteses são fechadas e taxativas (*numerus clausus*), não admitindo restrição, nem ampliação, seja pela assembleia geral, seja pelo estatuto social. Essa visão defende que o recesso representa um instrumento destinado a equilibrar as conveniências das minorias dissidentes e o interesse geral da sociedade, constituindo fórmula capaz de harmonizar os interesses dos vencidos pelo princípio majoritário, que impera na definição dos destinos da companhia⁶⁷³.

RACHEL SZTAJN foi uma das pioneiras na defesa da corrente contrária à possibilidade de ampliação estatutária do direito de recesso:

Indaga-se se é possível a ampliação das hipóteses legais de recesso por via contratual ou se constituem elas elenco taxativo? Sobre a ampliação das hipóteses legais de recesso por via contratual deve-se negá-la, nada obstante ser a mesma corrente em relação a sociedades por quotas e anônimas fechadas. (...) nas companhias fechadas, admitir a ampliação por meio de pactos parassociais, das hipóteses de recesso, é voltar ao esquema que a lei obvia, e dar a um ou alguns membros da sociedade, poder de veto em determinadas matérias e, conseqüentemente, dificultar a ação da maioria que, enquanto não agir com abuso

⁶⁶⁸ COMPARATO, Fabio K. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidentes. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 226/227.

⁶⁶⁹ SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul/set. 1988, p. 50-54, p. 54.

⁶⁷⁰ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 151/152, dez. 2009, p. 13-21.

⁶⁷¹ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Notas sobre o direito de recesso e a exigência de titularidade ininterrupta (art. 137, § 1.º). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239-265, p. 243/244.

⁶⁷² A jurisprudência também tem exercido o papel que dela se espera: STJ, 3.ª Turma, Resp. 197329/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 02/02/1999.

⁶⁷³ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 285.

de poder ou em detrimento da sociedade ou de acionistas, deve prevalecer sobre o interesse isolado de alguns⁶⁷⁴.

Na mesma linha, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO assevera que

(...) o recesso, em estritos termos, poderia ocorrer quando baseado em previsão estatutária, não coincidente com a descrição das hipóteses em que esse mesmo recesso operaria *ex lege*. Mas, nesse caso, não se cuidaria propriamente de recesso, mas de modalidade especial de negociação, pela companhia, de suas próprias ações. Aplicar-se-ia a tal caso a disciplina do art. 30 da Lei das S/As. A retirada, em sentido próprio, seria apenas aquela facultada pela lei, e limitada apenas às causas constantes do texto legal. Cabe aqui a observação segundo a qual as causas ensejadoras do recesso acham-se inscritas na própria lei, sendo todas elas inderrogáveis. Não pode o estatuto eximir determinadas situações da incidência do direito de retirada, tal como estabelecidas pela lei. Tampouco poderão ser elas modificadas, ampliadas ou restringidas em sede estatutária. E, por fim, não poderão ser elas objeto de qualquer estipulação parassocial que lhes aumente, diminua ou modifique a amplitude. Nesses casos, efetivamente, o que existe não é recesso, mas modalidade especial de negociação da companhia com as próprias ações. Recesso será, assim, apenas o procedimento balizado pela lei e deflagrado exclusivamente em função das hipóteses taxativas insculpidas no texto legal.

(...) parece claro que a caracterização do recesso, além de constituir *numerus clausus*, em toda a lei, não comporta extensões de qualquer espécie, nem mesmo pela via integrativa da analogia *legis* ou da analogia *iuris*. Essa conclusão torna-se clara quando se reflete sobre o ônus do reembolso, que incumbe à própria companhia. (...) Não será supérfluo enfatizar que o recesso é exceção às normas ordinárias que disciplinam as relações entre acionistas e sociedades anônimas e, como exceção deve ser entendido e interpretado⁶⁷⁵.

FÁBIO K. COMPARATO, com referência à doutrina estrangeira, defende que a enumeração

(...) das deliberações da assembleia geral de acionistas, constante do art. 136 da Lei das Sociedades por Ações, compõe um sistema de fatos jurídicos com dupla incidência normativa. De um lado, o quórum deliberativo especial de metade, no mínimo das ações com direito de voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia fechada. De outro, o direito de retirada do acionista dissidente em todas as hipóteses aí previstas (...) Em ambas as incidências normativas estamos diante de um sistema de tipicidade fechada, que não admite a criação de fatos jurídicos novos com o mesmo efeito legal, pelo estatuto ou pela assembleia geral, e que não comporta interpretação analógica. No regime do Dec.-Lei 2.627/40 a doutrina nacional considerava incabível a criação, por via estatutária, de novos casos de recesso do acionista, por se tratar de um instituto de ordem pública. (...)

⁶⁷⁴ SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul/set. 1988, p. 50-54, p. 53/54.

⁶⁷⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 18/19; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 286.

Cabe aqui indagar da razão pela qual a lei estabeleceu esse sistema de tipicidade fechada quanto às hipóteses do exercício do direito de recesso do acionista. Essa razão se encontra, a meu ver, no fato de que a retirada do acionista, com o reembolso do valor de suas ações pela companhia, configura um poder jurídico ou direito potestativo (o *Kannrecht*, da dogmática alemã), com a correlata situação de sujeição da sociedade anônima, constituindo um remédio ou corretivo aos excessos do princípio majoritário. (...) Funcionando como contrapeso ao princípio ora ilimitado da maioria de alterar o estatuto social (princípio apenas excepcionado nos casos de transformação – Lei 6.404/76, art. 221 – e de desnacionalização de sociedade brasileira – Dec.-Lei 2.627/40, art. 72), o direito de retirada do acionista não pode ter seu cabimento ampliado além das hipóteses legais tipicamente determinadas. Como poder excepcional que é, legitimando a invasão na esfera jurídica alheia – no caso, poder de alteração da própria estrutura de capital da companhia – deve ser interpretado à justa⁶⁷⁶.

Em síntese, o argumento que sustenta a taxatividade das hipóteses de recesso e a excepcionalidade do instituto⁶⁷⁷ está diretamente relacionado ao fato de ser um poder jurídico legal ou direito potestativo que deve ser interpretado restritivamente e, especialmente, ao risco de descapitalização da companhia em prol de seus acionistas, em prejuízo da própria sociedade e de terceiros (notadamente seus credores).

Lembre-se, nesse sentido, que o art. 174 da Lei n. 6.404/76⁶⁷⁸, ao mencionar o reembolso, regra correlata e efeito jurídico imediato do exercício do recesso, estabelece-o

⁶⁷⁶ COMPARATO, Fábio K. O direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*. Ano 71, vol. 558. São Paulo: Abril, 1982, p. 33-40, p. 34/35; _____. O direito de recesso ao acionista: cabimento, na hipótese de alteração das preferências ou vantagens das ações preferenciais. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 215-222, p. 215. No mesmo sentido: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 43; BARBI Filho, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 75; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 224; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.078; PARAÍSO, Anna Luiza Prisco. *O direito de retirada na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 67; MUSSNICH, Francisco A. Maciel. *Reflexões sobre o direito de recesso na lei das sociedades por ações*. LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 285-306, p. 296 e ss.; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades por ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 267; PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 60-61; GORGA, Érica. *Direito societário atual*. Elsevier: São Paulo, 2012, p. 252-253.

⁶⁷⁷ JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, em parecer sobre o tema, ressalta o caráter excepcional do recesso: “A lei somente prevê o direito de recesso em alguns casos expressos, de deliberações que modifiquem de modo fundamental a organização da companhia ou os direitos de participação dos acionistas, porque o reembolso das ações põe em risco a continuidade e viabilidade do funcionamento da empresa, cuja preservação é – por motivos de interesse geral, econômico e social – um dos principais objetivos da lei. O direito de retirada é, portanto, excepcional, e por ser capaz de prejudicar o interesse geral há de ser interpretado de modo restrito.” (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 556).

⁶⁷⁸ “Art. 174. Ressalvado o disposto nos artigos 45 e 107, a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação da ata da assembleia geral que a tiver deliberado. § 1.º Durante o prazo previsto neste artigo, os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, de que se dará ciência ao registro do comércio da sede da companhia, opor-se à redução do capital; decairão desse direito os credores que o não exercerem dentro do prazo. § 2.º Findo o prazo, a ata da assembleia geral que houver deliberado à redução

como umas das hipóteses excepcionais de restituição do capital aos acionistas, sem direito de oposição dos credores⁶⁷⁹.

Sobre o tema, são lúcidas as considerações de FÁBIO K. COMPARATO, com base nas lições de G. FERRI:

Observe-se, ainda, que o reembolso de ações entende também com o interesse dos credores sociais. Se a garantia comum destes últimos reside no ativo social líquido, não podendo os acionistas reduzir o capital sem acordo dos credores ou pagamento das dívidas sociais quirografárias (Lei 6.404/76, art. 174), não pode a retirada do acionista afetar o montante dessa garantia fora e além dos limites impostos pela lei ou pelo estatuto. O interesse individual do sócio retirante, repita-se, não prevalece sobre o interesse da companhia e o da empresa, a cuja sorte acham-se jungidos os credores sociais⁶⁸⁰.

A discussão aprofundada em torno do recesso estatutário ou da não taxatividade das suas hipóteses é antiga em alguns ordenamentos jurídicos romano-germânicos, tais como

poderá ser arquivada se não tiver havido oposição ou, se tiver havido oposição de algum credor, desde que feita a prova do pagamento do seu crédito ou do depósito judicial da importância respectiva. § 3.º Se houver em circulação debêntures emitidas pela companhia, a redução do capital, nos casos previstos neste artigo, não poderá ser efetivada sem prévia aprovação pela maioria dos debenturistas, reunidos em assembleia especial.”

⁶⁷⁹ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Notas sobre o direito de recesso e a exigência de titularidade ininterrupta (art. 137, § 1.º). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239-265, p. 243; LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 589; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Modificação do capital social. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo (Org.). *Direito das companhias*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1490-1491.

⁶⁸⁰ COMPARATO, Fabio K. O valor de reembolso das ações do acionista dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 227.

o italiano⁶⁸¹ e o espanhol⁶⁸², mas ainda é novel e pouco desenvolvida entre nós, com exceção de algumas opiniões pontuais e esparsas favoráveis à ampliação convencional dos casos

⁶⁸¹ O tema tem sido debatido na Itália desde a promulgação do Código de Comércio de 1882, com mais veemência na vigência do Código de 1942. O italiano GIUSEPPE DONADIO foi um dos grandes defensores da corrente que defendia o caráter contratual do direito de recesso (em contraposição ao seu caráter legal/institucional – que veio a prevalecer), o qual poderia ser renunciado previamente pelo acionista ou ampliado pelo estatuto social. Para o autor: “Il recesso è, dunque, um diritto individuale, rinunziabile, eliminabile dal preventivo consenso del singolo alla modifica statutaria, disciplinabile nello statuto, e, solo suppletivamente, regolato dalla legge”. (Cf. DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio per modifiche statutarie*. Milano: Giuffrè, 1940, p. 36). Além de DONADIO, manifestaram posição favorável ao recesso estatutário na doutrina estrangeira, especialmente italiana: BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 199; FERRI, Giuseppe. *Le società*. Tuim: Utet, 1971, p. 638; MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 507/508; ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 101, nota de rodapé 4; TANTINI, Giovanni. *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*. Padova: Cedam, 1973, p. 163-164; HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. *Sociedades anónimas*. 2 ed. Buenos Aires: Lexis Lexis, 1998, p. 732; LAPIQUE, Luis. *El acionista en la sociedad anónima*. Montevideo: FCU, 2008, p. 170 e ss.; GARCIA, Ricardo Oliveira. *Estudios de derecho societário*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 590 e 631-635; FONSECA, Tiago Soares. *O direito de exoneração do sócio no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2008, 257-283. Em sentido contrário, defendendo a taxatividade das hipóteses de recesso: GREGORIO, Alfredo de. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo. VI, vol. I. De las sociedades. Trad. Delia Viterbo de Fieder; y Santiago Sentís Melendo. *Notas de derecho argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa*. Buenos Aires: Ediar, 1950, 675-677; BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 534-535; ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 240; PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228; SOPRANO, Enrico. *Tratato teorico-pratico delle società commerciali*. Vol. I. Torini: Utet, 1934, p. 380; SCIALOJA, Antonio. Il recesso per l'aumento e la reintegrazione del capitale. *Saggi di vario diritto*. Vol. II, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 357-403, p. 359; NAVARRINI, Umberto; FAGGELLA, Gabriele. *Das sociedades e das associações comerciais*. Vol. 2. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950, p. 337; MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho mercantil*. México: Porrúa, 2003, p. 357; PENNACCA, Carlos Martín. *El derecho de recesso*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 44.

⁶⁸² Na Espanha, o debate em torno do direito de retirada ganhou importância e consistência com a promulgação da Lei das Sociedades Anônimas de 1951, com grande influência da doutrina italiana. Na visão de ANGEL VELASCO, por exemplo, as sociedades constituídas a partir de 01/01/1952 não podiam regular em seus estatutos causas adicionais de retirada da sociedade, já que o direito de recesso representava matéria de ordem pública, cuja regulação somente era permitida pela lei. Assim, o direito de recesso estatutário, cuja origem está na vontade dos sócios, tinha uma importância muito mais histórica do que prática (Cf. VELASCO, Angel Alonso. *La separación del acionista*. Madrid: ER, 1976, p. 12/13 e 103). A orientação em torno do tema foi alterada tanto na doutrina quanto na lei, passando-se a discutir o papel da autonomia privada dos acionistas na flexibilização dos tipos societários, inclusive com a possibilidade de criação de hipóteses estatutárias de recesso, desde que devidamente reguladas. Sobre o tema, ver: PAREDES, Paola Rodas. *La separación del socio en la lei de sociedades de capital*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 37 e 85-96.

legais, como as de CELSO BARBI FILHO⁶⁸³, SÉRGIO BOTREL⁶⁸⁴, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁶⁸⁵, MARCELO VILELA GONÇALVES⁶⁸⁶ e ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA⁶⁸⁷, este último com mais vigor e enfoque nas anônimas fechadas.

Para os fins do presente estudo, o cerne da proposição estaria na possibilidade de os acionistas de uma companhia fechada estabelecerem hipótese estatutária de recesso, ampliando aquelas previstas na Lei n. 6.404/76 (e.g. arts. 136, 137, 221, 230, 236, 252, 256, 264, 270, 296 e 298), e permitindo que os acionistas dissidentes, ausentes e abstinentes se retirassem da sociedade quando da sua ocorrência, fazendo uso de reserva estatutária criada para suportar os custos financeiros do reembolso, nos termos e limites postos pelo art. 194 da Lei das S/As⁶⁸⁸.

⁶⁸³ Em seu estudo sobre a dissolução parcial das sociedades limitadas, datado do ano de 2001 e, portanto anterior à vigência do Código Civil de 2002, CELSO BARBI FILHO faz uma diferenciação entre o direito contratual de retirada e o recesso legal, parecendo concordar com a possibilidade de extensão das hipóteses legais de recesso nas anônimas. Nas palavras do autor: “O direito do sócio de retirar-se da sociedade pode decorrer de cláusula do contrato social. Essa hipótese, embora prevista no Decreto 3.708/19, vem da livre pactuação das partes, consagrada no art. 291 do Código Comercial, e hoje plenamente admitida. (...) O direito contratual de retirada também não equivale ao recesso legal. Sua característica é justamente constituir prerrogativa contratual do sócio para deixar a sociedade, pelas razões e na forma contratualmente previstas. Embora seja comum nos contratos das sociedades por quotas de responsabilidade limitada a presença de cláusulas prevendo outras hipóteses de recesso, além daquela prevista no art. 15 do Decreto 3.708/19, a doutrina tem repudiado a ampliação, por via contratual, do direito legal de recesso por divergência de alteração do contrato por maioria. A meu sentir, se a lei estabelece a alteração do contrato pela maioria como causa para o exercício do recesso, nada impede que as partes, dentro de sua autonomia da vontade, ampliem essa prerrogativa para nela incluir outras situações. Assim, é perfeitamente legítima cláusula contratual que permite a retirada do sócio em caso, por exemplo, de alienação de ativo ou endividamento acima de determinado percentual.” (Cf. BARBI Filho, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 259-261).

⁶⁸⁴ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112-114.

⁶⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 28, out.-dez., 2010, p. 30-40, p. 35.

⁶⁸⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 205.

⁶⁸⁷ Refere ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA, com base nas lições de COMPARATO: “O ordenamento societário em plena vigência separa nitidamente sociedade anônima aberta e fechada. A primeira vem marcada por disposições de ordem pública, com predominância do caráter institucional. A outra, não. Apresenta contornos de verdadeiro contrato plurilateral. Veja-se, para exemplificar, que o art. 129, § 1.º, da Lei 6.404/76 permite o estabelecimento de quórum para as deliberações, no caso de companhia fechada, assim lhe especifique as matérias. Indo mais além, COMPARATO defende a possibilidade de os estatutos fixarem o princípio da unanimidade para as deliberações assembleares na companhia fechada. Partindo de argumentação lógica irretorquível exposta pelo venerado jurista, que não nos pejam de subscrever, aceitamos a existência do recesso por convenção dos acionistas, apenas em sociedades anônimas fechadas.” O autor refere que LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES firmou o mesmo posicionamento em conferência proferida no Curso de Extensão Universitária sobre sociedades anônimas, promovido pela associação dos Advogados de São Paulo e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1980 (inédito). A posição não publicada, contudo entanto, não dialoga com a opinião favorável à taxatividade das hipóteses de recesso em: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 224. (Cf. OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na lei das sociedades por ações*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983, p. 165 e 347/348).

⁶⁸⁸ “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”. Sobre a classificação e os limites

Por se tratar de direito essencial dos acionistas, previsto no art. 109, inc. V, da Lei n. 6.404/76, entende-se que não haveria obstáculo jurídico intransponível para o estatuto ampliar as hipóteses legais de recesso para determinada classe de ações, na medida em que a vedação da lei consiste na redução ou na exclusão do direito por dispositivo estatutário ou por deliberação da assembleia geral, mas não a sua extensão, o que viria, inclusive, ao encontro do pressuposto de proteger os acionistas (e até, em certa medida, os credores), desde que fosse estabelecida, concomitantemente a sua criação, reserva estatutária que lhe desse o devido respaldo financeiro.

Porém, a questão é polêmica e alguns questionamentos se impõem: (I) qual o limite da autonomia privada dos acionistas na Lei 6.404/76? (II) o rol taxativo das hipóteses de recesso constitui um elemento nuclear do tipo societário das sociedades anônimas, particularmente das fechadas? (III) A violação dessa regra (por meio de sua extensão) é capaz de descaracterizar o referido tipo societário, dando origem a uma sociedade atípica, ou seria o caso de criação de regra atípica dentro de uma sociedade anônima ainda típica? (IV) Ou, alternativamente, seria caso de norma estatutária nula de pleno direito?

das reservas estatutárias são pertinentes os comentários de JOSÉ WALDECY LUCENA: “Estatutárias, como o próprio nome indica, são as reservas criadas pelo estatuto, compreendendo não somente as previstas em lei, como ocorrem, por exemplo, com as reservas para resgate ou amortização de ações (art. 44), resgate de partes beneficiárias (art. 48), amortização de debêntures (art. 55) etc, como também e principalmente as reservas constituídas pelos fundadores ou mediante reforma estatutária, para atender finalidades não previstas na lei. (...) A criação das reservas estatutárias sujeita-se a três requisitos legais, de incidência concomitante, figurantes obrigatoriamente no estatuto, que não os pode delegar à assembleia geral. (...) O primeiro requisito é a indicação da finalidade da reserva (art. 194, I), que há de ser precisa e completa, assim afastada qualquer expressão de vaguidade ou generalidade. E embora gozem de plena liberdade para sua criação, já que a Lei Acionária ‘não restringe o quadro das finalidades que podem justificar a criação das reservas’, devem os fundadores ou os acionistas em assembleia reformadora do estatuto aterem-se, como parece óbvio, ao interesse da companhia, que a doutrina chama de interesse social. Não encontra supedâneo jussocietário, de conseguinte, a criação de uma reserva que atenda antes interesse da maioria ou dos controladores. (...) O segundo requisito é a fixação de critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos, que serão destinados à constituição da reserva (art. 194, II). Observemos, com Roberto Pasqualin, que o objetivo do legislador, com essa exigência, foi o de preservar o interesse dos acionistas não controladores contra a destinação excessiva de lucros, para a constituição de reserva estatutária, em determinado exercício social, em prejuízo da disponibilidade imediata que têm os lucros líquidos não destinados à constituição de reservas. Finalmente, o terceiro requisito é o de que o estatuto estabeleça o limite máximo da reserva por ele criada (art. 194, III). Tal como a precedente, visa esta exigência a proteção dos minoritários, visto que a estipulação de um limite máximo coarctará a retenção excessiva de lucros, que redundaria em menor distribuição de dividendos. Conclui-se, assim, estar a reserva estatutária sujeita a um duplo limite: um, individual, fixado pelo próprio estatuto (art. 194, III); outro, geral, determinado em função do saldo das reservas de lucros, que não pode ultrapassar o capital. Atingido esse limite, a assembleia deliberará sobre a aplicação do excesso na integralização ou no aumento do capital social ou na distribuição de dividendos (art. 199). Incide, outrossim, in casu, o disposto no art. 198, do seguinte teor: ‘A destinação dos lucros para constituição das reservas de que trata o art. 194 e a retenção nos termos do art. 196 não poderão ser aprovadas, em cada exercício, em prejuízo da distribuição do dividendo obrigatório (art. 202). Ou seja, a distribuição do dividendo obrigatório vem à frente. Somente se, satisfeito este, houver sobras, o que sobejar poderá ser destinado à reserva estatutária, constituindo-a ou aumentando-lhe o saldo. E o mesmo ocorrerá em relação aos dividendos detidos aos acionistas preferenciais, nos termos do art. 203 (...)’”. (Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei. Vol. III*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 40-43).

Parece-nos que a pertinência dos questionamentos – cujas respostas serão esboçadas ao longo do presente trabalho – não afasta a viabilidade da proposição, a qual, se aceita, configuraria uma hipótese de cláusula atípica em contrato societário típico, não sendo os efeitos jurídicos da nova cláusula capazes de eliminar a tipicidade do modelo societário adotado (i.e., sociedade anônima fechada).

NELSON EIZIRIK, em recente posicionamento, manifestou-se favoravelmente à possibilidade de criação de recesso estatutário, especialmente nas sociedades fechadas ou nas abertas cujas ações não sejam dotadas de liquidez e dispersão. Na visão do autor, a negativa da doutrina não encontra respaldo na legislação societária, já que a vedação existe apenas para exclusão do referido direito por meio de dispositivo estatutário ou deliberação da assembleia geral – por se tratar de direito essencial do acionista –, mas não para sua ampliação⁶⁸⁹.

EIZIRIK sustenta que o recesso estatutário constituiria uma modalidade de resgate de ações (art. 30, § 1.º, da Lei n. 6.404/76⁶⁹⁰) que deve ser devidamente regulada pelo estatuto social (i.e., prazo, forma de exercício, valor do reembolso, etc.), servindo como estímulo ao resgate de uma classe de ações⁶⁹¹. Na lógica proposta, as ações seriam emitidas como

⁶⁸⁹ Nesse sentido, seriam exemplos de causas de recesso estatutário: (I) a sua outorga para acionistas da companhia incorporadora; (II) a não abertura de capital no prazo previsto no estatuto social; (III) a prorrogação do prazo de duração da sociedade; (IV) a introdução no estatuto de restrições à livre circulação de ações. (Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 227-230).

⁶⁹⁰ “Art. 30. A companhia não poderá negociar com as próprias ações. § 1º Nessa proibição não se compreendem: a) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei; b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea b e mantidas em tesouraria; d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída. § 2º A aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la à prévia autorização em cada caso. § 3º A companhia não poderá receber em garantia as próprias ações, salvo para assegurar a gestão dos seus administradores. § 4º As ações adquiridas nos termos da alínea b do § 1º, enquanto mantidas em tesouraria, não terão direito a dividendo nem a voto. § 5º No caso da alínea d do § 1º, as ações adquiridas serão retiradas definitivamente de circulação.” Para aprofundamento sobre a operação de resgate de ações como uma modalidade autorizada de negociação da companhia com as suas próprias ações ver: COSTA, Philomeno J. da. *Operações da anônima com as ações do seu capital*. Tese para concurso à cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1965; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1979; CODORNIZ, Gabriela Bonini. *Aquisição por companhia aberta de ações de sua própria emissão*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo, p. 9-96.

⁶⁹¹ Para aprofundamento o tema do resgate acionário ver: LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vol. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. [____]; EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. [____]; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. [____]; FLAKS, Luis Loria. Aspectos societários do resgate de ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 123, jul./set. 2001, São Paulo, p. 120-142; COMPARATO, Fábio Konder. Funções e disfunções do resgate acionário. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 120-130. A figura jurídica do resgate foi, também, objeto do Parecer da CVM: CVM/SJU-091/82.

resgatáveis, a critério do acionista e na dependência da ocorrência de uma causa prevista e especificamente regulada no estatuto⁶⁹².

De fato, o mecanismo do resgate acionário se assemelha ao recesso legal, com uma grande diferença⁶⁹³: sua fisionomia é fortemente marcada pela autonomia privada dos acionistas. Explica-se: definido pelo §1.º do art. 45 da Lei n. 6.404/76, o resgate consiste no pagamento, pela sociedade aos acionistas, em determinadas situações regradas pelo estatuto, do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação, com redução ou não do capital social; se mantido o mesmo capital, será atribuído, quando for o caso, novo valor nominal às ações remanescentes⁶⁹⁴.

O resgate acionário, diferentemente do recesso, é uma figura jurídica que possui boa flexibilidade no atual regime acionário brasileiro, cabendo sua previsão, a determinação das condições para seu exercício e o modo de se proceder à operação ao estatuto ou assembleia geral extraordinária, desde que a companhia tenha disponibilidade financeira para tanto. Em outras palavras, exige-se para operar o resgate que os acionistas tenham

⁶⁹² Para o autor: “Nada impede, a nosso ver, que o estatuto crie novas hipóteses de recesso para determinada classe de ações. Particularmente no caso de companhias fechadas, ou das abertas cujas ações não sejam dotadas de liquidez e dispersão, pode constituir um atrativo adicional para a subscrição de ações a possibilidade de o acionista desfazer-se do investimento realizado mediante o exercício do direito de recesso, tal como no Direito Italiano. Com efeito, o direito de recesso tem conteúdo puramente patrimonial. Não há qualquer razão para se negar a validade à disposição estatutária que permita o ‘desinvestimento’, em certas hipóteses, mediante o reembolso do valor das ações.” (Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 227).

⁶⁹³ Para LUIS LORIA FLAKS a diferença entre recesso e resgate consiste na iniciativa de quem requiere, especificamente no seguinte ponto: “No recesso, portanto, o acionista que, unilateralmente, deseja se retirar da sociedade, sendo a sociedade, por sua vez, obrigada a reembolsar o acionista, se presentes os pressupostos legais. No resgate é a companhia que decide por retirar o acionista, podendo essa vontade ser expressa antes (disposta no estatuto social) ou depois da emissão de ações (através de assembleia-geral). (Cf. FLAKS, Luis Loria. Aspectos societários do resgate de ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 123, jul./set. 2001, São Paulo, p. 120-142, p. 126).

⁶⁹⁴ Nas palavras de EIZIRIK, a alternativa constitui “(...) modo de extinção da ação. Trata-se de modalidade de negócio jurídico unilateral, ou seja, aquele que contém manifestação de vontade de apenas uma parte e cujas consequências jurídicas são sofridas pela outra parte, independentemente de sua vontade.” EIZIRIK identifica duas modalidades de resgate: (I) voluntário e (II) compulsório, que funcionam da seguinte maneira: “O resgate voluntário ocorre por decisão de assembleia geral extraordinária da companhia por determinação estatutária que autorize a sociedade a promovê-lo a qualquer tempo. Trata-se de prerrogativa da companhia, que pode, observado o disposto no § 6.º do art. 44 ou no estatuto social, conforme o caso, determinar o momento e as condições do resgate. Se a companhia se reserva o direito de resgatar as ações nas condições fixadas no estatuto, poderá exercê-lo mediante deliberação da assembleia, observadas as referidas condições, e o acionista titular dessas ações não poderá se opor à deliberação. Ou seja, o resgate é voluntário para a companhia, mas obrigatório para o acionista. O resgate compulsório (sempre do ponto de vista da companhia) é aquele previsto desde a emissão da ação, que por esta razão é conhecida como ‘ação resgatável’. No caso, a companhia obriga-se a resgatar uma determinada classe de ações, nas condições estabelecidas no estatuto. O resgate estipulado no estatuto ao tempo da criação da ação integra o conjunto de seus direitos e obrigações. Nessa hipótese, o resgate deixa de ser uma faculdade da companhia para se tornar uma obrigação perante o acionista titular da ação resgatável que exerce a opção de resgatá-la na forma prevista no estatuto. Nesse caso, é compulsório para a companhia, mas facultativo para o acionista.” (Cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 228/229).

destinado uma parcela dos lucros auferidos em exercícios sociais anteriores à formação de reserva estatutária capaz de suportar o dispêndio financeiro decorrente da operação. Trata-se de norma societária dispositiva, que admite ampla manifestação da vontade das partes na determinação das hipóteses que ensejarão o resgate e na regulamentação da operação em si.

Ao aproximar as figuras do recesso e do resgate EIZIRIK entende ser

(...) recomendável que o valor do resgate seja estabelecido no estatuto social, tendo em vista que a Lei das S/As regulou o valor do reembolso de ações, mas foi omissa sobre o valor do resgate. Apesar da omissão do texto legal, a companhia deve observar determinados parâmetros mínimos na definição do valor de resgate. Nesse sentido, por analogia ao art. 170, § 1.º, esse valor não pode ser inferior ao resultante da aplicação, isolada ou cumulativamente, dos 3 (três) parâmetros que devem ser utilizados para a fixação do preço de emissão em aumento de capital: (I) o valor do patrimônio líquido da ação; (II) cotação em Bolsa de Valores ou mercado de balcão organizado; (III) valor de suas perspectivas de rentabilidade. O preço de resgate também pode corresponder ao valor real da ação, apurado de acordo com a sua cotação no mercado secundário ou, ainda, com base na avaliação a preços de mercado do patrimônio da companhia⁶⁹⁵.

Como forma de garantir plena eficácia ao recesso estatutário, o autor defende que a alteração ou a supressão da figura deve demandar quórum qualificado e também autorizar o exercício de direito de retirada do acionista dissidente⁶⁹⁶. Apesar de o raciocínio diferir da sistemática adotada pela legislação italiana – examinada a seguir –, responsável pela criação do instituto e pioneira na discussão da possibilidade da sua extensão, a lógica que subjaz à construção nos parece correta e sustentável (salvo no que se refere ao quorum, que não nos parece ser necessariamente o da maioria qualificada, como veremos a seguir, mas sim o da maioria absoluta, a não ser que o estatuto social estabeleça expressamente – art. 129, §1º da Lei 6.404/76).

A proposta é arrojada e ainda incipiente entre nós, dando margem a uma série de questionamentos adicionais, dentre os quais destacamos:

(I) Se o recesso estatutário não constar originalmente no estatuto social, qual seria a assembleia competente (ordinária ou extraordinária) e o quórum deliberativo para estabelecê-lo? Haveria necessidade de unanimidade ou votação com base em maioria simples, absoluta ou qualificada seria suficiente? Seria necessário comunicar os credores da sociedade ou buscar sua anuência, diante do risco de descapitalização?

⁶⁹⁵ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 229.

⁶⁹⁶ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 229.

- (II) Qual seria o prazo para exercício do direito de recesso estatutário? Seria necessariamente de 30 dias, como prevê o art. 137 da Lei 6.404/76, ou poderia ser distinto – superior ou inferior?
- (III) Qual seria a fórmula para o cálculo do reembolso? Por se tratar de hipótese convencional, haveria margem para alterar os critérios legais de cálculo (diminuindo-os, por exemplo, para evitar atitudes de acionistas oportunistas que venham a descapitalizar a sociedade), diante da concordância de todos os acionistas?
- (IV) É possível autorizar o direito de recesso somente a um determinado percentual de acionistas ou a uma classe específica de ações?
- (V) A hipótese pode ser, de fato, classificada como uma operação de compra de ações pela companhia, aplicando-se a ela as restrições legais previstas no art. 30 da lei acionária?
- (VI) Haveria a formação de negócio jurídico de reembolso (art. 45 – em que a aquisição das ações independente da situação econômico-financeira da companhia ou da previsão de reserva estatutária autorizada pelo art. 194) ou mera operação de resgate, como proposto por NELSON EIZIRIK (art. 44 – cujo limite financeiro é o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal)?

Ainda inexistem respostas imediatas para todas essas questões e não é escopo do presente estudo esboçá-las. Mesmo assim, sustentamos que o recesso estatutário não é vedado pelo Direito brasileiro, desde que devidamente deliberado pela assembleia geral extraordinária⁶⁹⁷ (em regra, por maioria absoluta, seguindo a lógica do art. 129 da Lei 6.404/76⁶⁹⁸, não havendo razão para exigir automaticamente o quorum de maioria qualificada, salvo se previsto no estatuto) e regulado pelos acionistas no estatuto social –

⁶⁹⁷ Por se tratar de reforma estatutária, AGE somente se instalará, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, podendo instalar-se em segunda convocação com qualquer número (art. 135 da Lei 6.404/76).

⁶⁹⁸ No sistema da Lei 6.404/76, o quórum deliberativo das assembleias gerais ordinárias e extraordinárias é o da maioria absoluta de votos dos acionistas com direito a voto, presentes ou representados na assembleia geral, sem se computar os votos em branco, isto é, os que se abstiveram de votar. O quórum qualificado é excepcional e, como tal, deve ser interpretado restritivamente. Dessarte, o rol de matérias constante na lei – especialmente o do art. 136 – é exaustivo, não podendo ser estendido, mediante analogia ou interpretação extensiva, alcançando matérias não previstas. Nada impede, porém, que o estatuto social da sociedade anônima fechada eleve o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias. Nesse sentido: LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei. Vol. II*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 128-129 e 225; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas. V. 2. 5. ed.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 924-925 e 1033.

com especial atenção para a proteção da integridade do capital social e o risco de descapitalização da sociedade.

Não vislumbramos que uma norma estatutária que estende, por meio do exercício da autonomia privada, um direito essencial dos acionistas, previsto no artigo 109, inc. V, da lei acionária, estaria em desacordo com os princípios que regem o direito societário ou violaria o núcleo rígido das normas que formam as sociedades anônimas (notadamente as fechadas⁶⁹⁹). Em síntese, esse é o nosso posicionamento. Voltaremos a examinar o tema quanto tratarmos do exercício da autonomia privada no âmbito das sociedades anônimas fechadas, no item 2.5.2 abaixo.

Em nosso sentir, o debate em torno do recesso estatutário merece maior atenção da doutrina societária, como ocorreu em outros países, como a Itália⁷⁰⁰, a Espanha⁷⁰¹, Portugal⁷⁰², Argentina⁷⁰³ e Uruguai⁷⁰⁴ cujas discussões, ao fim e ao cabo, serviram não

⁶⁹⁹ Na prática, o recesso estatutário acarretaria a dissolução parcial da sociedade anônima, com o pagamento ao acionista dissidente do valor de suas ações, desde que a sociedade tenha disponibilidade financeira para tanto (pela formação prévia de reservas estatutárias) e que as condições desse exercício estejam devidamente previstas e reguladas no estatuto social. Sem adentrar no mérito da correção ou não das decisões, é importante noticiar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a dissolução parcial de sociedade anônima em casos nos quais a companhia seja formada por pequeno grupo familiar, conectado por fortes laços pessoais (1.º requisito) e seja verificada quebra da *affectio societatis* anteriormente havida entre eles (2.º requisito). A decisão paradigmática que sustenta esse entendimento foi proferida no ano de 2006 (STJ, 2.ª Seção, EREsp. n. 111.294, Rel. Min. Castro Filho, j. 28/06/2006) e alterou a posição do Tribunal que, até então, não aceitava a dissolução parcial de sociedades anônimas, passando a orientar os julgamentos da Corte. O entendimento foi mantido, por maioria de votos, em recente julgamento (STJ, 2.ª Seção, EREsp. n. 1079763-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 25/04/2012), no qual se discutia a necessidade de o acionista interessado em se retirar de companhia familiar demonstrar, além dos requisitos já mencionados, a inexistência de lucros e/ou a ausência de distribuição de dividendos por longo período. O Tribunal não conheceu do recurso e manteve a concomitância dos requisitos anteriormente referidos (sociedade anônima familiar e quebra da *affectio societatis*). Ainda que nenhuma das duas figuras esteja prevista expressamente na lei e seus resultados práticos sejam semelhantes, os fundamentos jurídicos do recesso estatutário e da dissolução parcial de sociedade anônima familiar por quebra da *affectio societatis* são distintos, seja com relação (i) ao critério classificatório das sociedades (ver nesse sentido o corte metodológico realizado na tese); (ii) ao exercício da autonomia privada do acionista de forma prévia e regulamentada no estatuto, (iii) na equivocada consideração da *affectio societatis* como um elemento formador do contrato de sociedade; e (iv) na forma de tutelar o capital social.

⁷⁰⁰ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*. 8. ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012, p. 508-513; CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010, p. 125-152; GALGANO, Francesco. GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3. ed. T. I. Padova: Cedam, 2009, p. 591-593; ACQUAS, Brunello, LECIS, Corrado. *Il recesso del socio nella SPA e nella S.R.L.* Milano: Giuffrè, 2010, p. 21 e ss.

⁷⁰¹ PAREDES, Paola Rodas. *La separación del socio en la Lei de Sociedades de Capital*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 37 e 85-96.

⁷⁰² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 242, nr 258; FONSECA, Tiago Soares. *O direito de exoneração do sócio no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 257-283; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial Vol. II. Das sociedades 2ª ed.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 458.

⁷⁰³ HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. *Sociedades anónimas*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Lexis, 1998, p. 732.

⁷⁰⁴ LAPIQUE, Luis. *El acionista en la sociedad anónima*. Montevideo: FCU, 2008, p. 170 e ss.; GARCIA, Ricardo Oliveira. *Estudios de derecho societário*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 590 e 631-635.

apenas para aprofundar suas premissas teóricas e enfrentar suas críticas e dificuldades, mas também para estimular a realização de reformas legislativas no sentido de expressamente adotá-lo.

Na Itália, por exemplo, as reformas legislativas implementadas no art. 2.437 do Código Civil⁷⁰⁵, particularmente a de 2003 que reconheceu o recesso convencional (“quarto

⁷⁰⁵ Art. 2437. “Diritto di recesso. Hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti: a) la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione; e) l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto; f) la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso; g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione. Salvo che lo statuto disponga diversamente, hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso all'approvazione delle deliberazioni riguardanti: a) la proroga del termine; b) l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari. Se la società è costituita a tempo indeterminato e le azioni non sono quotate in un mercato regolamentato il socio può recedere con il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere un termine maggiore, non superiore ad un anno. Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso. Restano salve le disposizioni dettate in tema di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento. È nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma del presente articolo. Art. 2437-bis. Termini e modalità di esercizio. Il diritto di recesso è esercitato mediante lettera raccomandata che deve essere spedita entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima, con l'indicazione delle generalità del socio recedente, del domicilio per le comunicazioni inerenti al procedimento, del numero e della categoria delle azioni per le quali il diritto di recesso viene esercitato. Se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio. Le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute e devono essere depositate presso la sede sociale. Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società. Art. 2437-ter. Criteri di determinazione del valore delle azioni. Il socio ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso. Il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni. Il valore di liquidazione delle azioni quotate in mercati regolamentati è determinato facendo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso. Lo statuto delle società con azioni quotate in mercati regolamentati può prevedere che il valore di liquidazione sia determinato secondo i criteri indicati dai commi 2 e 4 del presente articolo, fermo restando che in ogni caso tale valore non può essere inferiore al valore che sarebbe dovuto in applicazione del criterio indicato dal primo periodo del presente comma. Lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione. I soci hanno diritto di conoscere la determinazione del valore di cui al secondo comma del presente articolo nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea; ciascun socio ha diritto di prenderne visione e di ottenerne copia a proprie spese. In caso di contestazione da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso il valore di liquidazione è determinato entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'articolo 1349. Art. 2437-quater. Procedimento di liquidazione. Gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio. L'offerta di opzione è depositata presso il registro delle imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione. Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta. Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste non optate. Qualora i soci non acquistino in tutto o in parte le azioni del recedente, gli amministratori possono collocarle presso terzi; nel caso di azioni quotate in

comma”⁷⁰⁶) deu nova roupagem ao instituto, flexibilizando suas amarras e concendendo aos acionistas maior autonomia para regular estatutariamente a matéria⁷⁰⁷.

Depreende-se do novo regramento do art. 2.437 que existem três categorias de recesso: (I) as causas legais inderrogáveis (“*cause legali inderogabili*”), sobre as quais os acionistas não podem dispor, sendo nulo qualquer pacto celebrado entre os acionistas no sentido de excluir ou tornar mais gravoso seu exercício; (II) as causas legais derogáveis (“*cause legali derogabili*”), sobre as quais os acionistas podem dispor diversamente no estatuto social; (III) recesso estatutário (“*recesso convenzionali*”), que autoriza os acionistas a criarem hipóteses estatutárias de recesso, sendo este regime aplicável somente às sociedades anônimas fechadas, que não têm ações em circulação no mercado de capitais⁷⁰⁸.

A nova disciplina legal que sedimentou o fim da taxatividade do recesso na Itália foi bem recebida pela academia, embora a ampla margem de autonomia outorgada aos acionistas para estabelecerem e regularem hipóteses estatutárias de recesso ainda cause certa inquietude e apreensão doutrinária, especialmente no que diz respeito à possibilidade de

mercati regolamentati, il loro collocamento avviene mediante offerta nei mercati medesimi. In caso di mancato collocamento ai sensi delle disposizioni dei commi precedenti entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357. In assenza di utili e riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società. Alla deliberazione di riduzione del capitale sociale si applicano le disposizioni del comma secondo, terzo e quarto dell'articolo 2445; ove l'opposizione sia accolta la società si scioglie. Art. 2437-quinquies. Disposizioni speciali per le società con azioni quotate in mercati regolamentati. Se le azioni sono quotate in mercati regolamentati hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso alla deliberazione che comporta l'esclusione dalla quotazione. Art. 2437-sexies. Azioni riscattabili. Le disposizioni degli articoli 2437-ter e 2437-quater si applicano, in quanto compatibili, alle azioni o categorie di azioni per le quali lo statuto prevede un potere di riscatto da parte della società o dei soci. Resta salva in tal caso l'applicazione della disciplina degli articoli 2357 e 2357-bis.”

⁷⁰⁶ Art. 2437 – 4º : “Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso”.

⁷⁰⁷ GALGANO, Francesco. GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3. ed. T I. Padova: Cedam, 2009, p. 592-593. Na visão de GIAN VITO CALIFANO, por exemplo: “La disciplina del recesso si presentava, peraltro, omogenea per tutte le società di capitali e non teneva conto sia delle profonde differenze che tuttora caratterizzano i vari tipi di società, sia del diverso ruolo che il singolo socio svolge all’interno di ciascuna di queste. La riforma del 2003 ha modificato l’istituto del recesso accrescentandone la portata, diversificandone la disciplina a seconda che operi in una società per azioni o in una società a responsabilità limitata e attribuendogli un assetto del tutto nuovo. (...) L’intervento riformatore imporrebbe, altresì, di tornare sulla dibattuta questione della natura contrattuale o meno del recesso, dato che i vari riferimenti all’autonomia contrattuale ed alla buona fede contrattuale contenuti (...) sembrano allontanare l’attendibilità di quell’ipotesi evolutiva, sostenuta in dottrina, che individua nel recesso un fenomeno strettamente organizzativo e non contrattuale.” (Cf. CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010, p. 4-5), No mesmo sentido: ACQUAS, Brunello, LECIS, Corrado. *Il recesso del socio nella SPA e nella S.R.L.* Milano: Giuffrè, 2010, p. 10-11.

⁷⁰⁸ Sobre o tema, ver: CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*. 8. ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012, p. 508-513; CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010, p. 125-152; GALGANO, Francesco. GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3. ed. T I. Padova: Cedam, 2009, p. 591-593; ACQUAS, Brunello, LECIS, Corrado. *Il recesso del socio nella SPA e nella S.R.L.* Milano: Giuffrè, 2010, p. 21 e ss

generalização das causas legitimadoras do instituto (não se admitindo, por exemplo, o recesso *ad nutum* ou por justa causa⁷⁰⁹), à pessoalização do recesso (recesso *ad personam*)⁷¹⁰, bem como o risco de descapitalização da sociedade com a liquidação/reembolso das ações dos acionistas dissidente⁷¹¹.

⁷⁰⁹ GIAN VITO CAFINANO destaca a incompatibilidade da figura do recesso *ad nutum* e da justa causa no regime do recesso estatutário, aproximando a primeira hipótese da nova modalidade do art. 2.347 do Código Civil Italiano que autoriza o sócio a se retirar a qualquer momento de sociedade que não negocia suas ações em mercados regulamentados, desde que com comunicação prévia de, no mínimo, 180 dias, podendo o estatuto social prever prazo maior, mas não superior a 1 ano (“Se la società è costituita a tempo indeterminato e le azioni non sono quotate in un mercato regolamentato il socio può recedere con il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere un termine maggiore, non superiore ad un anno”). Segundo o autor: “(...) non devono ritenersi ammissibili le clausole che prevedano il recesso *ad nutum*, o per giusta causa. Circa le prime, si può osservare che il tenore letterale della norma, ponendo l’accento sulle ulteriori ‘cause’ di recesso, implica che queste vadano individuate. Lo statuto, quindi, deve necessariamente precisare al ricorrere di quali circostanze il socio può esercitare il recesso e non potrebbe, invece, prevedere la facoltà di recedere slegata dal ricorrere della circostanza. Del resto, se si ammettesse una clausola che attribuisce al socio la possibilità di recedere in qualsiasi momento, a prescindere dal ricorrere di date circostanze, non si adrebbe ad indicare un ‘ulteriori causa di recesso’, come richiesto dalla norma, bensì si indicherebbe semplicemente la facoltà di recedere, a prescindere dalla causa. La causa convenzionale di recesso, però, non si risolve nella previsione della facoltà di recedere, ma nella determinazione della circostanza che legittima tale facoltà. Non mi sembra che la norma possa essere interpretata diversamente, né mi sembra che, per giustificare la liceità della clausola di recesso *ad nutum*, possa ricorrersi all’analogia richiamando la previsione del recesso in società con tempo indeterminato. Questa fattispecie, del resto, è del tutto particolare e giustifica il recesso *ad nutum* recependo il più generale riconoscimento della libertà di risoluzione anticipata dei contratti senza previsione di durata. Tenendo conto di quanto appena detto, anche la clausola di recesso per giusta causa, deve ritenersi ammissibile soltanto se individua e specifica l’ipotesi o le diverse ipotesi di ‘giusta causa’ che attribuiscono al socio il diritto di recedere. In tal caso, infatti, si opera in perfetta conformità del disposto dell’art. 2437, quarto comma c.c., dato che la ‘causa ulteriore’ è effettivamente prevista. Diversamente, è inammissibile la clausola che indichi soltanto in generale la facoltà di recedere per ‘giusta causa’, senza specificare le circostanze che la concretizzano.” (Cf. CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010, p. 152). A doutrina italiana discute, também, a possibilidade de a causa legitimadora do recesso não estar relacionada a uma deliberação assemblear, desde que constitua um evento externo à pessoa do acionista, cujo advento não dependa da sua vontade. Por exemplo, a perda de um cliente relevante, a decisão da administração de investir em determinado empreendimento ou a revogação da licença administrativa para explorar determinado negócio, etc. Sobre o tema ver: ACQUAS, Brunello, LECIS, Corrado. *Il recesso del socio nella SPA e nella S.R.L.* Milano: Giuffrè, 2010, p. 75-79.

⁷¹⁰ Por exemplo, cláusulas que permitam o exercício do recesso estatutário somente a determinados sócios, mas não a outros. Nesses moldes, a hipótese tem sido combatida pela doutrina italiana: “La clausola *ad personam*, infatti, non rientra nella logica della società per azioni dove, invece, è possibile prevedere particolari diritti per categorie di azioni, per le quali, quindi, deve ritenersi possibile prevedere anche specifiche ipotesi di recesso (Cf. CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010, p. 152).

⁷¹¹ Para G. F. CAMPOBASSO, por exemplo: “Deve trattarsi di cause non pretestuose e tali da fondare un giustificato interesse del socio a recedere. Ciò in quanto recesso libero (*ad nutum*) è consentito dalla legge solo nelle società a tempo indeterminato, e non può essere riconosciuto per statuto nelle altre società per azioni (...) Correttamente si ritiene inoltre che le cause statutarie di recesso debbano essere determinate e non sia sufficiente il richiamo generico ad una ‘giusta causa’. (...) L’attuale disciplina, infine, detta un’articolata disciplina del procedimento di liquidazione delle azioni del socio recedente (art. 2437 – quater), al fine di evitare che l’ampliamento delle cause di recesso e la più equa determinazione del valore di rimborso compromettano l’integrità del capitale sociale e la tutela dei creditori sociali. Le azioni del socio che recede devono essere innanzitutto offerte in opzioni agli altri soci (ed ai possessori di obbligazioni convertibili) in proporzione al numero delle azioni possedute. Per la parte non acquisitata dai soci possono essere collocate sul mercato. In caso di mancato collocamento presso i soci o presso terzi, le azioni vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società, rispettando il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili. Non opera invece il limite del venti per cento del capitale (...) Infine, in assenza di utili e riserve disponibili deve essere convocata l’assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, o lo scioglimento della società. I creditori possono opporsi della delibera di riduzione del capitale, secondo la disciplina prevista per la riduzione

A despeito de os receios serem razoáveis, uma vez reconhecida a figura no ordenamento jurídico, os limites da autonomia dos acionistas para reger as hipóteses estatutárias serão paulatinamente delineadas pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como ponto de partida os contornos legais da matéria⁷¹². O ponto crucial da questão está em atentar para a função primordial do instituto, qual seja: estabelecer causas legitimadoras compatíveis com os interesses dos acionistas, permitindo que eles se retirem da sociedade, com o reembolso/resgate do valor das ações a ser pago pela companhia⁷¹³.

reale del capitale. Se l'opposizione è accolta, la società si scioglie. Ed invero, non avrebbe senso mantenere in vita una società in cui nè i soci, ne i creditori, né i terzi mostrao di nutrire più fiducia.” (Cf. CAMPOBASSO, Gian Franco. Diritto commerciale. 2. Diritto delle società. 8, ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012, p. 510, nota de rodapé 15, 512-513). No mesmo sentido: ; ACQUAS, Brunello, LECIS, Corrado. *Il recesso del socio nella SPA e nella S.R.L.* Milano: Giuffrè, 2010, p. 71-74.

⁷¹² Para aprofundamento dos efeitos da reforma legislativa de 2003 na sistemática do direito do recesso e dos demais direitos individuais dos acionistas ver: GALGANO, Francesco. GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3. ed. T I. Padova: Cedam, 2009, p. 595-644.

⁷¹³ Cumpre ressaltar que o art. 2.437 do Código Civil Italiano não exigiu a criação de reserva estatutária que garanta à sociedade recursos financeiros para resgatar/reembolsar as ações dos acionistas dissidentes. A opção do legislador foi distinta; foi estabelecido um procedimento rigoroso para a venda das de tatus ações aos demais acionistas e/ou terceiros. A aquisição das ações pela companhia ocorrerá somente em último caso; porém, se inexistirem reservas disponíveis para arcar economicamente com o resgate – inclusive aquelas destinadas a aquisição das próprias ações (art. 2357), os demais acionistas serão chamados para deliberar acerca da redução do capital social ou, até mesmo, a dissolução da companhia. A regra é clara e objetiva: “Art. 2437-quater. Procedimento di liquidazione. Gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio. L'offerta di opzione è depositata presso il registro delle imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione. Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta. Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste non optate. Qualora i soci non acquistino in tutto o in parte le azioni del recedente, gli amministratori possono collocarle presso terzi; nel caso di azioni quotate in mercati regolamentati, il loro collocamento avviene mediante offerta nei mercati medesimi. In caso di mancato collocamento ai sensi delle disposizioni dei commi precedenti entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357. In assenza di utili e riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società. Alla deliberazione di riduzione del capitale sociale si applicano le disposizioni del comma secondo, terzo e quarto dell'articolo 2445; ove l'opposizione sia accolta la società si scioglie.” O artigo que trata da aquisição das próprias ações é o “Art. 2357. Acquisto delle proprie azioni. “La società non può acquistare azioni proprie se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate. L'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea, la quale ne fissa le modalità, indicando in particolare il numero massimo di azioni da acquistare, la durata, non superiore ai diciotto mesi, per la quale l'autorizzazione è accordata, il corrispettivo minimo ed il corrispettivo massimo. Il valore nominale delle azioni acquistate a norma del primo e secondo comma dalla società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non può eccedere la quinta parte del capitale sociale, tenendosi conto a tale fine anche delle azioni possedute da società controllate. Le azioni acquistate in violazione dei commi precedenti debbono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea, entro un anno dal loro acquisto. In mancanza, deve procedersi senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal tribunale secondo il procedimento previsto dall'articolo 2446, secondo comma. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli acquisti fatti per tramite di società fiduciaria o per interposta persona.”

Nessa lógica, as regras estatutárias sobre a matéria devem ser claras e específicas, bem como retilíneas e combativas quanto ao desvirtuamento, abuso ou uso patológico da figura pelo acionista – já que a função do instituto não é gerar lucro ao acionista às custas da sociedade⁷¹⁴, mas sim dar-lhe uma porta crível de saída. Essa linha argumentativa parece estar alinhada com o atual movimento de reforma do direito societário contemporâneo, como identifica ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, a partir do teor da mudança legislativa ocorrida na Itália no ano de 2003:

Actualmente a proteção dos acionistas tende a não se fixar na radical defesa da posição de sócio e dos direitos que a compõem, quando sejam ameaçados pelo desenvolvimento da actividade comercial. A ênfase é colocada, hoje, mais nos mecanismos que permitem uma compensação económica, mesmo que impliquem o substancial depauperamento da posição jurídica do estatuto de sócio, ou até mesmo a perda dessa qualidade⁷¹⁵.

2.3. Abertas e fechadas: conceito legal

Após examinar seus traços fundamentais, bem como algumas de suas figuras e/ou institutos jurídicos mais relevantes, passaremos à análise do conceito das sociedades anônimas fechadas e abertas. A distinção legal entre as primeiras de origem familiar, restritas a um número pequeno de acionistas, geralmente vinculadas a grupos profissionais, e as segundas, com ações que podem ser oferecidas ao público ou negociadas em bolsa de valores ou mercado de balcão, tornou-se notória somente a partir do final do século XIX⁷¹⁶.

Em termos conceituais, o legislador brasileiro – por meio da combinação dos arts. 4.º da Lei n. 6.404/76 e 22 da Lei n. 6.385/76 – definiu que a companhia será aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de bolsa ou de balcão de valores mobiliários⁷¹⁷⁻⁷¹⁸. Seguindo essa

⁷¹⁴ O uso patológico do recesso é combatido, entre outros, por: SZTAJN, Rachel. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 71, jul./set. 1988, p. 50-54, p. 54.

⁷¹⁵ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 40.

⁷¹⁶ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo (org.). _____. *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 132. Para uma visão do tema no sistema da *common law*, ver CLARK, Robert. *Corporate law*. Boston: Brown, 1986, p. 24/25.

⁷¹⁷ Esse é o “conceito técnico” de companhia aberta que tem sido utilizado pelo colegiado da CVM. Nesse sentido, veja-se o voto do ex-Presidente e Diretor da autarquia MARCELO F. TRINDADE no Processo Administrativo CVM RJ 2006-1378, julgado em 15/08/2006, que examinou a expressão “companhia aberta, ou assemelhada” constante da Instrução CVM 332/00 para fins de possibilidade de fundos de investimento organizados como *investment companies* emitirem Brazilian Depositary Receipts (BDRs): “(...) em termos técnicos, ‘companhia aberta’ é o tipo societário específico previsto no art. 4.º da Lei 6.404/76 (...)”.

⁷¹⁸ O Decreto-Lei n. 2.627/1940, que regulou as sociedades anônimas no Brasil até o advento da Lei 6.404/76, não distinguia as companhias em abertas e fechadas (apenas em companhias que dependiam ou não de autorização governamental – arts. 59 a 73), tendo estabelecido uma disciplina idêntica para os dois subtipos, independentemente do número de sócios, do valor do capital social, da espécie de ações emitidas, etc. A

lógica, conclui-se que toda a companhia que não estiver admitida a negociar valores mobiliários em mercado de bolsa ou de balcão é, na definição legal, fechada.

Nas palavras de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO:

Os negócios jurídicos de companhia pertencem a um único tipo de contrato nominado, cujas características pressupõem a emissão e negociação de valores mobiliários nos mercados, mas a maioria das companhias existentes, embora com as características do tipo, não participa dos mercados organizados de capitais, o que fundamenta a distinção entre companhias abertas e fechadas⁷¹⁹.

O raciocínio está correto, porém incompleto. De fato, depreende-se do conjunto de normas que regulam o tipo societário em questão que o elemento eleito pela lei para distinguir as companhias abertas das fechadas consiste no fato de a primeira poder negociar seus valores mobiliários no mercado de capitais e de a segunda não poder fazê-lo. Trata-se, portanto, de um critério diferenciador que tem por base a natureza do financiamento obtido pela sociedade (público ou particular⁷²⁰).

Entretanto, deve-se adicionar à problemática um aspecto de cunho formal, qual seja: a corriqueira confusão entre o pedido/requerimento prévio de registro na CVM e o pedido de registro de oferta para distribuição de valores mobiliários pela mesma companhia ao mercado. Explica-se: há diversas companhias abertas que, apesar de registradas na CVM, não emitem valores mobiliários para distribuição no mercado ou, se emitem, tais valores não são efetivamente negociados na bolsa de valores (não têm liquidez). Com isso, põe-se a dúvida: para fins de conceituação de uma companhia aberta, é possível estabelecer uma lógica de dependência ou de prejudicialidade entre tais registros? Ou melhor, em termos registrais, o que caracteriza uma companhia como aberta?

O legislador de 1976 não tratou de forma explícita da matéria, ainda que se pudesse deduzir a necessidade do registro na CVM da conexão entre o art. 4.º e seu parágrafo

distinção adveio somente com a Lei 4.506/64, especialmente “para os efeitos de tratamento fiscal e de controle estatal e de autorregulamentação pelas Bolsas”. (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. V. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123). No mesmo sentido: CASTRO, Rodrigo R. M. de. Abertura e fechamento de Capital. In: CASTRO, Rodrigo R. M. de; ARAGÃO, Leandro S. de (coords.). *Sociedade anônima. 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 427-448, p. 438; LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas. Comentários à lei*. V. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 106. Sobre o tema ver também o parecer CVM/SJU n.º 141, de 04/10/1979.

⁷¹⁹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo (coords). In: _____. *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 130.

⁷²⁰ O tema é desenvolvido por: LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas. Comentários à Lei*. Vol. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 107/108 e CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. V. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140 e ss.; YAZBEK, Otavio. As companhias abertas – sua caracterização, as vantagens e as desvantagens da abertura de capital. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-131.

primeiro⁷²¹. A reforma legislativa de 2001, entretanto, detalhou a questão. A atual redação dos parágrafos do art. 4.º da Lei n. 6.404/76 deixa claro que:

§ 1.º Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários. § 2.º Nenhuma distribuição pública de valores mobiliários será efetivada no mercado sem prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários.

O órgão regulador tratou do tema na Instrução CVM 480/2009⁷²², com as alterações posteriores introduzidas pelas Instruções CVM 488/10, 509/11, 520/12 e 525/12, que dispõem sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados⁷²³, determinando, em seu art. 1.º, que:

Art. 1.º A negociação de valores mobiliários em mercados regulamentados, no Brasil, depende de prévio registro do emissor na CVM. § 1.º O pedido de registro de que trata o *caput* pode ser submetido independentemente do pedido de registro de oferta pública de distribuição de valores mobiliários. § 2.º O emissor de valores mobiliários deve estar organizado sob a forma de sociedade anônima, exceto quando esta Instrução dispuser de modo diverso. § 3.º A presente Instrução não se aplica a fundos de investimento, clubes de investimento e sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais⁷²⁴.

Ora, verifica-se da leitura do §1.º do art. 1.º da ICVM 480/2009 que o registro de companhia aberta junto ao órgão regulador é suficiente para caracterizar uma companhia como aberta, não sendo necessária a existência de um pedido concomitante ou posterior de distribuição de valores mobiliários, nem a efetiva negociação dos valores porventura emitidos. Desse modo, ganha relevância o exame conjunto dos §§ 1.º e 2.º do art. 4.º da Lei n. 6.404/76, com a redação dada pela Lei 10.303/01, que exigem o registro prévio não apenas da companhia, mas também da distribuição de valores mobiliários perante a CVM, sem, no

⁷²¹ A redação original do art. 4.º da Lei 6.404/76 era a seguinte: “Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão. § 1.º Somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser distribuídos no mercado e negociados em bolsa ou no mercado de balcão”. Cumpre registrar que parte da doutrina defendia a necessidade do registro anteriormente à reforma de 2001. Nesse sentido, REQUIÃO, Rubens. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 40/41.

⁷²² A ICVM 480 está em audiência pública nos termos do edital SDM 03/2013 para fins de atualização do formulário de referência e divulgação sobre operações de aumento de capital e transações entre partes relacionadas.

⁷²³ Sublinhe-se que estão excepcionadas as regras estabelecidas pela Instrução CVM 476/09, alterada pelas Instruções CVM n.ºs. 482/10 e 500/11, que dispõem sobre as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados.

⁷²⁴ A CVM já se manifestou contrariamente à caracterização das sociedades beneficiárias de recursos de incentivos fiscais como companhias abertas, fato que deve ter motivado a redação da parte final do § 3.º do art. 1.º da ICVM 480/2009.

entanto, fundir as duas espécies de registro em uma, o que acabaria por confundi-las por inteiro⁷²⁵.

Resta evidente, portanto, que, salvo nos casos de dispensa de registro⁷²⁶, a lei societária e do mercado de capitais aliada às normas expedidas pela CVM condicionam a caracterização de companhia aberta ao prévio registro da companhia emissora no órgão regulador – e não ao pedido de oferta pública de valores mobiliários – ou à efetiva negociação, que é situação de fato, podendo ou não ocorrer, diferenciando o pedido do registro de companhia aberta do pedido de oferta de distribuição de seus títulos. Porém, em regra⁷²⁷, para a efetiva negociação de valores mobiliários no âmbito do mercado de capitais, os registros de companhia aberta e o de oferta pública se fazem necessários⁷²⁸.

⁷²⁵ A título ilustrativo, vale notar que ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, na obra intitulada *Lei das Sociedades Anônimas anotada*, faz referência ao Parecer CVM/SJU n.º 053/1982, que trata das consequências jurídicas de uma companhia fechada apelar ao financiamento público: “Companhia fechada é aquela que não tem seus valores mobiliários negociados em bolsa de valores ou no mercado de balcão (art. 4.º da Lei 6.404/76). A companhia fechada que faz apelo à poupança pública, captando recursos junto aos investidores do mercado de valores mobiliários e utilizando-se para tanto do sistema de intermediação previsto na Lei n. 6385/76, torna-se, de fato, companhia aberta, sujeita à disciplina imposta pelo órgão regulador do mercado de valores mobiliários, que é a CVM.” (Cf. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações anotada*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 31). Note-se, porém, que constitui crime fazer apelo à poupança popular nessa hipótese, segundo determina o art. 7º da Lei 7.492/86 (que regula os crimes contra o sistema financeiro nacional): “Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: I - falsos ou falsificados; II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados; III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação; IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

⁷²⁶ Nos termos do art. 7.º da ICVM 480/08: “Estão automaticamente dispensados do registro de emissor de valores mobiliários: I – emissores estrangeiros cujos valores mobiliários sejam lastro para programas de certificados de depósito de ações – BDR Nível I, patrocinados ou não; II – emissores de certificados de potencial adicional de construção; III – emissores de certificados de investimento relacionados à área audiovisual cinematográfica brasileira; IV – empresas de pequeno porte; V – microempresas; e VI – emissores de letras financeiras distribuídas no âmbito de Programa de Distribuição Contínua, os quais devem observar o disposto no Anexo 7 – VI.”

⁷²⁷ Com exceção, por exemplo, das ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços estritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados pela ICVM 476/2009.

⁷²⁸ Esse também parece ser o entendimento de KARINA CARDOZO DE OLIVEIRA, em artigo que trata do fechamento do capital de companhias abertas: “Nos termos da Lei, verifica-se que a diferença crucial entre uma companhia aberta e uma companhia fechada reside no fato de a companhia aberta negociar seus valores mobiliários no mercado de capitais, enquanto os valores mobiliários da companhia fechada não são admitidos à negociação neste mercado. Esse conceito nos parece um tanto quanto simplista, embora resolva, a princípio, o problema conceitual relativo à matéria. Primeiramente, vale destacar que a interpretação meramente literal do texto legal pode levar a um erro materialmente relevante: a Lei estabelece que as companhias abertas são aquelas cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação no mercado. No entanto, na prática, sabemos que existem companhias abertas cujos valores mobiliários não são negociados em bolsa. Dessa forma, o que diferencia, de fato, uma companhia aberta de uma companhia fechada é o registro de companhia aberta concedido pela CVM, que lhe garante a possibilidade de negociar seus valores mobiliários em mercado, no momento em que julgar mais adequado, sem a necessidade de requerer qualquer outro registro perante a CVM senão o registro da oferta que realizará. Nesse sentido, o § 1.º do art. 4.º da Lei das Sociedades por Ações surge em complementação à definição do *caput* deste artigo, o qual estabelece que “somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser negociados no mercado de valores mobiliários”. A leitura conjunta do art. 4.º e de seu § 1.º nos permite compreender que o registro de companhia aberta concedido pela CVM é, de fato, o diferencial entre as sociedades estudadas,

Sobre o tema, precisa é a observação de OTÁVIO YAZBEK no sentido de que

(...) ao referir no *caput* as companhias abertas como aquelas que têm valores mobiliários por ela emitidos “admitidos à negociação” em mercado, registrando, no § 1.º, que apenas poderiam ser assim negociados os títulos de emissão de “companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários”, o art. 4.º passou a definir tais companhias a partir daquela obrigatoriedade de registro. A negociabilidade nele consagrada não se confunde com a concreta negociação dos títulos, que é situação de fato⁷²⁹.

Por fim, entende-se que a partir do deferimento do pedido de registro de companhia aberta pela Comissão de Valores Mobiliários passam a ser exigíveis da sociedade o cumprimento de todas as obrigações inerentes ao subtipo (e.g. obrigações estabelecidas pelas Leis n. 6.404/76, 6.385/76 e, também, pelo órgão regulador, dentre as quais se destacam a fiscalização de todas as práticas societárias, a prestação periódica de informações, o pagamento das taxas administrativas de registro e a divulgação de fatos relevantes e assemelhados⁷³⁰).

uma vez que somente a partir da concessão do registro de companhia aberta é que a companhia poderá emitir, publicamente, valores mobiliários. Corroborando esse entendimento, a Instrução CVM 480 estabelece que o pedido de registro de companhia aberta pode ser formulado independentemente do pedido de registro de oferta, o que nos permite admitir a independência entre os dois institutos”. (Cf. OLIVEIRA, Karine Cardozo. Fechamento do capital social: estudo de casos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Vol. 15, n. 55, p. 193-236, jan. 2012, p. 196-197). No mesmo sentido: MUSSNICH, Francisco A. Maciel. Reflexões sobre o direito de recesso na lei das sociedades por ações. LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 285-306, p. 302-303.

⁷²⁹ YAZBEK, Otavio. As companhias abertas – sua caracterização, as vantagens e as desvantagens da abertura de capital. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-131, p. 92-93. Aparentemente, MODESTO CARVALHOSA defende posição contrária, no sentido de que a negociação de valores mobiliários, mesmo sem o registro prévio na CVM, é suficiente para caracterizar a companhia como aberta: “Quando, por outro lado, a companhia procura recursos de capital próprio (ações) ou de terceiros (debêntures) junto ao público, oferecendo a qualquer pessoa desconhecida ações e debêntures de sua emissão, temos uma companhia aberta. (...) Se a sociedade logra ou não colocar seus títulos em consequência da oferta, pouco importa. Basta que haja a oferta junto ao público investidor para que, sobre a sociedade, incida o regime especial de tutela estatal previsto na lei.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. V.1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140).

⁷³⁰ Sobre o tema, relevantes são as ponderações de OTÁVIO YAZBEK: “(...) as companhias abertas são bastante distintas das fechadas não apenas desde um ponto de vista formal, mas também materialmente, em razão da natureza das relações que nelas se estabelecem, entre os diversos detentores de interesses, por vezes contrapostos. Assim, nas companhias abertas, controladores e administradores não apenas abrem mão de boa parte da maior liberdade de que dispõe nas fechadas como ficam, eles e a companhia de modo geral, sujeitos a alguns regimes institucionais diferenciados, em especial no que tange (I) ao regime de utilização de informações consideradas importantes para os demais participantes do mercado (regime que se corporifica nas obrigações de *full disclosure* e na vedação ao *insider trading*) e (II) às regras de oferta públicas, destinadas a proteger os investidores em situações que possam afetar a liquidez dos títulos (deliberação de fechamento de capital ou alienação do poder de controle) ou aplicáveis por força da dinâmica do mercado e das operações que nele se podem realizar (no caso das ofertas de aquisição e controle). (Cf. YAZBEK, Otavio. As companhias abertas – sua caracterização, as vantagens e as desvantagens da abertura de capital. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-131, p.123).

2.4. Abertas e fechadas: distinção tipológica

A despeito de sua natureza formal, a necessidade de registro prévio na CVM aliada à possibilidade de ofertar valores mobiliários em mercado é a principal diferença legal entre os dois subtipos de sociedade anônima⁷³¹. Disso resulta a conclusão de que o elemento que toma por base a forma de subscrição do capital social a que podem recorrer os fundadores, administradores ou acionistas de uma companhia para seu financiamento não as diferencia completamente, apesar de ter reflexo direto na sua denominação e na racionalidade do regime jurídico ao qual ela estará submetida⁷³².

Outrossim, para fins de conceituação, não se considera diretamente o caráter tipológico institucional da companhia aberta, cujo capital social é potencialmente composto por aportes de um número ilimitado e distinto de pessoas, em oposição ao caráter tipológico contratual das companhias fechadas, cujo universo para captação de recursos é restrito e as características pessoais dos sócios podem ser relevantes para a formação da sociedade⁷³³. Da mesma maneira, não se ressalta o fato de as primeiras estarem submetidas a normas legais absolutamente rígidas e inflexíveis, em razão do potencial apelo ao mercado (poupança popular), ao passo que as segundas vislumbram algum grau de flexibilidade e maleabilidade nas regras de regência.

Mas há uma razão para isso. A distinção tipológica entre sociedades anônimas abertas e fechadas, bem como os limites da flexibilidade de alguns de seus dispositivos legais remonta à antiga celeuma societária, relacionada ao critério de classificação das

⁷³¹ Concorde-se, mais uma vez, com a visão de OTÁVIO YAZBEK: “Não raro se opta, em análises dessa natureza, por meramente contrapor as companhias abertas e as fechadas, apontando as especificidades estruturais e os procedimentos diferenciados de umas e de outros, conforme estabelecidos em diversos pontos da Lei 6.404, de 15-12-1976. Não é essa a linha que aqui se adotará, optando-se muito mais por uma descrição fundada na racionalidade dos dois modelos, que foge às tecnicidades. Assim, a exposição parte da constatação de que a abertura de capital, ainda que aparentemente seja uma decisão acerca das fontes de financiamento da sociedade, tem efeitos organizacionais significativos, criando padrões diferenciados de relacionamento entre os agentes envolvidos. O regime legal das companhias abertas reflete tais padrões e procura estabelecer determinadas proteções para alguns daqueles agentes. Essa parece ser, com efeito, a única forma de discutir a matéria. (...) o regime das companhias abertas remete a um tipo diferenciado, sujeito, pela sua conformação, pelas suas necessidades e pela sua relevância para a coletividade, a regras e procedimentos distintos dos que vigoram para as companhias fechadas. Nas companhias abertas se passa do direito propriamente societário para outro ‘subsector normativo do sistema juscomercialista’, o do direito do mercado de capitais (Antunes, 2000, p. 116). Daí porque se impõe uma descrição que vá além da mera distinção formal entre os dois modelos. Mesmo adotando essa linha, porém, cumpre iniciar por uma definição de companhia aberta, o que se fará inicialmente com base no art. 4.º da Lei 6.404/76.” (Cf. YAZBEK, Otávio. As companhias abertas – sua caracterização, as vantagens e as desvantagens da abertura de capital. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins (Coords). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-131, p. 92-93).

⁷³² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91.

⁷³³ TEIXEIRA, Egberto Lacerda, TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 98.

sociedades⁷³⁴, especialmente aquela que diferencia as chamadas de “pessoas”⁷³⁵ e de “capitais”⁷³⁶ – que recebeu e ainda recebe fortes críticas por parte da doutrina⁷³⁷.

⁷³⁴ Segundo SYLVIO MARCONDES, relembrando os comentários de MARGHERI, três sistemas se destacam na doutrina e no plano legislativo quando se examina a classificação das sociedades: (I) o primeiro deles, adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos e que simplesmente enumera as nomenclaturas das sociedades em coletiva, comandita e anônima, seguindo, de certa forma, sua evolução histórica, que se convencionou chamar de histórico; (II) o segundo, utilizado pelas legislações inglesa e norte-americana, que identifica as sociedades a partir de nomes particulares, mas as classifica a partir do regime de responsabilidade dos sócios; (III) o último, criado pela doutrina, que divide as sociedades em sociedades de pessoas ou de capitais. O primeiro sistema foi adotado tanto pelo antigo Código Civil de 1916 quanto pelo atual Código Civil de 2002. Essa conclusão resulta do exame sistemático dos tipos societários elencados pelo legislador, baseado, essencialmente, em uma tentativa de diferenciação múltipla, pontual e desordenada entre as espécies e tipos de sociedades, para que, com base nas observações realizadas, sejam identificados elementos caracterizadores de cada uma delas. Apesar de pragmático, o sistema não oferece solução satisfatória para o problema. Para MARCONDES, o critério de sistematização nas classificações percorridas é absoluto, míope, unilateral, supervaloriza determinado traço das sociedades, ao mesmo tempo em que ignora outros tantos. Por exemplo, quando se toma como base o grau de responsabilidade dos sócios, relega-se a um segundo plano as qualidades pessoais que eles põem a serviço da sociedade. Por outro lado, se essas qualidades são consideradas, outorga-se a elas prevalência, e o *intuitus personae* renega o critério da situação patrimonial dos sócios. Além disso, a eleição de critérios em grau absoluto dá margem à criação de perfis intermediários. Veja-se que, na classificação pelo grau de responsabilidade dos sócios, as sociedades em comandita inserem-se no perfil misto, na medida em que assumem responsabilidade ilimitada os comanditados e responsabilidade limitada os comanditários. Da mesma forma, na classificação que divide as sociedades em sociedades de pessoas e de capitais, a comandita por ações pertence ao primeiro tipo em função dos gerentes (comanditados) e ao segundo em razão dos demais acionistas (comanditários), assumindo, também, perfil misto. Para a construção de um sistema de classificação das sociedades que satisfaça, ao mesmo tempo, exigências jurídicas e econômicas, é necessário relativizar a eleição de critérios absolutos e unilaterais, tomando em consideração alguns dos elementos que sejam de crucial importância para o funcionamento da empresa, tal como o são o capital e o trabalho. Tais elementos, se desdobrados em uma categoria jurídica que decorre do estado que o sócio adquire ao ingressar na sociedade, seriam chamados de “direitos dos sócios”, representando a sua posição dentro da sociedade. Na visão de CARVALHO DE MENDONÇA, por exemplo, essa análise deveria ser decomposta em duas partes, uma de caráter patrimonial e a outra de natureza pessoal; a esses direitos corresponderiam obrigações que do mesmo modo podem ser divididas. Nesse sentido, a natureza da contribuição dos participantes determinaria a essência do seu *animus* de contratar. Assim, quando a obrigação social tem como causa uma contribuição de natureza pessoal do sócio, forma-se um vínculo societário de caráter personalista (*intuitus personae*); quando a causa da obrigação se origina numa contribuição de natureza patrimonial, o vínculo societário adquire natureza patrimonial (*intuitus pecuniae*). A partir da reunião dessas conclusões parciais, SYLVIO MARCONDES organiza um esquema de classificação das sociedades distinto dos demais, fundado na “posição jurídica do sócio”, segundo o qual os direitos e obrigações de cada participante são divididos de acordo com as duas espécies de contribuições (pessoal e patrimonial) que constituem a causa da sua obrigação societária e mensurada em grau mínimo ou máximo. O regime de responsabilidade transita entre as formas limitada e ilimitada, de acordo com as regras próprias dos tipos. O tema é abordado em: MARCONDES, Sylvio. Qualificação e classificação das sociedades. In: *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 163-181, p. 169, 174-176. Tal construção, apesar de instigante e engenhosa, não é sólida o suficiente para resolver alguns problemas tipológicos das sociedades comerciais em particular e das sociedades em geral. Isso porque o elemento da colaboração pessoal fica prejudicado em situações comuns à prática societária, como ocorre com a participação recíproca de sociedades no capital de outras (independentemente do tipo). A par dessa dificuldade, analisando aqueles mesmos tipos societários sob esse novo esquema, obteremos igual resultado. A crítica está em SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 21.

⁷³⁵ Essa distinção somente se tornou possível após a introdução das sociedades anônimas no elenco dos tipos societários com características essencialmente capitalistas. Até então as sociedades comerciais pertenciam a mesma família, as sociedades com características personalistas (e.g. sociedade em comum, sociedade em comandita simples e a em conta de participação, definidas pelo elemento responsabilidade dos sócios, correspondendo a uma só estrutura, isto é, aquela em que há sócios de responsabilidade ilimitada ao lado de outros de responsabilidade limitada (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20). Continua a autora: “As diferentes funções, que refletem, por seu turno, interesses particulares distintos, outorgam certo grau de liberdade para a autonomia privada e ajudam a enriquecer as

Do ponto de vista metodológico, os objetivos do trabalho não compreendem o exame desse polêmico sistema de classificação. Parte-se da premissa de que a riqueza da tipologia das sociedades anônimas pode convalidar a plasticidade do fenômeno societário. As múltiplas e variadas características, personalistas ou capitalistas, que as companhias

formas jurídicas que compõem o sistema societário. A partir disso, a formação dos tipos em momentos históricos diferentes e em estágios econômicos diferentes contribuiu para a formação de um sistema não uniforme, que permite extrair regras comuns a todos os tipos, mas acabou por misturar, no mesmo conjunto, tipos e regras que determinaram a divisão das sociedades empresárias em duas grandes vertentes: a sociedades de pessoas e as sociedades de capitais.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48).

⁷³⁶ Essa classificação teve e tem entre os seus maiores defensores os representantes da doutrina francesa. As sociedades de pessoas são aquelas nas quais os sócios, no momento de constituição do ente associativo, reúnem-se em função das suas qualidades subjetivas, conduzem os negócios sociais de modo a predominar o seu *intuitus personae* e, em princípio, a morte de um dos sócios acarreta a dissolução da sociedade, não sendo as quotas sociais livremente transferíveis. As sociedades de capital, por sua vez, são aquelas em que os sócios valorizam, no momento de sua constituição, as contribuições materiais dos interessados (*intuitus pecuniae*, *intuitus rei*), podendo ingressar na sociedade qualquer indivíduo. Da mesma forma, as quotas são livremente transferíveis e a morte de um dos sócios não acarreta a dissolução da sociedade, mas sim a apuração dos seus haveres. Quando se busca classificar os tipos societários conhecidos nas categorias deste sistema, a doutrina tende a concordar que as sociedades em nome coletivo e as comanditas simples pertencem ao primeiro grupo e as sociedades anônimas ao segundo. Mesmo assim, a filiação da sociedade em comandita por ações provoca divergências; alguns doutrinadores classificam-na como um tipo misto, sendo uma sociedade de pessoas para os sócios comanditados e uma sociedade de capitais para os comanditários (MARCONDES, Sylvio. *Qualificação e classificação das sociedades. Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 163-181, p. 171 e 172).

⁷³⁷ A classificação das sociedades como sociedades de pessoas ou de capitais suscitou (e ainda suscita) inúmeras críticas em grande parte da doutrina. Por exemplo, para MANARA o sistema não é aceitável e somente em linguagem abstrata ou metafórica seria possível decompor as sociedades segundo tal critério. A existência de capital pressupõe a dos capitalistas, sendo as pessoas e não as coisas que formam o vínculo social, independentemente da contribuição aportada pelo sócio. Na mesma direção, VIVANTE entendia que a classificação é mais brilhante do que sólida e, portanto, inexata, na medida em que mesmo nas sociedades ditas de capitais são os indivíduos que detêm a titularidade das ações e sem eles não haveria a formação do vínculo social, nem a exploração da atividade a que a sociedade se propõe. CARVALHO DE MENDONÇA lembra, também, que caberá aos indivíduos, não ao capital, nomear os administradores e fiscais da sociedade, tomar-lhes as contas e votar nas sociedades. Diante dessas críticas, qual seria, então, a utilidade de classificar as sociedades de acordo com esse critério? Uma das contribuições da sistemática proposta consiste em identificar os elementos preponderantes em cada modelo de sociedade. Por exemplo, nas sociedades de pessoas o principal elemento é o *intuitus personae*, cuja existência no relacionamento entre os sócios determina o caráter personalista da sociedade, ao passo que nas sociedades de capitais o elemento que se destaca é o *intuitus pecuniae* ou *intuitus rei*, indicando seu perfil capitalista, apesar desse critério não distinguir de forma exata as sociedades. Nesse sentido, parece correta a visão de ERNESTO LEME no sentido de que há uma constante interação entre as duas categorias; enquanto o *intuitus pecuniae* penetra nas sociedades de pessoas, o *intuitus personae* se faz presente nas sociedades de capitais. Inexiste, portanto, ductibilidade nesse critério classificatório (Cf. LEME, Ernesto. *Das ações preferenciais nas sociedades anonymas*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 10). Sobre o tema, ver: MARCONDES, Sylvio. *Qualificação e classificação das sociedades*. In: *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 163-181, p. 172-173; VIVANTE, Cesare. *Derecho mercantil*. T. II. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, p. 93; COMPARATO, Fábio Konder. *Da licitude de participação de sociedade de capitais em sociedade de pessoas*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 263-289, p. 269-270; CAVALLI, Cássio M. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-41.

podem assumir devem respeitar os limites de flexibilidade do tipo⁷³⁸, pouco importando para o escopo deste trabalho a classificação ou o critério utilizado para sistematizá-las⁷³⁹.

A experiência evidencia que no interior das sociedades anônimas, especialmente nas abertas, existe uma trama complexa – e muitas vezes velada – de interesses contrapostos entre os participantes do negócio societário que o legislador deve compreender e considerar para regulá-los de forma eficiente e eficaz, sem prejudicar o funcionamento do mercado⁷⁴⁰. Em razão dessas distinções de forma e conteúdo, deve-se retomar a lógica de se manter uma separação técnica, metodológica e sistemática das regras jurídicas aplicáveis às companhias fechadas e às abertas que não foi expressamente adotada pelo legislador de 1976, mas certamente influenciou a sistematização da nossa lei acionária⁷⁴¹.

Como bem ressalta FÁBIO K. COMPARATO:

O direito das sociedades anônimas divide-se, hoje, em dois grandes ramos: o das companhias abertas e o das fechadas. Em todos os grandes sistemas legislativos da atualidade, essa *summa divisio* está, atualmente, consagrada. (...). Na reforma do nosso direito das sociedades anônimas, em 1976, o legislador entendeu de não regular, em diplomas separados, companhias abertas e fechadas. Mas pode-se dizer que a Lei n.º 6.404/76 é toda calcada nessa dicotomia. Como tive ocasião de apontar, nada menos do que vinte disposições dessa lei compõem regimes perfeitamente distintos entre os dois tipos de companhias. A bem dizer, a distinção de regimes jurídicos transcende a questão do recurso ao mercado de

⁷³⁸ Por exemplo, RENATO VENTURA RIBEIRO defende, com base em previsões da Lei n. 6.404/76, a existência de sociedades anônimas *intuitus personae*: RIBEIRO, Renato Ventura. A lei das sociedades por ações e as companhias *intuitus personae*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de, (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 191-220.

⁷³⁹ Isso sem esquecer a observação de FÁBIO K. COMPARATO: “(...) o elemento específico de funcionamento de uma autêntica sociedade de capitais é a interposição das quotas ou ações na relação da sociedade com os sócios. A sociedade anônima – já se frisou um sem-número de vezes – é antes uma reunião de posições acionárias do que uma reunião de acionistas.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 228).

⁷⁴⁰ FERRARA, Francisco. *Empresarios y sociedades*. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, sem ano, p. 208. O fenômeno é bem descrito em ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Vol. 38, n. 460/462, out./dez., 1941, p. 5-33, especialmente no que se refere às invenções jurídicas e aos interesses que guiam sua utilização pelos agentes econômicos.

⁷⁴¹ FÁBIO K. COMPARATO lembra que “(...) uma das tendências marcantes do direito societário contemporâneo consiste na superação da antiga regulação uniforme das companhias, o que se alcança com o estabelecimento de regimes jurídicos diferenciados, conforme haja ou não circulação dos valores mobiliários emitidos no mercado de capitais. No modelo societário brasileiro, essa sistemática não vingou até o ano de 1976, porque o Decreto-Lei 2.627/40 fundava-se em um modelo ideal de companhia média. Para o referido diploma legal, haveria um número nem muito reduzido nem excessivamente grande de acionistas, todos interessados na exploração do objeto social e na determinação dos destinos da companhia. As Leis 6.385/76 (mercado de valores mobiliários) e 6.404/76 (sociedades por ações) perfilharam uma nova proposição e se caracterizaram como os primeiros diplomas a tratar dos subtipos aberto e fechado como formas societárias distintas e a tentar sistematizar regras especiais de acordo com a sua natureza (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 116/117). Sobre o tema, ver, também, LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 7, 1972, p. 123-158, p. 125/126.

capitais. O caráter institucional da companhia aberta é evidente: não só o legislador reduz ao mínimo indispensável a autonomia de vontade das partes, como a autoridade administrativa tem competência para expedir normas de funcionamento desse tipo de companhia e fiscalizar a sua atuação no mercado. Ainda não se criou entre nós um direito falimentar da companhia aberta, nos moldes da *corporate reorganization americana*, mas a evolução econômica parece conduzir fatalmente a essa solução⁷⁴².

O raciocínio proposto não é inédito: parte da doutrina já defende, com razão em nosso entender, que a diferença entre os subtipos – aberta e fechada – também é de ordem substancial, isto é, de qualidade⁷⁴³, de tal forma que o regime jurídico que disciplina a companhia aberta acaba por extrapolar o campo de abrangência do direito societário, migrando para o universo do mercado de capitais, marcado por uma racionalidade institucional e de proteção à poupança popular que lhe é bastante peculiar⁷⁴⁴.

Afirmar que a diferença é também qualitativa significa dizer que o critério que diferencia os subtipos em aberta e fechada não está restrito ao conceito da lei, ao universo da oferta – pública ou particular –, ao registro no órgão regulador, à possibilidade de ampla negociação e à forma de subscrição das ações, mas também à natureza institucional ou contratual das normas que formam as sociedades e, por conseguinte, das consequências que decorrem dessa constatação.

Nesse sentido, a estrutura jurídica institucional da companhia aberta, cujo capital social é potencialmente composto por aportes de um grande número de pessoas, assume um formato legal absolutamente rígido e inflexível, em razão do apelo a recursos do mercado (poupança popular), ao passo que nas companhias fechadas, cujo perfil é essencialmente contratual⁷⁴⁵, vislumbra-se certo grau de flexibilidade, disponibilidade e maleabilidade nas regras de regência⁷⁴⁶.

⁷⁴² COMPARATO, Fábio Konder. O direito ao dividendo nas companhias fechadas. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 158-165, p. 158/160.

⁷⁴³ LACERDA, Egberto Teixeira, TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 97.

⁷⁴⁴ YAZBEK, Otavio. As companhias abertas – sua caracterização, as vantagens e as desvantagens da abertura de capital. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis e PROENÇA, José Marcelo Martins (coords.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-131, p.125.

⁷⁴⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda e TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 98.

⁷⁴⁶ GEORGES RIPERT destaca, em uma perspectiva evolutiva da legislação societária, que o reconhecimento das sociedades anônimas como tipo societário capaz de ser constituído por qualquer indivíduo representou a afirmação de um ideal político de liberdade; enxerga-se, portanto, nas sociedades comerciais um meio de aglutinar capitais por meio da liberdade de contratar (RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 61 e 62).

Concordamos, nesse sentido, com a visão de FÁBIO K. COMPARATO⁷⁴⁷ e de RACHEL SZTAJN⁷⁴⁸ quando afirmam que o perfil institucional das sociedades anônimas abertas eleva o número de normas imperativas ou cogentes⁷⁴⁹, reduzindo, por conseguinte, o âmbito de

⁷⁴⁷ Sobre o tema assevera FÁBIO K. COMPARATO: “Na companhia fechada, ao contrário, não só prevalece o princípio da autonomia da vontade sobre o caráter institucional de sua organização, como ainda a forma acionária pode encobrir vários subtipos de sociedades. Estruturalmente, a minicompanhia regulada pelo art. 294 da Lei 6.404/76, por exemplo, é quase completamente equiparável a uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Sob o aspecto funcional, o regime da companhia fechada pode servir às mais variadas combinações, desde a diminuta companhia da família até as macrossubsidiárias de grupos nacionais ou multinacionais. É importante entender que a companhia fechada representa o oposto da sociedade anônima original. Ela é, tanto interna quanto externamente, uma verdadeira sociedade de pessoas, dominada pelo princípio da identificação dos acionistas (sejam pessoas físicas ou jurídicas), e sua colaboração pessoal no exercício da empresa e da boa-fé em seu relacionamento recíproco. Como declaram dois julgados norte-americanos recentes, ‘just as in a partnership, the relationship among the stockholders must be one of trust, confidence and absolute loyalty if the enterprise is to succeed; shareholders in close corporation owe one another substantially same fiduciary duty that partners owe one another’. *Externa corporis*, os contratantes com a companhia e seus credores levam em conta muito mais a pessoa dos acionistas ou o grupo empresarial a que pertencem, do que o patrimônio e a organização própria da sociedade.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. O direito ao dividendo nas companhias fechadas. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 158-165, p. 160).

⁷⁴⁸ Nas palavras de RACHEL SZTAJN: “A redução do espaço de manifestação da autonomia privada nas anônimas abertas significa maior rigidez estrutural, organizacional, que corresponde à necessidade de garantia de bom funcionamento do mercado de capitais, instrumento de capitalização dessas companhias (...) A quantificação de elementos tipificadores das anônimas torna as manifestações atípicas mais complexas em suas aparições, pois a organização interna das relações entre sócios, a quase superposição dessas relações com a estrutura externa da sociedade, limita a manifestação da autonomia privada e torna a atipicidade menos intensa. Já as cláusulas atípicas são mais frequentes de serem encontradas.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91).

⁷⁴⁹ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER que a maioria das normas das sociedades por ações tem natureza cogente ou imperativa. Tais regras buscam tutelar o interesse dos acionistas atuais e futuros – com objetivo de servir ao sistema legal de transmissão das ações, próprio das sociedades anônimas –, o interesse de terceiros e o interesse público *stricto sensu*. Segundo LOBO XAVIER: “Dentro, porém, da zona do direito das sociedades agora aludida há também normas imperativas ou cogentes, no sentido com que passaremos aqui a utilizar tais designações: normas que não podem ser arredadas nos estatutos primitivos, e que, portanto, nem a vontade unânime dos sócios é consentido vir mais tarde subverter através de deliberação que estabeleça uma disciplina divergente – ao menos sob a forma de alteração estatutária –, deliberação esta que terá de julgar-se ferida de nulidade. (...) Ora é precisamente a respeito do sector do ordenamento societário a que estamos a atender – integrado por regras legais destinadas a proteger diretamente os associados, e não terceiros ou o interesse público (*stricto sensu*) – que o tema da nulidade das deliberações sociais levanta alguns delicados problemas, que nem sempre são tomados na devida conta pelos autores, e que convirá esclarecer, mesmo uma consideração sumária da matéria, como esta que nos propusemos. Desde logo, há que averiguar a razão de ser do carácter imperativo ou cogente (*hoc sensu*) que preceitos do tipo indicado podem revestir e, de harmonia com isto, o próprio âmbito dos mesmos dentro do direito regulador das sociedades. O problema, já o veremos, põe-se em termos diferentes para as sociedades anônimas e para as sociedades por quotas – e é no que toca às primeiras que iremos agora encarar-lo, reservando para mais tarde a sua análise relativamente às outras. A este propósito Alfredo Hueck – acompanhado nisto por vários autores – recorre fundamentalmente à consideração de que, com as normas cogentes da espécie agora em vista, o legislador entendeu proteger não só os ‘actuais’, mas também os ‘futuros accionistas’. Esta circunstância explicará que os sócios que em determinado momento compõem a sociedade nem mesmo quando unanimemente concordem possam suprimir ou modificar, ao menos através de alteração estatutária, a disciplina contida em tais normas – e que se tenha portanto de julgar nula a deliberação que a isso tenda. (...) ao qualificarem os acionistas protegidos pelos preceitos legais como actuais ou como futuros, não é evidentemente à data dos preceitos que os autores estão a reportar-se, mas sim à escritura social ou das deliberações que em cada caso se achem em causa: trata-se de acionistas atuais e futuros em relação ao momento da realização destes actos. As aludidas normas que protegem futuros sócios serão aquelas que pretendem tutelar quantos podem vir a adquirir a qualidade de sócio ao longo da vida da corporação e, assim, eventualmente depois de alguns dos mencionados actos. Mas com isto ainda não ficamos

atuação da autonomia privada dos acionistas para moldar os estatutos segundo seus interesses, ao passo que nas sociedades fechadas o fenómeno se manifesta de forma invertida.

suficientemente elucidados. Pois dir-se-á que se encontram nas condições referidas todas das disposições legais que tutelam os sócios: ninguém duvida de que todas elas contém um regime que vale para qualquer acionista, seja qual for a altura em que entre na sociedade. Simplesmente, uma especial circunstância se verifica quanto a um certo número das mencionadas disposições – a maioria, como já diremos: o legislador quis que a proteção por elas conferida fosse assegurada a quemquer viesse a fazer parte do grémio colectivo. Ora, garantir-se todo o acionista a vigência (*hoc sensu*) de um determinado esquema legal significa precisamente que nem sequer por unanimidade podem subvertê-lo, estabelecendo, com carácter duradouro, uma disciplina divergente, aqueles acionistas que o são em certo momento. No campo nas anónimas, a fisionomia que estas normalmente revestem, de acordo com os traços específicos do seu regime, explica perfeitamente uma particular atenção do legislador à situação daqueles que a todo o instante podem vir a ingressar na sociedade e, por tal via, justifica o carácter imperativo ou cogente (*hoc sensu*) da generalidade dos preceitos em referência, enquanto servem os interesses de todos e cada um dos sócios dentro da corporação. Com efeito, na medida em que as participações sociais estão incorporadas e acções, facilmente transmissíveis e, regra geral, em número avultadíssimo, ampliam-se quase indefinidamente o círculo das pessoas que, ao longo da vida de uma sociedade anónima, se podem tornar sócios. Bem se compreende, portanto, a necessidade de tutelar a confiança desse público, potencialmente tão vasto, para cujo ingresso estão abertas as sociedades do tipo em questão. E esta tutela dos novos acionistas envolve a garantia da vigência de um ordenamento que salvaguarda os seus interesses. Nem se diga que tais sujeitos aderem livremente ao ordenamento societário, qualquer que ele seja, tal como resulta do pacto social e das deliberações da assembleia; e que está nas suas mãos obterem a este respeito a informação adequada, designadamente através das publicações legalmente prescritas. É que não pode razoavelmente contar-se com a diligência dos adquirentes das acções e, se informarem das cláusulas dos estatutos e das deliberações em geral: dada a facilidade e a rapidez da aquisição dos títulos, esta é frequentemente desacompanhada de qualquer verificação em tal capítulo por parte dos interessados. O sistema de circulação da socialidade nas sociedades anónimas envolveria assim graves perigos – perigos tanto mais de ponderar quanto poderia ser elevadíssimo o número de prejudicados – se acaso não se assegurasse pelo modo descrito a posição de quemquer se torne acionista. (...) temos, pois, por que o carácter cogente das normas em causa não só defende os ‘futuros accionistas’ como serve as próprias finalidades do sistema legal de transmissão de acções.’ (...) Quais são, na verdade, os preceitos que contém uma disciplina que, para defesa dos interesses de todos os que venham a ingressar na sociedade, o legislador quis que vigorasse, mesmo contra a vontade dos fundadores ou daqueles que em dado momento estão investidos da qualidade de sócio? Muitas vezes é a própria letra da disposição legal que nos elucida a este propósito, enquanto directa ou indirectamente admite – ou proíbe – a sua própria derrogação. Quando do texto nada se infere, tal coisa não significa que deva entrar em cena o princípio da autonomia negocial (CCiv. Art. 405), e que, de harmonia com este, os sócios sejam livres de regular a seu talante o ponto em questão. Parece até dever antes valer, em regra, a solução oposta. Teremos, assim, a seguinte directiva – aliás muito genérica, e que só com particulares cautelas pode ser utilizada: no silêncio do legislador, as normas que regulam as sociedades anónimas têm carácter cogente. Esta solução é a que está de acordo com a necessidade atrás aludida de se tutelar quem entra na sociedade através da aquisição, normalmente fácil e rápida, das respectivas acções. Na medida em que o texto legal não remeta para o exame dos estatutos ou das deliberações da assembleia geral, deve o adquirente poder confiar em que a regulamentação naquele contida é a que efetivamente governa a sociedade em que ingressa, ficando desonerado de mais indagações. De resto, quando o legislador nada diz a este respeito, isto dever-se-á com frequência ao facto de não ter curado da hipótese – por vezes muito improvável – de os sócios editarem disciplina divergente. (...) Deixámos fundamentado por várias vias – interesse público (*stricto sensu*), interesse de terceiros, interesse de ‘futuros sócios’ – o carácter imperativo ou cogente (*hoc sensu*) diversos tipos de normas do direito das sociedades – ou seja, a circunstâncias de os associados nem mesmo por acordo unânime poderem estabelecer (ao menos através de alteração estatutária) disciplina divergente da contida em tais normas e, consequentemente, a nulidade das deliberações que a isso rendam. (...) aquilo que, por força do mencionado carácter imperativo ou cogente, assim definido, está, em certos termos, vedado à assembleia geral é o desrespeito das disposições legais em causa através do conteúdo das deliberações aprovadas – pois só deste modo nos encontraremos perante uma disciplina divergente da que preveem aquelas disposições (Cf. LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 152-153, 159-163, 164-167).

Os valores e interesses tutelados pelas regras aplicáveis a cada uma delas são materialmente distintos, de modo que não se deve interpretar e aplicar normas societárias de caráter geral aos dois subtipos com o mesmo ou semelhante rigor ou técnica jurídica. Assim, explica-se por que nas anônimas abertas a proteção do mercado exige normas cogentes, de natureza rígida, que não aceitam flexibilização pelas partes, ao passo que nas anônimas fechadas busca-se proteger os interesses dos acionistas, outorgando a eles maior margem de liberdade para ajustar a estrutura societária aos objetivos do negócio, desde que respeitados os núcleos rígidos do tipo legal⁷⁵⁰.

Mas as diferenças não param por aí. Há, também, distinções de estrutura e função. Como salienta ALFREDO LAMY FILHO, enquanto a estrutura da anônima fechada seria uma “técnica de estruturar um negócio”, que poderia eventualmente revestir qualquer outra forma societária, a anônima aberta, cujos títulos oxigenam o mercado de capitais, apela para a poupança popular em busca do capital de risco, o que altera o funcionamento interno e externo da sociedade e os inúmeros e variados interesses que gravitam em torno dela⁷⁵¹.

Sustenta-se, então, que a separação entre as companhias abertas e as fechadas não é apenas de forma, mas também de fundo, no que se refere à natureza jurídica dos instrumentos ou atos constitutivos de uma e de outra. Sobre o tema, é preciosa a contribuição de FÁBIO K. COMPARATO:

(...) nas companhias abertas, os estatutos se apresentam, incontestavelmente, como um ato-regra (para retomarmos a expressão consagrada dos institucionalistas franceses), com as características de um direito objetivo ou *ius positum* no âmbito corporativo. Já nas companhias fechadas, dificilmente poder-se-ão desligar-se as regras estatutárias do acordo de vontades entre os acionistas, que lhes serviu de fundamento e inspiração.

⁷⁵⁰ COMPARATO, Fabio Konder. A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legis de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-132, p. 118-120.

⁷⁵¹ Para o coautor do anteprojeto da Lei 6.404/76: “(...) entre a S/A fechada – mera técnica de estruturar um negócio, que poderia eventualmente revestir qualquer outra forma societária – e a S/A aberta – cujos títulos alimentam o mercado de capitais, que apela para o público em busca do capital de risco de que necessita (como vai à rede bancária obter o financiamento em capital empréstimo) – a diferença não é apenas de tamanho ou de grau, é de natureza. Quando uma S/A resolve abrir seu capital ela não pratica, apenas, mero ato de economia interna de empresa: ela aciona mecanismos de crédito público, por cuja idoneidade e regular funciona expressão tomística. Altera-se, por via de consequência, todo o relacionamento interno da sociedade, no mesmo passo em que a sociedade assume responsabilidades que concernem, diretamente, com o interesse público. Enquanto a S/A é fechada, os acionistas se conhecem, ou sabem quem são, a assembleia geral é o órgão máximo da sociedade porque é a reunião dos donos, o próprio *poder constituinte* em ação, e os administradores ou são os próprios donos ou seus prepostos, isto é, pessoas cujas relações se exaurem num âmbito relativamente limitado e estritamente privado de mecanismos jurídicos. Mais ainda, os sócios confiam nos detentores da maioria, ou se entendem por cima da assembleia, em contatos pessoais, em que a armadura societária é mero ritual desprovido de expressão (convocações, atas, reuniões de diretoria, livros de registro, relatórios de diretoria, emissão de ações, etc., etc.).” (Cf. LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 7, 1972, p. 123-158, p. 125/126).

Por isso mesmo, enquanto na companhia aberta a latitude de criação normativa dos estatutos é estreitamente limitada, preponderando sempre o ditado legal, nas companhias fechadas a fronteira entre estatutos e acordos de acionistas se esbate consideravelmente. O acordo estatutário aparece, aqui, muito mais como negócio jurídico privado, entre partes determinadas, do que como regulamento objetivo e impessoal. (...) a longa lista de disposições específicas às companhias abertas ou fechadas parece demonstrar que se instaurou em tal matéria verdadeira distinção de natureza entre os dois tipos de sociedades anônimas⁷⁵².

O aspecto mais relevante da diferença tipológica material entre os dois subtipos está relacionado à necessidade de interpretar de forma distinta e contextualizada seus respectivos estatutos e as regras legais comuns aos subtipos⁷⁵³. Nesse sentido, não se pode olvidar que é papel do intérprete “(...) diante de um caso concreto saber adaptar a sua análise ao tipo de sociedade anônima em questão, procurando sobretudo evitar a aplicação do modelo institucional à companhia fechada, ou do esquema convencional à sociedade que recorre ao mercado de capitais⁷⁵⁴”.

Ao examinar a possibilidade de uma sociedade anônima ser sócia de uma sociedade em nome coletivo, reconhecidamente uma sociedade de pessoas, já ponderava ASCARELLI

(...) também as sociedades anônimas têm individualidade própria, e nelas também pode haver uma tradição de correção e integridade – naturalmente baseada na dos homens que a compõem – de sorte que ao formar uma sociedade com uma companhia podem assumir um peso decisivo as considerações tiradas da individualidade do sócio, além das ligadas ao montante de sua contribuição de capital⁷⁵⁵.

Por fim, outra distinção possível entre os subtipos aberto e fechado diz respeito à forma de desinvestimento do capital aportado. Na lógica de funcionamento das companhias abertas, o acionista pode recorrer a qualquer momento ao mercado – ainda que a solução possa ser economicamente ineficiente – e proceder à venda de suas participações societárias,

⁷⁵² COMPARATO, Fábio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 120/121.

⁷⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. O direito ao dividendo nas companhias fechadas. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 158-165, p. 160/161.

⁷⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 119/120.

⁷⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 57. A passagem de ASCARELLI é referida e complementada por FÁBIO K. COMPARATO: “É, aliás, de observação corrente que, nas sociedades de sociedades, o que se procura na pessoa jurídica sócia, ou que dela se espera, não é apenas uma contribuição de capital, absolutamente anônima e fungível, mas, antes de tudo, uma experiência tecnológica acumulada, a tradição comercial, a capacidade gerencial, o fato de o controlador ter a nacionalidade do país em que vai atuar, e assim por diante. Daí ser possível falar, escusando o neologismo jurídico, em ‘sociedades anônimas de pessoas’, ao lado de ‘sociedades anônimas de capitais’, sublinhando-se, pela contradição da primeira dessas expressões, a importância do *intuitus personae* como pressuposto integrativo do pacto societário.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51, p. 33.

desde que haja interesse dos investidores pelo papel (i.e., liquidez mínima). Por outro lado, nas companhias fechadas, além das possíveis restrições estabelecidas pelo estatuto ou pelo acordo de acionistas à circulação das ações, admitidas pelos arts. 36 e 118 da Lei n. 6.404/76, respectivamente, dificilmente haverá mercado ou interessados na aquisição imediata de tais participações.

Como os acionistas das companhias abertas têm mais facilidades na liquidação imediata do seu investimento com a transferência, locação, permuta ou venda de suas participações, entende-se que as balizas mais estreitas (normas cogentes) a que se submetem essas sociedades estão, de certa forma, compensadas pela facilidade de realizar o desinvestimento. Assim, não convindo mais ao acionista permanecer associado a uma companhia aberta poderá desligar-se sem os inconvenientes legais a que estará muitas vezes sujeito o acionista da sociedade fechada, bastando, para tanto, vender, no mercado de bolsa ou de balcão, suas ações⁷⁵⁶. Acredita-se que a flexibilidade das regras aplicadas às sociedades anônimas fechadas aliada ao remédio legal do recesso compensaria o acionista pela inexistência de uma constante porta de saída para o mercado.

Ressaltadas algumas das diferenças tipológicas que entendemos mais relevantes entre os subtipos, vejamos quais são as peculiaridades que sustentam a necessidade de estender um tratamento legal diferenciado às sociedades anônimas fechadas.

2.5. Sociedades anônimas fechadas: algumas peculiaridades

O modelo ideal das sociedades anônimas e sua função econômica típica pressupõem que seu capital social seja composto por aportes de um grande número de pessoas, nenhuma das quais titular de uma soma que lhe garanta a maioria do capital social (controle disperso ou difuso). A inexistência de forte vínculo entre o exercício da atividade e a pessoa dos sócios permite a livre circulação dos títulos, a fungibilidade dos acionistas e a administração por profissionais do mercado que não pertençam ao quadro de sócios da sociedade.

A despeito da correção dessa descrição, existem (e não são poucas) sociedades anônimas fechadas, nas quais os direitos de participação dos sócios, tanto nos resultados quanto na direção da empresa, se baseiam, principalmente, na confiança pessoal de um restrito número de participantes, em relações familiares ou parentescos havidos entre os acionistas⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 92.

⁷⁵⁷ Nesse sentido caminham as observações de FÁBIO K. COMPARATO sobre as distinções entre sociedades anônimas fechadas e abertas: “Bem se vê, portanto, que a velha classificação das sociedades de capitais e de

Em outras tantas, os acionistas procuram adaptar o modelo legal de companhia às condições de participação convencionadas, especialmente quanto à garantia da administração conjunta, por meio da devida representação nos órgãos de administração, do acesso à informação e à proteção do acionista minoritário ou individual contra a modificação estatutária realizada com base no princípio majoritário, tanto na assembleia quanto nos órgãos da administração.

A utilização da estrutura jurídica das sociedades anônimas em investimentos de menor escala econômica, desvinculada da emissão pública de valores mobiliários e da captação de recursos por meio da poupança popular, aliada à maior flexibilidade dessas normas, determinaram a introdução de cláusulas bastante específicas nos estatutos dessas companhias⁷⁵⁸.

O sucesso dessa nova funcionalidade do modelo jurídico do anonimato foi imediato e de enormes proporções, compreendendo um relevante universo de grandes empresas que, embora constituídas sob essa forma jurídica, não emitem valores mobiliários para negociação no mercado de capitais e aproveitam a elasticidade das regras do tipo para inserirem em seus estatutos sociais uma série de cláusulas atípicas e pactos parassociais, ajustando-os aos seus interesses particulares⁷⁵⁹.

Ao tratar dessa questão, leciona DIEGO CORAPI:

peças, 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 seu 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 *intuitus personae*. Ao contrário da simples consideração dos capitais, na companhia fechada, prepondera, tanto entre os acionistas quanto perante terceiros, a confiança e a consideração pessoal. Daí por que a famosa imagem de Ripert do ‘maquinismo jurídico’, cujo funcionamento se automatiza após o primeiro impulso do homem, só encontra hoje aplicação para as companhias abertas. Estas, sim, são as verdadeiras sociedades ‘anônimas’, a reunião de ‘posições acionárias’ com a fungibilidade da pessoa dos acionistas. Nas companhias fechadas, diferentemente, por detrás das ações emerge sempre a figura dos sócios.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 120/121).

⁷⁵⁸ A enumeração de FÁBIO K. COMPARATO, ainda que direcionada às ditas “sociedades de pessoas” aplica-se às sociedades anônimas fechadas: “A ‘sociedade anônima de pessoas’ apresenta, assim, algumas características peculiares, que a distinguem das demais companhias, tanto abertas quanto fechadas. São elas, comumente: 1) a limitação à circulação das ações, seja no estatuto, seja em acordo de acionistas; 2) quórum deliberativo mais elevado que o legal, para certas e determinadas questões, tanto na assembleia geral, quanto no conselho de administração, o que equivale à atribuição de um poder de veto à minoria; 3) a distribuição equitativa dos cargos administrativos entre os grupos associados; 4) a solução arbitral dos litígios societários.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51, p. 34).

⁷⁵⁹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. _____. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias* (coords.). Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 131; ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Vol. 38, n.º 460/462, out./dez., 1941, p. 5-33, p. 29.

Particularmente intenso è il ricorso a clausole atipiche e a patti parasociali nelle società per azione di carattere familiare, allo scopo di dare rilevanza giuridica alla persona del socio. La elasticità dello schema tipico della società per azioni predisposto nel nostro ordinamento ha consentito e consente finora di assorbire senza eccessivi contraccolpi le modificazioni imposte dalle sue particolari utilizzazioni concrete. (...) tuttavia la predisposizione nel nostro ordinamento di un solo schema tipico di società per azioni, mentre fa sì che tale schema sia indifferentemente impiegato in diverse situazioni di fatto, continua a costituire un limite generale (ed alquanto elastico) alla apposizione di clausole atipiche o alla stipulazione di patti parasociali⁷⁶⁰.

É perceptível que esse longo processo evolutivo alterou a tipologia do modelo societário, agregando a ele características particulares, antes inexistentes ou inexploradas, com profundos reflexos na estrutura e no funcionamento do tipo. Justamente nesse contexto, é imprescindível dar atenção à função da norma estatutária a ser interpretada, buscando seu sentido na nova organização societária que ela estabelece. Para tanto, é preciso retomar a orientação legal dada às sociedades anônimas e compreender o tratamento específico dispensado pelo legislador aos subtipos aberto e fechado.

A despeito de conter expressa distinção entre sociedades anônimas abertas e fechadas, o regime jurídico do anonimato em vigor não se preocupou em manter uma divisão equilibrada e sistemática das regras aplicáveis a cada uma delas, o que permitiria ao operador e ao intérprete atenuar ou reforçar, em situações específicas e com segurança, o rigor dos efeitos de certos dispositivos da lei às sociedades abertas e fechadas, conforme o caso⁷⁶¹.

Adentramos, com isso, no que JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA denomina de “sistema jurídico da companhia”, consistente no

(...) conjunto de todas as normas jurídicas que se aplicam a cada companhia existente. Seguindo essa orientação, as fontes reguladoras das normas societárias podem ser divididas em (I) leis especiais estatais, materializadas no conjunto de regras estatuídas pelo Código Civil e pela Lei 6.404/76; (II) disposições estatutárias, constantes no estatuto social, documento que deu origem à companhia e, eventualmente, de boletins de subscrição de ações ou atos constitutivos; (III) normas de direito público, como, por exemplo, as de direito tributário, penal e constitucional, cujo caráter é cogente e o cumprimento obrigatório; (IV) estipulações de contratos parrassociais ou preliminares⁷⁶².

Uma leitura atenta da Lei n. 6.404/76 permite identificar três principais tipos de regras que regulam as sociedades anônimas, a saber: (I) as regras gerais, que se aplicam a

⁷⁶⁰ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano, Giuffrè, 1971, p. 188.

⁷⁶¹ É bem verdade que a grande preocupação da reforma foi fomentar o desenvolvimento do mercado de capitais no país e formar grandes sociedades anônimas nacionais capazes de exercer posições de liderança em seus respectivos ramos de negócios. (Cf. LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/As*. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 20).

⁷⁶² BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. _____. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias* (coords.). V. I. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 161 e ss.

toda e qualquer companhia, sem distinção entre aberta e fechada; (II) as regras especiais aplicáveis apenas às companhias abertas; e (III) as regras especiais direcionadas para as companhias fechadas. Segundo estudo organizado por BULHÕES PEDREIRA, após a reforma da Lei 10.303/01, a referida lei possuía um total de 879 dispositivos (dentre os quais 298 artigos e 581 parágrafos). Desse número, (I) 751 (ou, em percentual, 88,3%) de caráter geral, aplicáveis a todas as companhias; (II) 82 (ou, em percentual, 9,6%) de natureza especial, aplicáveis às companhias abertas; (III) e apenas 18 (somente 2,1%) de natureza especial, aplicáveis às companhias fechadas⁷⁶³.

Há, portanto, ampla maioria de dispositivos que se aplicam indistintamente aos dois subtipos – aberta e fechada; um número pequeno de dispositivos que se aplica apenas às companhias abertas; e um número bastante reduzido de dispositivos que se aplicam somente às anônimas fechadas. Essa conclusão contrasta com o número de sociedades anônimas fechadas que existem no país (muito superior às abertas) e ressalta a relevância da autonomia privada dos acionistas na construção do estatuto social ou na sua adaptação às reais necessidades do negócio⁷⁶⁴.

Por exemplo, dentre as disposições aplicáveis especificamente às sociedades anônimas fechadas estão: (I) aquelas relacionadas à matéria de classes de ações (arts. 15, parágrafo primeiro, e 16), (II) a limitação à circulação de ações (art. 36); (III) partes beneficiárias (arts. 46-51); (IV) constituição por instrumento particular (art. 88); (V) constituição por escritura pública (art. 96); (VI) forma de convocação e realização da assembleia geral (arts. 1024, inc. I e § 3.º, e 134, § 6.º); (VII) derrogação do princípio da maioria (art. 129, § 1.º); (VIII) maioria qualificada (art. 136, parte final); (IX) direito de preferência (art. 171, § 8.º); (X) demonstração dos fluxos de caixa e escrituração (arts. 176, § 6.º, e 177, § 6.º); (XI) reservas de capital (art. 200, parágrafo único); (XII) dividendos obrigatórios (art. 202, inc. I, § 3.º); (XIII) criação de companhia de pequeno porte (art. 294)⁷⁶⁵.

⁷⁶³ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. _____. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias* (coords.). V. I. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 131.

⁷⁶⁴ Apesar de reconhecer a existência de normas societárias dispositivas e admitir a regulação contratual de certas hipóteses pelos acionistas, por meio de norma estatutária, BULHÕES PEDREIRA entende que o produto dessa autorregulação não terá natureza contratual, mas sim regulamentar. (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. In: _____. e LAMY FILHO, Alfredo (coords.). *Direito das companhias*. V. I, Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 167).

⁷⁶⁵ As previsões são semelhantes às 21 apresentadas por: COMPARATO, Fabio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 116/117.

Observa-se que no regime jurídico desenhado para as sociedades anônimas fechadas o legislador se preocupou em resguardar questões bastante específicas, diretamente relacionadas ao interesse particular dos acionistas, tais como os direitos individuais, a lógica da circulação das ações, os processos de resgate, reembolso e amortização de ações, a emissão de partes beneficiárias e tantos outros mecanismos que nasceram para atender às conveniências ponderáveis dos sócios que querem disciplinar seu próprio negócio, sem se preocupar com o interesse público, do mercado. Essa constatação resta confirmada pela conclusão de ALFREDO LAMY FILHO no sentido de que a sanção jurídica para o descumprimento de tais normas está no plano privado das indenizações e composições de danos e não no âmbito do mercado ou de um órgão regulador⁷⁶⁶.

Já nas sociedades anônimas abertas, a atenção do legislador se voltou para a tutela dos investidores e do mercado de capitais como um todo, disciplinando, por exemplo, restrições legais à limitação da circulação das ações (salvo aquelas pactuadas em acordos de acionistas), regras impositivas quanto à convocação e instalação de assembleias, divulgação de informações ao mercado, oferta pública de ações ou de fechamento de capital, entre outras tantas disposições cogentes⁷⁶⁷.

É justamente a partir do cotejo entre os dispositivos e da aplicação rígida e cogente de alguns deles às sociedades anônimas abertas que se evidenciam as diferenças tipológicas entre os subtipos, comprovando-se a maior flexibilidade das sociedades anônimas fechadas, o que, por conseguinte, outorga maior autonomia aos fundadores, administradores e acionistas na regulação de seus interesses. Tais sociedades exigem uma estrutura menos rígida que a das abertas, dando maior liberdade aos acionistas na criação de regras específicas.

As diferenças, no entanto, podem assumir caráter mutável. A realidade societária demonstra que existem variações tipológicas que fazem com que aos elementos do tipo genérico sejam acrescidas características sortidas, específicas, em função das quais são criadas normas que visam a tutelar especificamente interesses diferentes⁷⁶⁸. A dificuldade

⁷⁶⁶ LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 7, 1972, p. 123-158, p. 126.

⁷⁶⁷ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91.

⁷⁶⁸ Nesse sentido, caminha a conclusão de PAOLO SPADA, em estudo específico sobre a tipologia das sociedades anônimas: “Pensare alle società per azioni piuttosto che alla società per azioni potrebbe rappresentare, in sede interpretativa, un’equilibrata – apertura – ad istanze emergenti: coerente, del resto, al fatto che lo stesso legislatore non ha esitato ad ancorare ad un presupposto certamente estraneo alla fattispecie osservata, come l’ammissione dei titoli azionario all’ quotazione di borsa, un regime differenziato della società per azioni. In questa tendenza interpretativa si inserisce, per esempio, il recente, stimolante tentativo di diversificare il giudizio di validità sulla clausola di gradimento in ragioni del fatto che la società, in concreto, faccia o non

da questão está em saber como determinar tais limites ou traçar restrições à autonomia privada dos agentes no ajuste e na modificação da estrutura legal das sociedades anônimas fechadas sem tentar aquilatar se essas modificações atribuem a ela caráter personalista ou capitalista – como já foi proposto pela doutrina⁷⁶⁹ –, mas sim identificar a barreira de flexibilidade do modelo societário examinado.

O desafio é relevante, já que não se pode interpretar e aplicar normas societárias de caráter geral às sociedades anônimas fechadas e abertas com o mesmo rigor metodológico⁷⁷⁰. Sustenta-se que os valores e interesses tutelados pelas normas são distintos e que nas anônimas fechadas é possível outorgar aos acionistas maior margem de liberdade para ajustar a estrutura societária aos seus interesses particulares, respeitados, obviamente, os limites do tipo societário.

Dessarte, não faz sentido examinar os limites da autonomia privada nas sociedades anônimas abertas e fechadas de forma conjunta e uniforme, desconsiderando os interesses tutelados por cada uma das estruturas societárias⁷⁷¹. Disso decorre a obrigatoriedade de examinar tais arquétipos separadamente, já que a função econômica, jurídica e social por elas exercidas são distintas.

Percebe-se, assim, que as diferentes formas de sociedades, como modelos ou subtipos estruturais de um negócio, não excluem a liberdade das partes de determinar a organização dessa estrutura, o conteúdo do contrato de forma diversa, mais complexa e articulada do que a que resulta do texto legal básico⁷⁷². Pelo contrário, os acionistas de uma sociedade anônima fechada têm autonomia para ajustar as regras expressamente previstas na

apelo al risparmio del pubblico nella formazione del próprio capitale di rischio.” (Cf. SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132, p. 129).

⁷⁶⁹ COMPARATO, Fábio K. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51; RIBEIRO, Renato Ventura. A lei das sociedades por ações e as companhias *intuitus personae*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 191-220.

⁷⁷⁰ Segundo FRANCESCO FERRARA: “A interpretação da lei deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada, por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei”, abrangendo o chamado “desenvolvimento do sentido da lei”, que pressupõe o estudo de elementos sociais e econômicos subjacentes. “O princípio que se alcança não é uma invenção do intérprete, mas a descoberta do direito que existe já em estado latente, no sistema positivo”. (Cf. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. portuguesa. 2. ed. Coimbra: Arménio Donato, 1963, p. 129).

⁷⁷¹ Como ressaltamos, se nas anônimas abertas há constantes apelos à poupança popular e a necessidade de proteger interesses difusos (como os do mercado), nas anônimas fechadas o sucesso do empreendimento depende do apetite de risco e do aporte de capital de um número determinado de acionistas (controladores e não controladores). Ademais, nas sociedades anônimas fechadas há necessidade mais evidente de tutelar os interesses dos acionistas individuais e/ou minoritários, na medida em que inexiste mercado líquido para o desinvestimento, nem entidade responsável (a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários) por zelar pelas boas práticas dos acionistas controladores.

⁷⁷² SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175.

Lei n. 6.404/76, sendo correto afirmar que o estatuto social se exprime como um instrumento de autorregulação de seus próprios interesses no âmbito da organização da sociedade⁷⁷³.

Pertinentes são os comentários de DIEGO CORAPI sobre ao processo de escolha (*opt-in e opt-out*) das normas societárias aplicáveis às anônimas fechadas e às abertas:

Em companhias abertas, as regras obrigatórias que proporcionam uma certa proteção ao público não podem ser substituídas por *opt-out-rules*, o que resultaria em libertar a administração da companhia da obrigatória observância de tais disposições. Por outro lado, as regras obrigatórias aplicáveis às companhias fechadas, que conferem certo grau de proteção aos acionistas minoritários, previnem contra o fenômeno contrário, decorrente das *opt-in-rules*, o que permitiria aos controladores um maior domínio sobre a companhia. (...) Por fim, é interessante observar que o caráter mais ou menos rígido da legislação de sociedades em razão da relevância das regras obrigatórias restritivas pode ser um fator determinante da escolha da lei à qual a companhia será submetida⁷⁷⁴.

CORAPI sustenta que a tendência de adoção de estruturas mais flexíveis nas sociedades teve duas consequências relevantes na forma de construir e interpretar as normas societárias. A primeira delas tem origem no Poder Legislativo e advém da regulação cada vez mais minuciosa dos diferentes tipos de sociedade, bem como na introdução paulatina de novos arquétipos contratuais nos mais diversos países. A segunda se origina na autonomia privada e relaciona-se com a maior liberdade de introdução de cláusulas nos estatutos pelos sócios, reduzindo, por conseguinte, o número de regras obrigatórias. A despeito desse crescimento da vontade das partes na determinação do conteúdo do contrato, a interpretação de tais normas tem se tornado mais restritiva, o que causa a mitigação das diferenças entre tipos societários estruturalmente semelhantes⁷⁷⁵.

O próximo passo será examinar alguns níveis de flexibilidade das regras que regulam as sociedades anônimas fechadas. Buscar-se-á definir a natureza dispositiva ou cogente de algumas delas para, com base nisso, encontrar o ponto de equilíbrio para a atuação da autonomia privada. Em outras palavras, quer-se entender o limite legal para a realização de ajustes na estrutura da sociedade, de acordo com as necessidades dos agentes, sem desnaturar o modelo paradigmático posto pela lei⁷⁷⁶.

⁷⁷³ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 38/39.

⁷⁷⁴ CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 23, ano 7, jan./mar. 2004, p. 131-141, p. 134; CORAPI, Diego. The contractual dimension of company law in Europe. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Oblazioni*, CIX, 2011, n.º 3, p. 571-587, p. 583.

⁷⁷⁵ CORAPI, Diego. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 23, ano 7, jan./mar. 2004, p. 131-141, p. 140.

⁷⁷⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 24/25.

Ao fim e ao cabo, pretende-se admitir, dentro de certos limites, variações no arquétipo legal, sem que se deixe de reconhecê-lo. Diante da riqueza e diversidade do tema, o assunto que particularmente nos interessa é a consequência jurídica de se incluir cláusula atípica no estatuto social de uma sociedade anônima, avaliando, ao fim e ao cabo, uma hipotética abertura, ainda que indireta, no seu regime jurídico.

2.5.1. Autonomia privada nas sociedades anônimas fechadas

O ato de subscrever ações de uma dada companhia, na sua constituição ou em operação de aumento do capital social, ou ainda tê-las adquirido em negociação na bolsa de valores, mercado de balcão ou transação privada, faz com que o indivíduo passe a se sujeitar a um complexo de disposições legais ou estatutárias que lhe assegura direitos e impõe obrigações em face da sociedade⁷⁷⁷.

Vimos que o estatuto social é o documento societário interno que contém as normas de regência que irão acompanhar a sociedade durante toda a sua existência, devendo conter os requisitos exigidos para a formação e caracterização do contrato de sociedade, tal como disposto no art. 981 do Código Civil e, também, as peculiaridades referentes às companhias, estabelecidas na Lei n. 6.404/76⁷⁷⁸.

Sabe-se que o poder de autorregrear interesses adquire particular importância no âmbito da atividade negocial. No direito societário, em especial, a autonomia privada significa autonomia estatutária, isto é, a possibilidade de os acionistas individualizarem as normas organizativas (*individuazione delle norme organizzative*) de determinado negócio societário aos seus interesses, respeitados os limites legais⁷⁷⁹.

O limite fundamental ao exercício da autonomia privada dos acionistas nas sociedades anônimas está no respeito aos traços fundamentais desse tipo societário, já examinados, a saber: (I) estrutura organizativa rígida, formada por órgãos sociais cujas

⁷⁷⁷ Como lecionam EGBERTO TEIXEIRA LACERDA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, acompanhados de LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES: esse conjunto de normas jurídicas define o estado jurídico de sócio (*status socii*) e suas consequências formam o chamado “estatuto jurídico do acionista”, ao qual o participante adere e se subordina, e cujo desconhecimento não pode alegar. Nesse sentido, no que diz respeito aos preceitos de ordem legal, aplica-se a presunção de ciência do acionista quanto ao seu conteúdo, enquanto que no tocante às provisões estatutárias o requisito da sua publicidade confere-lhes o caráter de irrecusabilidade. (Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 267). Na mesma direção: LEAES, Luis Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das S/As*. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 217.

⁷⁷⁸ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 3 e 267.

⁷⁷⁹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 39. Para aprofundamento sobre o tema ver: GIORDANO, Domenico. *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 29-163.

competências são indelegáveis; (II) o regime da responsabilidade limitada dos acionistas; e (III) a circulação das participações societárias ou a transmissão da posição jurídica de sócio.

Dito isso, não resta dúvida que o conteúdo do estatuto social resulta da combinação entre as regras e princípios cogentes previstos na lei e o grau de liberdade atribuído aos particulares para ajustar as normas organizativas aos seus interesses, sem violar a essência do tipo. O estatuto é, portanto, norma de organização interna que pode ser alterada pela autonomia privada dos participantes, da qual resulta a formação de um contrato de sociedade e a exploração de uma atividade⁷⁸⁰.

Precisas são as lições de DIEGO CORAPI quanto ao conteúdo do estatuto social:

Il contenuto degli statuti delle società per azioni riguarda, pertanto, il tipo di struttura organizzativa che viene posto in essere per la realizzazione dei fini sociali: le norme degli statuti disciplinano, infatti, i diversi organi della società, le loro competenze, le modalità per la loro formazione e funzionamento. Proprio perchè riguarda il tipo di struttura organizzativa, il contenuto degli statuti non è interamente rimesso alla libera determinazione dei soci contraenti, ma è in larga parte già predisposto dalla legge. (...) La caratteristica della società per azione come contratto associativo è che l'interesse dei soci contraenti viene realizzato attraverso lo svolgimento di una attività e quindi impone la predisposizione nel contratto di una organizzazione di tale attività⁷⁸¹.

Percebe-se, pois, que as normas de organização interna, especialmente aquelas relacionadas à formação e ao funcionamento dos órgãos societários, constituem verdadeiro limite à autonomia privada das partes para estruturar o estatuto social de uma sociedade anônima. DIEGO CORAPI faz argutas observações sobre a natureza cogente das regras e princípios que disciplinam a estrutura organizativa da sociedade anônima (i.e., assembleia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal):

(...) una volta scelto un tipo legislativamente prefissato e quindi già valutato, esse rimangono vincolate alla regolamentazione legale. Le eventuali modificazioni non possono toccare elementi essenziali e non devono risultare incompatibili con il tipo prescelto.

Di qui la caratteristica conseguenza che la strutture organizzative di una società per azioni in concreto debbono tutte presentare necessariamente una identica serie di organi: assemblea; consiglio di amministrazione; collegio sindacale. Ciò non toglie, che – sempre per restare all'esempio della società per azioni – con previsione statutaria predisposta dalle parti si possano introdurre nuovi organi e articolare o complicare in modo diverso la struttura degli organi necessari: così è possibile che nella struttura della società sia prevista la formazione di un collegio di probiviri o di arbitri per la risoluzione di controversie tra i soci e società o tra i soci; è altresì possibile che accanto all'assemblea generale dei soci siano articolate assemblee speciali o assemblee separate; è infine possibile che la struttura del consiglio di amministrazione sia resa più complessa dalla presenza di un comitato esecutivo o di un amministratore delegato. Anche in questi ipotesi,

⁷⁸⁰ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 119, 136 e 224.

⁷⁸¹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 141-142.

comunque, l'organizzazione di fatto della società e la normativa statutaria che la predispone incontrano un limite nei principi organizzativi fissati dalla legge in generale per quel tipo di struttura contrattuale associativa⁷⁸².

Essa sistemática, no entanto, não tolhe a liberdade das partes de ajustar o texto da lei e do estatuto social aos seus interesses. TULLIO ASCARELLI, na sua tradicional profusão de ideias, compara o processo de customização das regras estatutárias ao trabalho de um alfaiate na confecção de um terno sob medida.

Toda sociedade anônima necessita, em certo sentido, de uma lei que lhe seja peculiar, e esta lei peculiar, que é o estatuto social, embora ligada a um esquema geral, deve necessariamente ser diferente nos vários casos, ou responder aos particulares problemas e às particulares exigências de cada situação. Entre o esquema geral e o estatuto elaborado para um caso especial, há um pouco a diferença que se verifica, permita-se a imagem, entre um terno comprado feito e um terno mandado fazer sob medida. A praxe dos estatutos das sociedades anônimas deu assim origem a uma série de instituições, às vezes visando um reforço do poder dos diretores, outras vezes um reforço da tutela minoritária⁷⁸³.

Ocorre que, no âmbito das sociedades anônimas, existe um constante desafio para manter a coerência do tipo societário em razão da incerteza quanto à derogabilidade ou à inderrogabilidade dos enunciados normativos que formam seu sistema jurídico, especialmente daqueles que a Lei n. 6.404/76 não indica como dispositivos ou imperativos⁷⁸⁴. A dificuldade, porém, não se restringe ao direito brasileiro, como se extrai da ponderação do italiano DIEGO CORAPI:

Nello statuto potranno così disciplinarsi clausole particolari riguardanti la posizione del socio, il suo conferimento e le eventuali prestazioni accessorie, la distribuzione di utili, la circolazione delle azioni e diritti di prelazione; ovvero clausole particolari riguardanti l'organo assembleare, le modalità per la sua convocazione e per le deliberazioni; ovvero clausole particolari riguardanti l'organo amministrativo, la nomina, la revoca e i poteri degli amministratori; ovvero, infine, clausole particolari riguardanti l'organo di controllo. In tutti i casi, per determinare la loro validità, si pone il problema del loro rapporto con la disciplina legale sull'organizzazione delle società per azioni. Anche quando la deroga convenzionale sia espressamente prevista dalla legge, infatti, sorge il problema dei limiti entro cui essa è ammessa. Si tratta in sostanza di determinare i limiti dell'autonomia privata nella costituzione della società per azione⁷⁸⁵ (...).

As regras relacionadas ao funcionamento da assembleia geral e à competência do conselho fiscal trazem bons exemplos com relação à extrapolação ou não do exercício da

⁷⁸² CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 110-111.

⁷⁸³ ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 23.

⁷⁸⁴ SPADA, Paolo. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132, p. 101/121; CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 147.

⁷⁸⁵ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 14.

autonomia privada dos acionistas na criação de cláusulas estatutárias. Indaga-se, por exemplo, se seria válida (I) previsão estatutária por meio da qual os acionistas transferem da assembleia geral ordinária para a extraordinária a competência para eleição dos administradores, ou, ainda, (II) regra que eleva o quórum para instalação da assembleia em segunda convocação e, por fim, (III) cláusula que outorga ao conselho fiscal a competência para resolver conflito entre os sócios entre si e em face da sociedade.

As hipóteses não são cerebrinas; foram mencionadas por DIEGO CORAPI a partir do exame da jurisprudência italiana. No primeiro caso, a cláusula foi tida como válida, apesar de violar norma societária inderrogável que estabelece a função de cada espécie de assembleia. O argumento que fundamentou a conclusão foi o de que a transferência de competência elevou o rigor normativo para aprovação das matérias, razão pela qual não feriu o interesse público, nem de terceiros, além de não ter atrapalhado o desenvolvimento da atividade social⁷⁸⁶.

No segundo caso, entendeu-se que a cláusula estatutária era nula com base no argumento de que a elevação do quórum poderia tornar impossível o funcionamento do órgão social⁷⁸⁷. No terceiro, também concluiu-se pela nulidade da cláusula, já que não cabe

⁷⁸⁶ O autor italiano faz críticas à conclusão e traz à tona um novo argumento: justificar a derrogação de uma norma societária inderrogável pelo fato de que a alteração eleva o rigor normativo, ao invés de atenuá-lo, não pode ser válido para todo e qualquer caso, especialmente porque a inderrogabilidade da regra pode estabelecer o máximo rigor normativo da regra e não o mínimo. Parece-nos que a mesma cláusula teria sua nulidade decretada no Brasil, em razão do princípio da indelegabilidade das competências da assembleia geral, tanto da ordinária (art. 132 da Lei n. 6.404/76) quanto da extraordinária (art. 135 da Lei n. 6.404/76). O raciocínio do autor desenvolve-se da seguinte forma: “Cosi, per stabilire la validità della clausola statutaria che, in deroga all’art. 2364, 1° comma, n.2, cod. Civ., attribuisce il provvedimento di nomina dell’amministratore alla competenza dell’assemblea straordinaria si è dovuto anzitutto esaminare quale sia il fondamento della distinzione tra assemblea ordinaria e assemblea straordinaria. Costatato che tale distinzione ‘non suscita un problema di competenza tra organi diversi, perchè in entrambi i casi è sempre lo stesso organo sociale che agisce, l’assemblea, ma ha riguardo ad un diverso ordinamento di modo di operare dell’organo stesso, in relazione alla diversa importanza degli affari da trattare’, si è potuto affermare che la clausola statutaria controversa non ha la funzione di attribuire all’assemblea una qualifica, quella di ‘straordinaria’, che ad essa non si attaglia secondo la legge, ma che essa viene posta dai soci allo scopo di prescrivere una forma piuttosto che un’altra alla deliberazione riguardante la nomina degli amministratori. Fissati in questo modo i termini del problema, si è allora concluso che, pur se le disposizioni di legge relative alle garanzie predisposte nell’interesse sociale per la validità delle deliberazioni appaiono in linea di principi di ordini pubblico e quindi inderrogabili, tuttavia una deroga, quale quella prevista dalla clausola in esame, diretta cioè a rendere più rigorosa la disposizione legislativa, non può ledere interessi pubblici o di terzi ovvero turbare il normale svolgimento delle attività sociali. Non sembra, peraltro, che le deroghe ad una disciplina legislativa inderogabile possano ritenersi sempre valide soltanto per il fatto che con esse non si attenua ma si rende più rigorosa tale disciplina. Invero, l’inderrogabilità della disciplina può essere volta ad ottenere non solo un minimo, ma anche el massimo di rigori normativo. Ciò dipende, naturalmente, dagli interesse che con quella disciplina si intendono tutelare e ciò dipende, altresí, dalla struttura societaria tipica in cui tali interesse vengono espressi. Per affermare la validità della clausola in esame, in definitiva, appare in ogni caso decisivo il confronto con la struttura tipica della società per azioni.” (Cf. CORAPI, Diego. Gli statuti delle società per azioni. Milano: Giuffrè, 1971, p. 173/175).

⁷⁸⁷ Nas palavras de CORAPI: “Analogo discorso, ma con diversa soluzione, è stato ripetuto nel caso di una clausola che, in deroga alla disposizione dell’art. 2369 cod. Civ., richiede, per la valida costituzione

aos sócios definir a competência do conselho fiscal, muito menos atribuir a ele prerrogativas e funções diversas daquelas definidas pela lei⁷⁸⁸.

Na tentativa de reduzir essa incerteza, BULHÕES PEDREIRA assevera que a identificação das normas cogentes da Lei n. 6.404/76 baseia-se na função que cada norma exerce no sistema jurídico da companhia (incluindo abertas e fechadas), bem como nos interesses que ela protege. Na síntese do autor:

a) em matéria dos direitos dos acionistas, a liberdade de contratar é limitada devido à possibilidade de grande número de acionistas, à circulabilidade das ações, à natureza das ações como valores mobiliários e à necessidade de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de capitais; b) como nenhum acionista responde pelas obrigações sociais além do capital com que contribuiu, a eficácia da responsabilidade patrimonial e a proteção dos credores depende do instituto do capital social, e grande número de normas da lei visa assegurar a fixidez, a realidade e intangibilidade desse capital; c) o regime do capital social e a proteção dos interesses dos investidores dos mercados de capitais, assim como a determinação dos direitos de participação no lucro da companhia requerem normas sobre demonstrações financeiras e apuração e distribuição de resultados, que são cogentes; d) os valores mobiliários – que a companhia tem o privilégio de emitir – são regulados por normas legais cogentes para proteger seus titulares e os investidores de mercado; e) o funcionamento eficiente da organização da companhia, que pode atingir grande dimensão, requer a definição legal da

dell'assemblea ordinaria in seconda convocazione, la presenza di una determinata percentuale del capitale sociale. Si è sostenuta la sua nullità, non solo sulla base della lettera della norma legislativa, ma anche e soprattutto in quanto essa appare suscettibile di turbare lo svolgimento della vita sociale. Dai 'principi ispiratori' della disciplina legislativa della società per azioni risulta, invero, che l'assemblea ordinaria è organo di capitale importanza per la vita della società ed è essenziale perciò che le norme statutarie garantiscano la possibilità del suo funzionamento. La clausola statutaria che sancisca un quorum per la costituzione dell'assemblea maggiore di quello sancito dalla legge potrebbe invece rendere impossibile il funzionamento di tale organo ed è per questo motivo da considerarsi nulla. Nè vale obiettare che le clausole siffatte possono corrispondere alle effettive esigenze dei soci, che, specialmente in una società per azione di carattere familiare, cercano di creare un delicato equilibrio tra le rispettive posizioni. È facile rispondere che se per le parti contraenti le clausole in questione avevano importanza essenziale, 'esse avrebbero dovuto scegliere un altro tipo di società (per esempio la società a r.l. per la quale l'art. 2486, comma 1° cod. civ. prevede la possibilità di una deroga statutaria al quorum costitutivo dalla legge. Anche rispetto alla clausola statutaria che fissa il quorum costitutivo delle assemblee di società per azione va ribadito, in definitiva, che il limite della sua validità è costituito dalla intangibilità di quelle norme che definiscono il tipo legale società per azioni.' (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 174/175).

⁷⁸⁸ Destaca o autor: “ (...) si è osservato altresì che i soci non possono – operando in una sfera riservata esclusivamente alla disciplina normativa – attribuire al collegio dei sindaci con carattere istituzionale, prerogative e compiti non solo diversi, ma addirittura incompatibili con quelli ad essi conferiti dalla legge. Alla stregua dei criteri per stabilire i limiti di validità delle clausole statutarie atipiche, che si sono messi in luce nel corso di questa indagine, tale obiezione sembra, in effetti, insuperabile. Essa si fonda, infatti, su una considerazione complessiva della disciplina legislativa dell'organo sindacale nelle società per azioni, da cui risulta evidente la sua funzione tipica di assicurare il regolare funzionamento degli altri organi societari, nell'interesse della società. Le clausole statutarie relative a tale organo possono ampliare o modificare tale funzione o i modi del suo esercizio, ma non possono spingersi fino al punto di aggiungere altri compiti con essa in contrasto. L'attribuzione al collegio sindacale della funzione arbitrale, che presuppone una equidistanza del giudicante rispetto alle parti, è incompatibile con la sua funzione tipica prevista dalla legge ed invalida è, pertanto, la clausola statutaria che preveda tale attribuzione.” (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 180-181). No mesmo sentido: NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle Società*, ano XIII, fasc. 1, gen/feb, 1968, p. 175-192, p. 176-185.

estrutura interna e a disciplina dos seus órgãos, a fim de dar segurança às relações com terceiros e proteger os interesses de acionistas minoritários e investidores do mercado; f) o regime de publicidade dos atos da companhia também visa proteger tanto acionistas quanto credores e investidores⁷⁸⁹.

Ainda que a categorização do autor seja passível de críticas em um ou outro aspecto, parece-nos que ela representa um bom ponto de partida para nortear o exame da matéria⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. _____. LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias* (coords.). Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 172-173.

⁷⁹⁰ MELVIN ARON EISENBERG propõe uma sistemática distinta para identificar o caráter dispositivo ou cogente das normas aplicáveis às sociedades anônimas fechadas. Na visão do autor, as regras societárias podem ter sua origem conectada a fontes diversas; algumas decorrem de atos unilaterais de órgãos societários, diretores ou conselheiros ou pela prática do mercado em que a sociedade está inserida; outras por contrato ou outras formas de acordos ou pela própria força da lei. As mais relevantes, no entanto, são as regras que coordenam a organização interna da sociedade e a conduta dos seus principais órgãos e agentes. Do ponto de vista formal, as regras constitutivas da sociedade podem ser classificadas em três principais categorias: (i) outorgativas ou permissivas (*enabling rules*) – caracterizadas por outorgar eficácia às normas criadas pelos órgãos ou agentes da sociedade; (ii) supletivas (*suppletory or default rules*) – regulam assuntos somente diante da falta de previsão no contrato ou estatuto social; (iii) imperativas ou cogentes (*mandatory*) – disciplinam matérias que não podem ser reguladas pelos órgãos ou agentes da sociedade. A estrutura normativa de uma sociedade depende não apenas da compreensão dessas fontes criativas e dos limites que cada uma delas deve respeitar, mas também do tipo societário que se pretende disciplinar; nesse sentido, merecem destaque dois principais subtipos: as sociedades anônimas abertas e as fechadas. Além disso, é preciso destacar a natureza das regras que serão examinadas, dividindo-as em estruturais, distributivas ou fiduciárias; estruturais são aquelas que disciplinam o fluxo de informação entre os agentes e órgãos da sociedade, bem como a alocação de poderes entre eles e a competência para tomar decisões em nome da sociedade; distributivas governam a distribuição de lucros ou reembolso relacionados ao exercício da atividade empresarial da sociedade; e fiduciárias regulam os deveres fiduciários dos acionistas (controladores e não controladores) e dos administradores da sociedade. Nas sociedades anônimas fechadas as regras societárias são geralmente determinadas a partir de um processo de negociação/barganha entre as partes. O fato das normas que regulam a estrutura e o funcionamento da sociedade serem permissivas, dispositivas ou mandatórias dependerá da força e da extensão da negociação mantida entre as partes contratuais. Em razão disso, tem-se que o núcleo de atuação das regras estruturais e distributivas deveria ser permissivo ou dispositivo, ao passo que o núcleo de atuação das regras fiduciárias deveria ser imperativo. No que diz respeito às sociedades anônimas abertas, nas quais raramente existe negociação entre as partes contratantes na definição das regras constitutivas, o fato das normas que regulam a estrutura e o funcionamento da sociedade serem permissivas, dispositivas ou mandatórias dependerá dos limites de regras privadas não contratuais, cuja força está relacionada à existência ou não de situações de conflito de interesse; em regra, entende-se que o núcleo das regras estruturais e fiduciárias devem ser imperativos, não admitindo alteração pela vontade dos acionistas, enquanto o núcleo das regras dispositivas comportam essa variação. É bastante comum que os acionistas de estruturas societárias de menor porte – sociedades anônimas fechadas – entabulem uma série de negociações para estabelecerem regras societárias, sendo o resultado dessas barganhas definitivo, independentemente das condições negociadas serem razoáveis ou justas para os acionistas ou para a sociedade. Isso porque se presume que os participantes estão bem informados sobre o negócio societário que lhes foi apresentado, bem como atuarão como os melhores juízes na determinação das regras que melhor protegerão seus interesses. A partir dessa premissa, a teoria societária entende que o núcleo de regras societárias estruturais e distributivas em sociedades anônimas fechadas deve ter a natureza permissiva ou supletiva ao invés de imperativa, permitindo que as partes tenham maior liberdade para regular seus próprios interesses. O raciocínio se altera quando se examina regras societárias estruturais e distributivas periféricas, cuja natureza deve ser imperativa. Explica-se: o princípio da barganha baseia-se na lógica de que uma parte bem informada é a melhor preparada para decidir sobre seus próprios interesses. No entanto, se esta parte não está bem informada ou não tem condições de entender os reais efeitos da barganha, o princípio perde parte da sua força vinculativa. Por exemplo, é bastante comum os tribunais se recusarem a aplicar regras decorrentes de negociações entre as partes em casos envolvendo a liquidação da sociedade ou o pagamento de indenizações, examinando essas estipulações para fins de avaliar se elas estabelecem montantes razoáveis para pagamento aos acionistas em tais situações. A principal razão para esse tratamento especial decorre do fato das partes contratantes não estarem interessadas ou não darem a devida atenção para a negociação de previsões relacionadas à liquidação da sociedade e/ou pagamento de futuras indenizações, em

Concordamos, nesse particular, com CORAPI, no sentido de que a análise acerca da validade ou da invalidade de cláusulas estatutárias resultantes do exercício da autonomia privada dos acionistas deve ser sempre realizado caso a caso, a partir da sua congruência com as normas inderrogáveis que formam os núcleos organizativo e tipológico das sociedades anônimas, anteriormente examinados.

Vejamos, agora, algumas previsões constantes na Lei n. 6.404/76 na tentativa de averiguar a natureza dos comandos que elas impõem aos acionistas.

2.5.2. Lei n. 6.404/76: análise por amostragem

Como o subtítulo já denota, a análise seguiu a lógica da amostragem. O objetivo de realizar o exame de alguns dispositivos legais da Lei n. 6.404/76 com base nesse critério foi tentar reproduzir, em grau bastante reduzido, o universo de normas societárias aplicadas às sociedades anônimas, ainda que com uma margem de erro considerável. Os artigos escolhidos dizem respeito (i) a uma situação jurídica passiva consubstanciada na obrigação do acionista de integralizar o capital social (art. 106 e respectivos parágrafos) e (ii) no rol de situações jurídicas ativas essenciais do acionista, mais especificamente nos seus direitos individuais (art. 109 e respectivos parágrafos).

Começemos pela previsão do art.106 da Lei das S/As, cujo *caput* determina: “O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas”. Depreende-se do texto legal que o acionista está obrigado a integralizar a parcela do capital social da companhia correspondente às ações subscritas ou adquiridas por ele, tendo o estatuto social

razão de o seu interesse estar focado nas cláusulas contratuais que regerão deveres e obrigações societários ou o desempenho da sociedade na exploração do seu objeto social e não em regras relacionadas a uma quebra contratual ou a própria dissolução ou liquidação da sociedade. De mais a mais, mesmo nos casos nos quais as partes dedicam atenção a essas previsões, elas geralmente fracassarão no entendimento das suas reais implicações, mormente porque elas dificilmente saberão contingenciar corretamente situações futuras e incertas no momento da assinatura de um contrato de longa duração e execução continuada como o de sociedade, em especial nas sociedades anônimas fechadas. Nesse sentido, existe uma tendência das partes cometerem erros sistemáticos quando comparam o valor de custos e benefícios presentes com custos e benefícios futuros, havendo uma tendência de subestimar os riscos e incertezas existentes. A dificuldade em prever e planejar eventos futuros, bem como seus impactos na continuidade dos negócios de uma sociedade permitiria que um acionista oportunista – que controla um ou mais aspectos de uma sociedade fechada – tenha ampla margem para barganhar e explorar regras favoráveis aos seus interesses no que concerne à estrutura e à distribuição de lucros numa sociedade, que pareceriam justas no momento da contratação. É, portanto, praticamente impossível enfrentar de forma adequada o problema de comportamentos oportunistas *ex post* a partir de regras estabelecidas *ex ante*; logo, apesar do objetivo de permitir a barganha entre as partes ser justamente proteger legítimas expectativas, outorgar eficácia integral as barganhas dos acionistas em regras societárias estruturais e distributivas pode violar expectativas razoáveis. (EISENBERG, Melvin Aron. The Structure of Corporation Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1461 -1525).

e/ou o boletim de subscrição boa margem/liberdade para estabelecer e determinar as condições que irão regular a prática desse ato (se em dinheiro ou bens, por exemplo). Trata-se, portanto, de regra dispositiva que impõe uma obrigação ao acionista – integralizar o capital –, mas lhe outorga espectro de atuação quanto à forma do seu cumprimento.

O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo dispõe que:

§ 1.º Se o estatuto e o boletim forem omissos quanto ao montante da prestação e ao prazo ou data do pagamento, caberá aos órgãos da administração efetuar chamada, mediante avisos publicados na imprensa, por 3 (três) vezes, no mínimo, fixando prazo, não inferior a 30 (trinta) dias, para o pagamento.

A primeira parte do §1.º contém norma de natureza supletiva, aplicável sempre que o estatuto social ou o boletim de subscrição silenciarem quanto ao montante da prestação, o prazo ou a data do respectivo pagamento. Assim, supondo que foi realizada a entrada mínima legal (art. 80, II), os acionistas aguardarão a chamada a ser convocada pelo conselho de administração ou pela diretoria, conforme o caso, para a integralização do restante do capital subscrito. A segunda parte do dispositivo que trata do prazo para integralização do montante faltante de capital pelo acionista é de natureza cogente e, portanto, rígida e de cumprimento obrigatório pela administração da companhia. Inexiste, portanto, qualquer margem de atuação da autonomia privada do acionista ao regular a hipótese.

Esse caráter imperativo se explica em virtude da relevância do procedimento exigido tanto para a formação do capital social da companhia quanto para a constituição em mora do acionista, razão pela qual a publicação na imprensa, por três vezes, no mínimo, fixando prazo não inferior a trinta dias, não poderá ser suprida por qualquer outra forma, como pelo encaminhamento de carta registrada ou pela notificação por meio de Cartório de Títulos e Documentos. A publicação dos avisos, nos moldes do art. 289 da Lei n. 6.404/76⁷⁹¹, é incontornável⁷⁹².

O parágrafo segundo do art. 106 estabelece que:

§ 2.º O acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora, sujeitando-se ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

⁷⁹¹ O *caput* do art. 289 da Lei n. 6.404/76 assim estabelece: “As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.”

⁷⁹² TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 271.

A análise do dispositivo não deixa margem para dúvida no que se refere ao procedimento estatutário ou legal para constituição em mora do acionista remisso, nem aos consectários legais e contratuais a que ele estará sujeito em razão do atraso. Porém, o ponto que se quer destacar é outro e diz respeito a um dos aspectos econômicos da ação, como valor mobiliário, qual seja: a possibilidade de o atraso na integralização restringir os potenciais benefícios auferidos pelo acionista ao final do exercício social positivo (i.e. distribuição de dividendos).

Dito de outra forma, deve-se necessariamente distribuir às ações subscritas, mas não integralizadas (mas ainda não constituídas em mora) o mesmo montante de dividendos a que teriam direito as ações tempestivamente integralizadas? Seria possível atribuir dividendos superiores às últimas, em virtude da obrigação dos acionistas já ter sido cumprida, dentro ou mesmo antes do prazo previsto pelo estatuto social ou pelo boletim de subscrição? Qual o limite da autonomia privada nesse caso?

A questão é polêmica e de grande relevância prática. Para CUNHA PEIXOTO, cuja opinião foi emitida ainda na vigência do Decreto n. 2.627/40, deve-se se aplicar à situação o princípio segundo o qual, no silêncio do contrato ou estatuto, os lucros devem ser repartidos entre os acionistas de acordo com a efetiva contribuição de cada um para o capital da sociedade, com embasamento no art. 330 do vetusto Código Comercial⁷⁹³. Em outras palavras, se o acionista não realizou o aporte (integralizando sua parcela do capital) no prazo estabelecido, não deve perceber dividendos⁷⁹⁴.

A despeito da abalizada posição, concordamos com a opinião de EGBERTO TEIXEIRA LACERDA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO no sentido de que qualquer preferência, prioridade, inclinação em favor da vontade particular dos acionistas constitui fato excepcional no regime jurídico das sociedades anônimas. Logo, diante do silêncio do estatuto, da falta de resolução clara e prévia da assembleia geral e do fato de que os titulares das ações não integralizadas não foram constituídos em mora (pois o atraso ainda não foi configurado legalmente), reconhecer às ações integralizadas o direito a dividendo maior que o destinado às ações não integralizadas (mas ainda não constituídas em mora, nos termos da parte final do §1.º do art. 106) seria como criar preferência não desejada pelos acionistas, nem autorizada pela sistemática legal.

⁷⁹³ “Art. 330. Os ganhos e perdas são communs a todos os socios na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social; salvo se outra cousa for expressamente estipulada no contracto.”

⁷⁹⁴ CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedades por ações*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 297.

A diversidade na distribuição de dividendos somente seria admissível quando expressamente prevista pelos estatutos e depois de evidenciada a mora do acionista em realizar sua obrigação de integralizar o capital. A justificativa para esse posicionamento é simples: a regra da igualdade de tratamentos dos acionistas (art. 109, §1.º) não permite, salvo previsão estatutária e constituição em mora do acionista retardatário, conceder dividendos diferenciados às ações integralizadas em detrimento das não integralizadas⁷⁹⁵.

Em síntese, diante do silêncio do estatuto à época da realização do capital subscrito e da partilha dos resultados sociais entre as ações não integralizadas e as ações antecipada ou tempestivamente integralizadas, e também, da falta de chamada regular por parte dos órgãos da administração para cumprimento da obrigação de realizar o capital, as ações da mesma classe devem ser contempladas com o mesmo dividendo, quer estejam ou não integralizadas.

Trata-se, portanto, de norma de natureza dispositiva que permite a regulação da situação pela autonomia privada das partes, desde que respeitado o procedimento legal para a constituição em mora do acionista. Logo, é uma norma societária de natureza mista, pois, ao mesmo tempo em que é plenamente possível que os estatutos prevejam a diversidade dos dividendos a cada ação (integralizada ou não), é indispensável que o acionista tenha sido constituído em mora, nos termos do §2.º do art. 106⁷⁹⁶.

Vencida a *primera* hipótese, passemos à segunda. O *caput* do art. 109 estabelece:

Nem o estatuto social nem a assembleia 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; V – retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

Ao disciplinar os direitos essenciais dos acionistas, o legislador trilhou o mesmo caminho do art. 78, § único do Decreto-Lei n. 2.627/40, com a ressalva de pequenos ajustes técnicos. Não nos interessa neste momento examinar as funções exercidas pelos direitos individuais dos acionistas na estrutura jurídica das sociedades anônimas, nem sua relevância para a estabilização das relações internas de poder na companhia – o que será realizado no item a seguir. Nosso interesse, por ora, é mais restrito: destacar o caráter cogente da previsão

⁷⁹⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 272.

⁷⁹⁶ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 272/273.

legal, cujos direitos não podem ser suprimidos ou derogados, nem pela assembleia geral, nem pelo estatuto social.

Dito isso, a riqueza da nossa lei societária nos permite expandir o debate aos parágrafos que complementam o modelo referencial do art. 109. A cogência absoluta se mantém na previsão dos §§ 1.º e 2.º, que regulam (i) o direito ao tratamento igualitário entre os acionistas da mesma classe de ações e (ii) os meios, ações, processos de que o acionista dispõe para assegurar o exercício de seus direitos, respectivamente:

§ 1.º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2.º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral.

Contudo, a situação se altera na previsão do § 3.º do mesmo dispositivo legal:

§ 3.º 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.

Quanto a esse último dispositivo, a interpretação que nos parece a mais adequada caminha no sentido de que a lei privilegiou a vontade dos acionistas em matéria jurídica de extrema relevância, relacionada ao direito constitucional de acesso à Justiça, previsto no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal e também regulado pela Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem). Entende-se que os acionistas, controladores e não controladores, estão autorizados a exercer sua autonomia privada para modelar o tipo societário e escolher o método de resolução de conflitos que entendam mais ajustado para dirimir divergências entre si e/ou com a companhia, sendo a regra geral, na ausência de manifestação de vontade das partes, o encaminhamento do conflito ao Poder Judiciário.

A título de fechamento, cumpre registrar que a pesquisa foi quantitativamente estendida e identificou inúmeras outras normas jurídico-societárias na Lei 6.404/76 que também admitem construções estatutárias a partir da vontade dos acionistas. Sem embargo, por uma questão de clareza e organização do texto, optou-se pela sua listagem em nota de rodapé, sem considerações de cunho material⁷⁹⁷.

⁷⁹⁷ Dentre elas se destacam as seguintes previsões (sempre acompanhadas do dispositivo que lhes dá o devido suporte legal): o estabelecimento ou não de ações com valor nominal e a criação de uma ou mais classes de ações preferenciais com valor nominal (art. 11); a definição de preferências ou vantagens que serão atribuídas aos acionistas sem direito a voto, ou com voto restrito, além das previstas no artigo 17 (art. 17, § 2.º); determinar se o dividendo prioritário é ou não cumulativo, se a ação com dividendo fixo participa ou não dos lucros remanescentes, bem como se a ação com dividendo mínimo participa ou não dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo (art. 17, § 4.º); conferir às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo, o direito de

recebê-lo, no exercício em que o lucro for insuficiente, à conta das reservas de capital de que trata o § 1.º do art. 182; criar ação com privilégio especial, nas companhias objeto de desestatização (art. 17; § 7.º); assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração e subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais (art. 18); declarar as vantagens ou preferências atribuídas a cada uma das ações preferenciais e as restrições a que ficarão sujeitas, podendo, também, prever o resgate ou a amortização, a conversão de ações de uma classe em ações de outra e em ações ordinárias, e destas em preferenciais, fixando as respectivas condições (art. 19); determinar a forma das ações e a conversibilidade de uma em outra forma (art. 22); autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados (art. 34); autorizar a instituição depositária a cobrar do acionista o custo do serviço de transferência da propriedade das ações escriturais, observados os limites máximos fixados pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 34, § 3.º); 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 (art. 36); autorizar a aplicação de lucros ou reservas no resgate ou na amortização de ações, determinando as condições e o modo de proceder-se à operação (art. 44); estabelecer se o resgate de ações de uma ou mais classes necessitará de aprovação de acionistas que representem, no mínimo, a metade das ações da(s) classe(s) atingida(s) (art. 44, § 6.º); prever normas para a determinação do valor de reembolso, que somente poderá ser inferior ao valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia geral, observado o disposto no § 2.º, se estipulado com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação (art. 45, § 1.º); determinar as condições de alienação de partes beneficiárias pela companhia (art. 47); prever a conversão das partes beneficiárias em ações, mediante capitalização de reserva criada para esse fim (art. 48, § 2.º); dispor sobre a criação e emissão de debêntures (art. 53 c/c 59); autorizar o conselho de administração a, dentro dos limites do capital autorizado, deliberar sobre a emissão de debêntures conversíveis em ações, especificando o limite do aumento de capital decorrente da conversão das debêntures, em valor do capital social ou em número de ações, e as espécies e classes das ações que poderão ser emitidas (art. 59, § 2.º); regular a forma e a competência para a emissão de bônus de subscrição dentro do limite de aumento de capital autorizado no estatuto (art. 75); precisar as condições para o acionista realizar a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas (art. 106); prever que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, sejam solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar o estatuto (art. 109, § 3.º); estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista (art. 110); deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109 (art. 111); determinar o prazo (não superior a três exercícios consecutivos) para que as ações preferenciais sem direito de voto ou com o direito restrito adquiriram plenamente o exercício desse direito, caso a companhia deixe de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus. O estatuto poderá condicionar a eficácia desses dispositivos a partir do término da implantação do empreendimento inicial da companhia (art. 111); criar rol de obrigações, adicionais às legais, cujo descumprimento por parte do acionista suspenda o exercício dos seus direitos (art. 120); regular as condições e requisitos de convocação e instalação da assembleia geral dos acionistas (art. 121 e art. 123); exigir dos titulares de ações escriturais ou em custódia, nos termos do art. 41, a apresentação ou o depósito na sede da companhia de comprovante expedido pela instituição financeira depositária, além do documento de identidade (art. 126, inciso II); regular a composição da mesa de trabalhos da assembleia (art. 128); nas companhias fechadas aumentar o quórum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias (art. 129, § 1.º); regular a hipótese de empate em deliberações societárias (art. 129, § 2.º); definir a estrutura e a forma de administração da companhia (arts. 138 e 144); determinar as regras para a constituição do conselho de administração da companhia (art. 140); exigir a manifestação do conselho de administração em determinados atos e contratos a serem firmados pela companhia (art. 142, inciso VI); disciplinar o procedimento para a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias pela companhia a obrigações de terceiros (art. 142, inciso VIII); exigir que determinadas decisões de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria (art. 143, § 2.º); prever que o exercício do cargo de administrador seja assegurado, pelo titular ou por terceiro, mediante penhor de ações da companhia ou outra garantia; regular a substituição e o término da gestão dos membros do conselho de administração (art. 150); na hipótese do dividendo obrigatório ter sido fixado em 25% ou mais do lucro líquido, atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 0,1 (um décimo) dos lucros (artigo 190), prevalecendo o limite que for menor (art. 152, § 1.º); disciplinar o funcionamento do conselho fiscal (art. 162); prever autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária (art. 168); autorizar que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia geral, outorgue opção de compra de ações

De tudo o que foi dito, evidencia-se que no conjunto de 300 artigos constantes na Lei n. 6.404/76 existe um número bastante significativo de previsões dispositivas que permitem aos acionistas, em maior ou menor grau, dependendo do caso, exercerem sua autonomia privada, ajustando o estatuto social da companhia às necessidades da atividade econômica que exploram.

Entendemos que a riqueza e a complexidade do tema exigem constante atenção para os limites da autonomia privada no processo formativo das sociedades e no desenho de estruturas organizativas distintas daquelas reconhecidas pela lei e/ou pela prática societária, com a devida cautela para não desnaturar os elementos essenciais do tipo. Feito esse alerta, vejamos um possível alinhamento da relação entre a autonomia privada e o direito de recesso nas sociedades anônimas fechadas, cujo produto é o recesso estatutário, anteriormente estudado.

a) Recesso estatutário: hipótese prática

Como destacamos no Item 2.2.3, alínea “a” acima, uma hipótese em que se materializa a problemática em torno dos limites da autonomia privada no desenho do estatuto social de uma sociedade anônima fechada diz respeito à possibilidade de estender as hipóteses legais de recesso. Após ressaltar as diferenças legais e tipológicas entre os subtipos das abertas e das fechadas, definir os núcleos cogentes do tipo e examinar a natureza das

a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle (art. 168, § 3.º); regulamentar o procedimento de aumento de capital social da companhia (art. 170, § 5.º); fixar prazo de decadência, não inferior a 30 dias, para o exercício do direito de preferência (art. 171, § 4.º); excluir, nas companhias fechadas, o direito de preferência para subscrição de ações nos termos de lei especial sobre incentivos fiscais (art. 172, parágrafo único); fixar o início e o término do exercício social da companhia (art. 175); regular a destinação a ser dada ao lucro líquido do exercício (art. 192); criar reservas estatutárias, desde que, para cada uma: indique, de modo preciso e completo, a sua finalidade, fixe os critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que serão destinados à sua constituição e estabeleça o limite máximo da reserva (art. 194); estabelecer a parcela de lucros a ser distribuída aos acionistas em cada exercício a título de dividendo obrigatório, a parcela dos lucros (art. 202); estabelecer o dividendo a ser distribuído aos acionistas com base em porcentagem do lucro ou do capital social, ou, ainda, fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria (art. 202, § 1.º); autorizar os órgãos de administração a declarar dividendos intermediários, à conta de lucros acumulados ou de reservas de lucros existentes no último balanço anual ou semestral (art. 204, § 2.º); prever hipóteses de dissolução da companhia (art. 206, inciso II); em caso de liquidação da companhia de pleno direito, determinar o modo de liquidação e nomear o liquidante e o conselho fiscal que devam funcionar durante o período de liquidação (art. 208); disciplinar o quórum para transformação da sociedade, outorgando ao sócio dissidente o direito de retirar-se da sociedade, podendo este direito ser renunciado pelo acionista (art. 221). Por fim, ressalte-se um ponto relevante com relação ao direito de voto: o art. 111 prevê que o estatuto poderá excluir o direito de voto das ações preferenciais, uma vez que estas, em regra, têm direito de voto. A exclusão só se mantém se regularmente pagos os dividendos, caso contrário, as preferências voltam a ter direito de voto. Já o direito de voz nas S.As. é cogente, por força do parágrafo único do art. 125. O art. 110, § 1.º, por sua vez, prevê a possibilidade de limitação do número de votos de cada acionista. *A contrario sensu*, esse direito não pode ser, em nenhuma hipótese, excluído.

regras societárias⁷⁹⁸, parece-nos razoável sustentar a possibilidade de estender as hipóteses legais de exercício do direito de recesso (e.g. arts. 136 e 137) no âmbito das sociedades anônimas fechadas, independentemente do seu prazo de duração – determinado ou indeterminado.

Defende-se, assim, a possibilidade de os acionistas, no uso da sua autonomia privada, relativizar a potência de aplicação do princípio da maioria no âmbito dessas sociedades, nas quais, em regra, o grau de intensidade dos deveres societários é mais elevado, ao mesmo tempo em que inexistente a garantia de venda imediata das participações societárias no mercado. Em homenagem à objetividade, não se repetirá todo o percurso percorrido até aqui – remetendo aos respectivos itens e capítulos –, mas apenas os principais argumentos que sustentam a nossa linha de raciocínio:

(I) o recesso estatutário decorre do exercício do princípio da autonomia privada dos acionistas, amplamente aplicado nas sociedades anônimas fechadas, como forma de ajustar o rigor da lei – hipóteses taxativas – às necessidades práticas do negócio societário;

(II) a ampliação das hipóteses de recesso (ao contrário do que ocorreria com a sua redução), por assembleia geral extraordinária, em regra, por maioria absoluta, não colide com normas cogentes do tipo societário das anônimas, desde que o direito esteja previsto e regulamentado pelo estatuto social da companhia (que pode prever, por exemplo, quorum de maioria qualificada – art. 129, ;

(III) a figura jurídica do recesso estatutário não viola o princípio da igualdade de tratamento (art. 109, §1º da Lei 6.404/76); trata-se de um favor legal (*favor legis*) em prol do acionista e não uma proibição ou restrição ao exercício de direitos⁷⁹⁹;

⁷⁹⁸ Ao examinarmos algumas características que formam a tipologia das sociedades anônimas, foi possível perceber que nas companhias de capital aberto há estreita interação entre a sociedade e o mercado de capitais, na medida em que o nascimento de um ambiente especializado na negociação de valores mobiliários decorre da necessidade que a companhia tem de garantir aos seus acionistas (investidores ou não) a livre circulação desses títulos. Já nas companhias fechadas essa interação não existe. A relação societária decorre dos vínculos societários havidos somente entre os sócios. Não há recurso ao mercado. Disso decorre o fato de a tipologia das sociedades anônimas fechadas ser mais flexível que a das abertas (em que a preocupação com o público investidor e com o equilíbrio do mercado é constante), dando maior liberdade aos acionistas na criação de regras específicas, desde que respeitados os limites do tipo legal das sociedades anônimas (núcleos rígidos – normas cogentes).

⁷⁹⁹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 199; TANTINI, Giovanni. *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*. Padova: Cedam, 1973, p. 164.

(IV) a alteração ou supressão do recesso estatutário, assim como sua criação, demanda realização de assembleia geral extraordinária e aprovação, em regra, por quórum de maioria absoluta, e também enseja o direito de recesso aos acionistas discordantes;

(V) o fato de um indivíduo saber *ex ante* que as hipóteses de recesso da Lei das S/As são taxativas não interfere na viabilidade jurídica do recesso estatutário, sendo indiferente a questão do prazo de duração da sociedade ser determinado ou indeterminado, já que a previsão será aprovada por assembleia geral extraordinária e constará expressamente no estatuto social, em decorrência do exercício da autonomia privada do acionista.

(VI) a ausência de liquidez no mercado para a venda das ações e/ou a impossibilidade de desinvestimento imediato da quantia aportada à sociedade contribuem para fundamentar a criação dessa figura jurídica⁸⁰⁰;

Em nosso sentir, os argumentos enumerados acima são suficientes para fundamentar e justificar a viabilidade jurídica do recesso estatutário. Não obstante, cumpre registrar a existência de outra linha argumentativa favorável à figura, cuja orientação conecta o instituto com o exercício de direitos fundamentais na esfera societária. Em síntese, defende-se que a proteção infraconstitucional ao princípio fundamental associativo (em sua dimensão negativa), representada pelos direitos individuais dos acionistas, em especial as hipóteses legais de recesso, demonstra-se insuficiente, vislumbrando-se margem para

⁸⁰⁰ Nesse sentido, vide construção de CALIXTO SALOMÃO FILHO ao examinar a previsão legal que impossibilitava cooperados de uma cooperativa de ceder suas quotas. Aparentemente, o autor vislumbrou a possibilidade de discutir eventual inconstitucionalidade decorrente de limitação ao direito de recesso, desde que tal limitação estivesse acompanhada de restrição ao direito de negociar as quotas ou ações: “Aplicar convenientemente a legislação concorrencial implica admitir cláusulas – muito comuns em estatutos de cooperativas – que exijam notificação prévia de um ano para poder retirar-se da cooperativa. Uma exigência desse tipo importaria limitação direta ao acesso de novas empresas ao mercado bem como a criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresas, ferindo, portanto, cumulativamente os incisos IV e V do art. 21 da Lei 8.884/94, além de indiretamente ser contrária ao princípio constitucional que prevê que ninguém pode ser obrigado a associar-se ou manter-se associado (art. 5.º, XX). O motivo é simples: parece, a essa altura, evidente ser incoerente atribuir ao referido princípio constitucional amplitude que permita considerar qualquer dispositivo que de qualquer forma limita a saída de associados como inconstitucional. Tal interpretação levaria, por exemplo, ao absurdo de ter de considerar a lista de hipóteses justificadoras do direito de retirada contido no artigo 137 da Lei das S/A como meramente exemplificativa e como absolutamente livre a retirada da sociedade. Nesse caso, o direito de retirada se transformaria em eficaz substituto da venda das próprias ações e, conseqüentemente, um excelente instrumento de especulação. Bastaria escolher o momento em que o valor patrimonial de uma ação está acima de seu valor de mercado, comprar ações em Bolsa e em seguida exercer o recesso. *Parece evidente, portanto, que pressuposto fundamental para a discussão de eventual inconstitucionalidade decorrente de limitação ao direito de recesso é que esta esteja acompanhada de restrição ao direito de negociar as quotas ou ações (...)*” (Cf. CALIXTO FILHO, Calixto. Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência. In: *Novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 238-253, p. 249. Grifo nosso).

outorgar eficácia imediata ao direito constitucional do indivíduo de não permanecer associado contra a sua vontade (art. 5º, inc. XX da CF/88) e, por conseguinte, autorizar sua retirada da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações ou quotas⁸⁰¹.

A despeito da evidente conotação política (e correta em nosso sentir) do referido princípio constitucional associativo⁸⁰², parte considerável da doutrina entende ser possível explorar seu viés econômico no âmbito do direito societário, especialmente no caso das sociedades anônimas fechadas, nas quais a ausência de mercado líquido para a negociação das ações aliada à inexistência de interessados na aquisição das participações pode determinar a permanência do acionista na sociedade, contra a sua vontade, dando origem a verdadeiras “sociedades perpétuas”⁸⁰³.

⁸⁰¹ O argumento também se aplica à previsão do art. 1.077 do Código Civil (“Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031”), admitindo o exercício do recesso nas sociedades limitadas em qualquer hipótese, e não apenas nos casos de modificação do contrato social, como fala o *caput* do referido dispositivo legal.

⁸⁰² A discussão que inicialmente se estabeleceu na doutrina constitucional foi acerca da extensão da aplicação dos incisos XVII (“é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”) e XX (“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”) da Constituição Federal. A dúvida que se punha era se os referidos dispositivos deveriam ser aplicados somente às associações (art. 53 do Código Civil) ou também às sociedades (art. 981 do Código Civil). Na visão de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a interpretação deveria se estender às sociedades, pois, tratando-se de liberdade de associação de caráter constitucional: “A ausência de fim lucrativo não parece ser elemento da associação, pois parece-nos que o texto abrange também as sociedades lucrativas. Então, a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico estrito, as associações são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades (coligadas de fim lucrativo)”. (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 267). No mesmo sentido entendem MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404; BARBI Filho, Celso. *Dissolução parcial de sociedade limitada*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 94. Em sentido contrário, defendendo que ao utilizar a expressão “associação” a Constituição refere-se apenas às pessoas jurídicas sem fins econômicos: BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1989; MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 115-132, p. 132; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 280, 418-419. Ao que parece EDSON ISFER e MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO adotam uma posição intermediária ao defender a aplicação do princípio associativo de forma condicionada e, por conseguinte, a dissolução parcial de sociedades limitadas (nos casos de justa causa e impossibilidade de recolocação da participação societária no mercado) e anônimas fechadas (no caso de impossibilidade de recolocação da participação societária no mercado) e de forma plena nas associações. (Cf. ISFER, Edson, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Direito de (des) associação e o princípio da manutenção da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, n. 151/152, jul-dez, 2009, p. 79-89, p. 88-89.

⁸⁰³ ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA e MARCELO V. VON ADAMEK examinaram a aplicação do art. 1.029 do Código Civil às sociedades anônimas fechadas, bem como a problemática envolvendo a formação de sociedades perpétuas. Sem adentrar no tema do recesso estatutário – na verdade os autores defendem indiretamente a taxatividade do recesso –, não se furtaram de destacar a inaplicabilidade prática da previsão do art. 36 da Lei 6.404/76, que trata do princípio da circulação das ações. Segundo os autores: “Porque nas sociedades anônimas fechadas, como é cediço, o princípio da livre circulação das ações, previsto no art. 36 da

O argumento é defendido, por exemplo, por SÉRGIO BOTREL, embasado em uma leitura constitucional do direito societário:

A partir do momento em que se admite que a finalidade do Direito Privado é concretizar e/ou conciliar a realização dos direitos fundamentais, o direito de recesso há que ser interpretado como um mecanismo de concretização do direito fundamental de não permanecer associado (direito da livre associação). Nas sociedades anônimas, o exercício desse direito fundamental se viabiliza não só pelo recesso, mas também pela previsão legal de livre transferência da participação societária (...). Assim, o acionista exerce o direito de não permanecer associado mediante a alienação de suas ações. Não obstante, (...) há situações, em especial nas companhias fechadas, em que a ausência de liquidez das ações impede o exercício do direito fundamental em voga. E como a LSA restringe o direito de recesso em face da companhia às hipóteses nela exaustivamente previstas, o direito de não permanecer associado restará inviabilizado se a situação a que está exposto o acionista não se enquadrar naquelas previstas na legislação acionária. Em circunstâncias como essa, o afastamento das regras restritivas da LSA encontra na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e na proibição de tutela desses direitos, o fundamento para que seja reconhecido ao acionista o direito de se retirar da companhia, mediante reembolso das ações liquidadas⁸⁰⁴⁻⁸⁰⁵.

LSA, não encontra aplicação prática. Tratando-se de uma sociedade fechada, sobretudo de caráter familiar, não se pode imaginar que alguém compre as ações do acionista minoritário, que, assim, não tem como se retirar, na medida em que as hipóteses de recesso na sociedade anônima são muito restritas (art. 137 da LSA). Dessa forma, a jurisprudência – bem ou mal, não se discute aqui – passou a estender a disposição legal para hipótese que a ela não se enquadra adequadamente.” (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Notas sobre a sociedade perpétua. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n.º 157, jan./mar. 2011, p. 112-114, p. 113).

⁸⁰⁴ O argumento pode ser, no entanto, perigoso para o bom funcionamento do sistema societário, como se observa na continuação do raciocínio e na conclusão do autor: “Entretanto, não se pode afirmar que em toda e qualquer circunstância de iliquidez das ações deverá ser deferido o recesso ao acionista que pretende exercer seu direito fundamental quando não presente alguma das hipóteses legais que autorizam essa medida. Afinal, o exercício desse direito fundamental poderá atentar contra outros direitos fundamentais quando o reembolso das ações conduzir a uma situação de descapitalização tal que a empresa tenha de ser paralisada. Nessa situação, em que o acionista pretende o afastamento da restrição legal (cuja constitucionalidade se presume), compete-lhe o ônus argumentativo de demonstrar que, diante das nuances do caso concreto, a aplicação da regra fundamental, que, no caso concreto, deve prevalecer sobre os demais direitos fundamentais que estão subordinados à empresa. Imagine-se a situação em que fique demonstrado que a conversão da participação do sócio retirante em dinheiro é medida necessária para que evite a alienação judicial de seu bem de família (o que é possível nas hipóteses previstas no art. 3.º da Lei n.º 8.009/90), ou mesmo quando os valores decorrentes de sua participação acionária tiverem como destino a realização de uma cirurgia de grande importância ou fato similar. É inegável que diante de circunstâncias como essas não só o direito de não permanecer associado está em jogo, mas a própria dignidade do sócio, como também o direito fundamental à moradia. Ressalte-se que não se está sugerindo uma solução pronta e acabada para uma possível concorrência entre direitos fundamentais daqueles direta e indiretamente envolvidos com a saída do sócio. O que se pretende é chamar a atenção para a importância das normas fundamentais na argumentação que conferirá subsídios para o recesso requerido em contraposição à legislação infraconstitucional. Como já vimos alhures, diante do conflito entre direitos fundamentais importa avaliar a norma que prevalecerá sobre as demais no caso concreto, mediante os critérios expostos no item 1.7 do Capítulo 1.” (Cf. BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112-114).

⁸⁰⁵ Essa também parece ser a opinião de RACHEL SZTAJN: “O recesso determina a dissolução do vínculo societário em relação ao acionista como decorrência de sua manifestação de vontade de que deseja se retirar da sociedade. Sem dúvida, ainda que a lei não reconhecesse ao acionista o direito de recesso, poderia se retirar da sociedade, pois o princípio da liberdade de associação se manifesta também na liberdade de permanecer ou não vinculado à sociedade (31). Mas, pelo exercício do recesso o acionista poderá, eventualmente, retirar-se

CLÁUDIO FINKELSTEIN trilha caminho semelhante:

A retirada do sócio inconformado, a despeito de não se inserir no rol das causas possíveis do art. 137 da Lei das S/A, justificar-se-ia por haver alteração essencial na mecânica operacional da companhia e supressão de direito adquirido, direito este elencado entre aqueles previstos no artigo 5.º da Constituição Federal, ao qual a parte não deseja renunciar, mas cuja alteração e validade restam autorizadas por lei e pela vontade da maioria do capital social. É o único remédio eficaz, uma vez que a compulsoriedade da arbitragem como forma de solucionar controvérsias seria uma violência ainda maior. Por existir omissão da lei, com relação ao caso em comento, o juiz deverá valer-se da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito para autorizar a retirada do sócio descontente⁸⁰⁶.

Em sentido contrário, EVY CYNTHIA MARQUES sustenta, com base em uma interpretação sistemática do art. 5.º, inc. XX, da CF/88 – cuja conotação é essencialmente política e social –, que o dispositivo constitucional não se aplica às sociedades, mas apenas às associações:

Importante também notar que, nas diversas vezes em que o constituinte quis se referir à sociedade empregou os termos “sociedade”, “empresa” ou “companhia”, e não “associação” – o que reforça ainda mais o argumento de que o termo “associação”, previsto no inciso XX do art. 5.º da CF, não se refere à sociedade. Entretanto, ainda que a liberdade de associação prevista nesse inciso fosse aplicável às sociedades, não poderia ser interpretada de forma absoluta. (...) O associado pode retirar-se a qualquer momento (observados os requisitos do estatuto ou regulamento interno da associação), sem que a associação tenha de adquirir parcela de seu patrimônio. Ao contrário, na retirada de sócio da sociedade, esta deve liquidar a quota e reembolsar o sócio. Há, portanto, um impacto financeiro na sociedade, qual seja, o desembolso dos recursos para pagamento da participação societária, e, indiretamente, nos demais sócios, que não terão todo o patrimônio para a realização do objeto social. Portanto, antes da aplicação irrestrita do princípio constitucional deve-se analisar e respeitar as normas específicas destinadas a cada tipo societário. Por exemplo, o art. 137 da Lei das Sociedades por Ações, a respeito do direito de retirada nas sociedades anônimas, o qual pode ser exercido somente nas hipóteses previstas nesse artigo e em outros contemplados pela mesma lei, não poderia ter sua abrangência mitigada pelo inciso XX do art. 5.º da CF⁸⁰⁷.

Na mesma direção manifesta-se ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

Outros autores, indiferentes à norma do art. 1.077 e às disposições que asseguram o recesso nas sociedades anônimas (Lei 6.404/1976, arts. 137 *at alt.*), têm sustentado que o fundamento do direito de retirada ora analisado está no art. 5º,

da sociedade em melhores condições” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 18).

⁸⁰⁶ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no direito societário. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia e PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303-321, p. 316.

⁸⁰⁷ MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 115-132, p. 131/132. No mesmo sentido parece a opinião de ISFER, Edson, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Direito de (des) associação e o princípio da manutenção da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, n. 151/152, jul-dez, 2009, p. 79-89, 88.

XX, da Constituição Federal, segundo o qual ‘ninguém pode ser compelido a associar-se ou permanecer associado’. 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 são efetividade ao princípio da liberdade de associação, garantida no inc. XXII do mesmo artigo, e complementada pelos inc. XVIII a XXI. É de associações, exclusivamente, e não de sociedades, que cuidam esses enunciados.

(...) 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). Aliás, mesmo olvidando as regras dos demais incisos, a sustentação da tese de sujeição das sociedades ao inciso XX do referido art. 5º da Constituição, que não é de eficácia contida, mas plena, derriscaria da legislação ordinária, por completo, todas as disposições da Lei do Anonimato, restritivas do direito de recesso, seja em relação às sociedades abertas como às fechadas; e transformaria em letra morta todas as normas do Código Civil que só permitem o direito de retirada do sócio quando e se verificados certos pressupostos, como é o caso da justa causa nas sociedades simples, em nome coletivo e em comandita de prazo determinado (art. 1.029, última parte) e da modificação do contrato social nas sociedades limitadas (art. 1.077). Por isso, ‘não faz sentido invocar, nesse particular, o art. 5º, XX, da Constituição Federal, como fundamento para o exercício do direito de retirada a qualquer tempo. O que ali está regulado é o direito de liberdade de associação, que é coisa completamente distinta.’ (do autor, *Lições de direito societário*, v. 1, n. 125, p. 291). ‘O associado que não quiser mais pertencer a uma associação, isto é, uma entidade que congrega pessoas sem finalidade econômica, simplesmente deixa os seus quadros, sem que isso implique, como contrapartida, o surgimento de qualquer direito. A associação não confere ao associado, por motivo de sua saída, qualquer parcela do patrimônio associativo. Já a retirada, no âmbito societário, tem significado diverso do simples desligamento, eis que implica saída com recebimento de haveres ou, mais precisamente, com liquidação de sua quota – o que traz gravame para a sociedade, obrigada que fica a reembolsá-lo do valor da sua participação, e para os demais sócios, que deixam de contar com a totalidade do patrimônio social afetado à consecução dos fins sociais. Ora, se o sócio quer sair, não pode, no exercício de sua faculdade, constranger a sociedade a reembolsá-lo do que trouxe para a formação do patrimônio social, a não ser nos casos expressamente previstos na lei⁸⁰⁸’ (op. loc. cit).

A título de conclusão, reiteramos nossa opinião no sentido da viabilidade jurídica da figura do recesso estatutário, sem que seja necessário sustentar a aplicação do art. 5º, inc. XX, da CF/88. A discussão em torno do tema será objeto de nova análise na Parte III, Capítulo II, deste estudo, na condição de uma das possíveis soluções para a resolução do problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória nas sociedades anônimas

⁸⁰⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 418-419.

fechadas. Passemos, agora, para o próximo capítulo, que examinará os direitos individuais dos acionistas.

CAPÍTULO II – DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS

1. Equilíbrio de forças: maioria e minoria

Vimos que na formação e no funcionamento das sociedades, o equilíbrio no relacionamento entre a maioria (i.e., controlador) e a minoria (i.e., não controlador) é a pedra de toque do progresso de qualquer sistema jurídico⁸⁰⁹. O balanceamento entre esses interesses deve ser a finalidade de toda e qualquer norma que busque regular a relação existente entre essas duas forças, cuja atuação ocorre de forma mais intensa nas sociedades anônimas e nas limitadas⁸¹⁰.

Como bem destaca MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, os conceitos de maioria e minoria “(...) não representam situações indesejáveis; pelo contrário, constituem pressuposto fundamental para o funcionamento eficiente das sociedades cujo processo de formação da vontade coletiva opera de acordo com a regra da maioria.” Visando a essa composição, o ordenamento societário tenta estabelecer uma série de normas e estruturas internas no sentido de harmonizar e reduzir as esferas nas quais os interesses potencialmente conflitantes dos acionistas podem se manifestar⁸¹¹.

Esse potencial conflito está evidenciado no processo histórico de formação dos direitos individuais dos acionistas e da alteração do contrato social com base na regra da maioria. A doutrina comercialista do século XIX, inspirada na visão rigorosamente contratualista da sociedade, característica da lei francesa de 1867, era indiferente quanto aos limites de discricionariedade dos sócios quanto ao conteúdo das cláusulas estatutárias no momento da constituição da sociedade. Entretanto, essa mesma doutrina sempre se mostrou muito zelosa com relação ao procedimento interno para reforma do estatuto social, buscando estabelecer distinções entre cláusulas essenciais e não essenciais, sendo apenas o segundo tipo modificável por meio da regra da maioria⁸¹².

⁸⁰⁹ SCHMITTHOFF, Clive M. The rule of majority and the protection of the minority in English Company Law. *La società per azione all'età del secolo XX* (Studi in Memoria di Angelo Sfratta). Padova: Cedam, 1962, p. 663- 684, p. 663; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 861.

⁸¹⁰ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 861; SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 99, p. 283-302, 2004.

⁸¹¹ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27.

⁸¹² ASCARELLI, Tullio. Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 99.

A evolução das sociedades anônimas como tipo societário adequado aos grandes empreendimentos e a consequente circulação dos seus títulos pelo grande público flexibilizaram a rigidez com que o tema era tratado. Vimos que a adoção do princípio majoritário foi a solução adotada pelo direito societário para a resolução do eterno embate entre maioria e minoria no âmbito da assembleia geral – órgão primário e imediato da companhia, que investe todos os demais, constituindo, ao fim e ao cabo, a última instância decisória, inclusive no que concerne à formação da vontade social.

Como bem destaca ENRICO SOPRANO, acompanhado, entre nós, por WALDÍRIO BULGARELLI, a discussão em torno dos direitos individuais dos acionistas somente veio à tona com o progressivo abandono da regra da unanimidade para modificar o estatuto social. Nessa perspectiva não havia razão para erigir um sistema especial de proteção do acionista, uma vez que qualquer cláusula estatutária poderia ser classificada como uma espécie de direito intangível, a despeito do seu conteúdo não ter vínculo direto com o acionista⁸¹³. Os direitos individuais são, portanto, uma consequência lógica e necessária do princípio da maioria⁸¹⁴.

Em uma perspectiva legislativa, o Código de Comércio Italiano de 1882 foi o primeiro a admitir a possibilidade de a maioria modificar o estatuto independentemente da essencialidade da modificação, temperando essa prerrogativa com a atribuição de hipóteses legais de recesso ao acionista com relação às deliberações mais relevantes. Outra resposta à inovação legislativa em prol da maioria foi o desenvolvimento da teoria dos direitos individuais dos acionistas e do regime de proteção da minoria como formas de estabelecer limites ao poder majoritário na criação e modificação do contrato de sociedade⁸¹⁵.

Nesse particular, na linha defendida por MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, a partir das lições de H. WIEDEMANN e ERASMO VALADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, é preciso

⁸¹³ Nas palavras do comercialista italiano: “Colla teoria della immutabilità degli atti fondamentali della società non poteva sorgere e svilupparsi una precisa teorica dei diritti speciali dei soci; giacchè per essa tutte le modalità del contratto sociale potevano costituire diritti inderogabili degli azionisti. Ma, quando la teoria della modificabilità cominciò a prevalere fra gli scrittori e man mano a penetrare nelle varie legislazioni, essa si trovò subito dinanzi ad una questione di limite.” (Cf. SOPRANO, Enrico. *Tratato teorico-pratico delle società commerciali*. Vol. I. Torini: Utet, 1934, p. 368).

⁸¹⁴ Nas palavras de W. BULGARELLI: “Inegavelmente, a construção dos chamados direitos essenciais dos acionistas decorreu da necessidade de se opor um limite ao poder quase absoluto das assembleias, exercido pelas maiorias, entendendo-se que, não obstante indispensável o princípio majoritário para a formação da vontade social, não poderia ir até o ponto de frustrar o *status* do acionista” (Cf. BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 46).

⁸¹⁵ ASCARELLI, Tullio. Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 100.

registrar que o regime jurídico de proteção da minoria não se confunde com o tema da proteção individual do acionista, haja vista que

(...) os direitos individuais orientam-se em uma coletividade atomizada, onde, idealmente, o sujeito pode se fazer ouvir e influir na decisão social. Diversamente, perante uma maioria estável, os minoritários são meros acompanhantes, assistentes, uma vez que jamais podem contar com a possibilidade de influenciar a política societária. A função da proteção à minoria é evitar os riscos de uma desigualdade de tratamento, quando a relação de supremacia e subordinação se torna uma relação estável de dominação.

Além disso, a proteção individual garante uma proteção mínima, que é configurada de forma estática e independentemente da relação de maioria e minoria: defendem-se os interesses dos sócios mediante a concessão de direitos subjetivos, os quais são instrumentalizados por meio de direitos irrenunciáveis e intangíveis. Diversamente, a proteção à minoria busca defender a posição do indivíduo em uma relação concreta de maioria e minoria, e esta proteção se dá pela imposição de deveres à maioria (e não propriamente via direitos subjetivos). Restringindo-se, assim, o poder da maioria. Na proteção à minoria, a tutela não se dá propriamente por intermédio da criação de direitos, mas pela imposição de deveres à maioria⁸¹⁶.

⁸¹⁶ Continua o autor: “Integra o rol de proteção à minoria direitos formais e direitos substanciais de minoria. Direitos formais de minoria (*formelle Minderheitsrechte*) são os que exigem determinado quórum de votação ou de capital para o seu exercício (propositura de ação social derivada, ação de verificação de livros). Na prática, de acordo com Herbert Wiedemann, os direitos formais de minoria destinam-se a efetivamente reforçar a posição da maioria, pois, contra a concessão de um direito de difícil exercício, são concedidos ainda mais poderes à maioria, legitimando os seus atos; não são, por isso, proteções efetivas. Em contraste, a efetiva e real proteção da minoria se dá através dos direitos substanciais de minoria (*sachlicher Minderheitenschutz*) – os quais independem de qualquer quórum quantitativo –, tais como: a garantia de participação da minoria em deliberações e eleições (outorga-se à minoria o poder de participar da administração, requerer voto múltiplo) e a exigência de maiorias qualificadas em votações de maior expressão (atraindo a minoria para tomar parte efetiva do processo decisório, reforçando a integração de todos os sócios na sociedade; do contrário, há o direito de veto). Na classe da proteção substancial, ingressam, na opinião de Herbert Wiedemann, as proibições de voto, as quais não se preordenam a ser uma forma de proteção da minoria, porquanto se aplicam a todos indistintamente (maioria ou minoria), mas quando a maioria está impedida, atua como forma de proteção, garantindo que ela se curve à minoria. Outra forma de proteger substancialmente a minoria, ainda segundo Wiedemann, é possibilitar sua representação nos órgãos de fiscalização e de administração, proteção essa que é fértil no direito brasileiro. Finalmente, outra forma de controle substancial ocorre mediante o controle administrativo e judicial dos atos da maioria. Os órgãos de Registro Público de Empresas Mercantis, por exemplo, fazem um controle de legalidade dos atos societários e permitem que a minoria possa se insurgir contra desmandos formais. A Comissão de Valores Mobiliários, no caso das companhias abertas, integra o controle administrativo, e o controle judicial, por sua vez, se dá por meio das ações anulatórias e das ações de responsabilidade civil, dentre outras. O controle da maioria, como se vê, sobrepõe-se à proteção individual.” (ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 39-40). Sobre o tema são precisos os comentários críticos de RAFAEL I. DREWS: “Apesar dos intensos debates que suscitou, a doutrina dos direitos individuais não foi capaz de alcançar conclusões unívocas, revelando-se, ao fim e ao cabo, extremamente fragmentada e heterogênea. Em seu terceiro e último período evolutivo, portanto, entra em declínio. Três fatores principais contribuíram para esse movimento, que tem início, segundo Buonocore, quando, superada a concepção jusnaturalista e reduzido o Direito à lei e à norma técnica, a multiplicação dos pretensos direitos individuais se revelou um atraso ao pleno desenvolvimento da vida social, sem alcançar a proteção almejada. Em primeiro lugar, houve a percepção de que um sistema de proteção individual do acionista baseado inteiramente no conceito de direito individual é inadequado e ineficaz. E isso por ser – como anotou Herbert Wiedemann – muito pouco flexível, quer sob o plano da *fattispecie*, quer sob o das consequências jurídicas. Sob o plano da *fattispecie*, pois a delimitação das esferas individual e social não pode ser feita a partir de um *conceito*, senão de forma geral, limitada e rígida – ou seja: abstraindo-se a estrutura

1.1. Nota sobre os interesses em jogo nas sociedades anônimas

A base de sustentação da discussão entre maioria e minoria está na definição do interesse que alimenta cada uma dessas forças. Como salienta A. MIGNOLI, a partir das observações de WIELAND e GIERKE, a delimitação entre a esfera individual e a esfera social e, por conseguinte, até que ponto o interesse do acionista está sujeito à vontade da maioria, é um dos problemas mais árduos do direito societário⁸¹⁷.

De fato, no curso da história, a necessidade de tutelar interesses tem sido considerada um dos principais fundamentos para a criação de normas jurídicas e sua organização sob a forma de ordenamentos sistematizados, como é o caso da Lei n. 6.404/76⁸¹⁸. Tudo isso para que cada regra pertencente a um determinado corpo de normas tente pressupor, na sua origem, uma ponderação de interesses dirigida a salvaguardar um ou alguns deles, sem a necessidade de que uma norma tenha de tutelar um único e definido

da organização societária, a forma de participação do sócio e as situações concretas sempre relevantes em uma sociedade anônima cada vez mais dinâmica. Seria muito difícil – para não dizer impossível –, portanto, incluir em um único conceito todos os direitos individuais do acionista. Sob o plano das consequências jurídicas, além disso, porque o direito de veto às deliberações societárias não é o único e nem o mais eficiente instrumento a assegurar a proteção do acionista, podendo-se pensar também, por exemplo, no controle judicial das deliberações societárias e em instrumentos de compensação e indenização aos sócios prejudicados pela maioria. Em segundo lugar, a superação do paradigma da maioria ocasional pelo paradigma da maioria estável e duradoura. A proteção individual do acionista foi cunhada sob a premissa de que a formação da vontade social se dá por meio de majorias meramente ocasionais, “filhas do acaso”, de forma que o acionista sempre poderia influenciar e compor a maioria com sua manifestação e voto. O abandono dessa distorcida visão da realidade, ainda que inexplicavelmente tardio, levou a doutrina e mesmo as legislações a voltarem suas atenções para outras formas de proteção do acionista. Em terceiro lugar, as dificuldades de enquadrar todos os pretensos direitos individuais dos acionistas como verdadeiros direitos subjetivos, no sentido tradicional civilístico, tema que foi trabalhado criticamente pela doutrina italiana.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. *Evolução histórica dos direitos individuais do acionista*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], pp. 124-125). No mesmo sentido: TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 27-43.

⁸¹⁷ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 165-166.

⁸¹⁸ Como bem ressalta TAVARES GUERREIRO: “(...) a sociedade anônima seria a composição de partidos inevitavelmente desiguais, sempre em potencial desequilíbrio, mas, por isso mesmo, objeto de uma série de providências legislativas de caráter tutelar destinadas a restabelecer, na medida do possível, o necessário balanço. Daí a expressão consagrada ‘proteção da minoria’, que revela, doutrinariamente, a preocupação com a permanente hipótese de um poder majoritário capaz de ameaçar de modo ilegítimo os direitos e interesses dos acionistas não controladores ou minoritários.” (Cf. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Direito de retirada: um limite ao princípio majoritário na sociedade anônima*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 151/152, dez. 2009, p. 13-21, p. 13). O tema também é bem abordado por: BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 171-172; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Sociedade anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (coord.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 20-27.

interesse, admitindo-se, portanto, a multiplicidade de interesses tutelada em apenas uma regra⁸¹⁹.

Embora ciente da dificuldade de conceituar interesse na esfera jurídica⁸²⁰, é preciso estabelecer um ponto de partida, devendo-se entender, para fins desta exposição, o termo na acepção descrita por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, a partir das lições de CARNELUTTI⁸²¹ e JAEGER⁸²². Trata-se da “(...) relação existente entre um sujeito, que possui uma necessidade, e o bem apto a satisfazê-la, determinada na previsão geral e abstrata de uma norma jurídica⁸²³”. E mais: “Para satisfação das suas necessidades o homem vale-se de bens. Entre o sujeito e o bem, portanto, forma-se uma relação que, na situação jurídica enfocada, toma o nome de interesse⁸²⁴”.

A noção de interesse constitui o núcleo central do direito subjetivo⁸²⁵, e sua relação com a necessidade como elementos integrantes de uma relação tem desdobramentos relevantes, como a conclusão de que a combinação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de satisfazê-la corresponde, subjacentemente, à utilidade específica de um ente para o outro. A ausência de utilidade elimina a formação do interesse⁸²⁶.

O interesse divide-se em comum ou coletivo, em contraposição à ideia de individual ou singular. Nesse sentido, a existência e a conjunção de interesses individuais em coletivos explicam, com razoável coerência, a formação e a organização de grupos sociais simples, tais como a família, ou complexos, como o Estado e as sociedades. É de se ressaltar, todavia,

⁸¹⁹ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 6.

⁸²⁰ Ressalta FÁBIO K. COMPARATO: “Dizer que toda pessoa jurídica se organiza em torno de um ‘interesse coletivo’ e preconizar o seu reconhecimento *de jure*, toda vez que nos deparamos com ele, representa um procedimento superficial, pois, como já foi agudamente observado, os adeptos dessa teoria parecem não suspeitar das dificuldades que implica a definição de interesse em direito. Quando se fala em interesse, pensa-se numa necessidade, num motivo, num escopo ou numa relação? E que tipo de relação: entre um sujeito e um objeto, ou entre sujeitos diversos?” (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1983, p. 276/277).

⁸²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito cultural, 2006.

⁸²² JAEGER, Pier Giusto. *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè, 1964.

⁸²³ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI lembra que as situações de poder e de dever dos sujeitos que participam de uma relação jurídica estão sempre relacionadas à proteção de um interesse. Entretanto, é preciso sublinhar que o interesse: “(...) no è il bene, ma il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto, sì che s'intende, fra l'altro, come in ordine allo stesso bene sia possibile una gradazione degli interesse di più soggetti.” (Cf. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 69).

⁸²⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1983, p. 15/16.

⁸²⁵ A afirmação é de FÁBIO K. COMPARATO, com base nas lições de JHERING. (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Validade e eficácia de acordos de acionistas. Execução específica e suas estipulações*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 52-73, p. 57).

⁸²⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 86/87.

que o interesse coletivo, como tal, não decorre do simples somatório de interesses individuais de um determinado grupo de pessoas, mas sim da soma daqueles que digam respeito ao grupo em particular⁸²⁷. Em outras palavras, o interesse do indivíduo como membro de um grupo maior que busque, em conjunto, um escopo ou fim comum⁸²⁸.

Como vimos, o direito societário é uma seara jurídica finalística que se situa no campo do direito privado, disciplinando relações entre indivíduos absolutamente livres para contratar, representado, em larga acepção, pelo conjunto de regras que regulam seus conflitos, de natureza reconhecidamente complexa, cujos direitos tutelados têm interesses coletivos e individuais, cabendo à norma regular esse embate em potencial. Existem, nesse contexto, interesses que não são tutelados mediante um poder decisório concedido à

⁸²⁷ O presente estudo não pretende pormenorizar a conhecida discussão travada entre as teorias institucionalistas e contratualistas acerca do interesse social, o que foi e continua sendo feito, inclusive entre nós, por diversos autores. A despeito disso, é digno de nota que aderimos à teoria contratualista, segundo a qual o interesse social deve ser considerado como o interesse comum de todos os sócios na condição de sócios – o que não se confunde com o interesse da maioria dos sócios, nem com o interesse apenas dos sócios presentes à assembleia geral – devendo considerar também os futuros, de acordo com a posição revista por: JAEGER, Pier Giusto. Interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo). *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 1, 2000, p. 795-812, p. 803 e ss. Sobre o tema, ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21-53; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 68-73, 116-135; SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64-66; CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 110 e ss.; HANSMANN, Henry; RATHENAU, Walther. Do sistema acionário – uma análise negocial. Trad. e introdução de Nilson Lautenschleger Jr. Reprodução do texto clássico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, ano 41, n.º 128, p. 199-223, out./dez. 2002; CLARK, Robert. *Corporate law*. Boston: Little Brown and Company, 1986, p. 20, 675-681, 702; BERLE, Adolph A. Corporate powers as powers in trust. *Harvard Law Review*, v. 44, p. 1.049-1.079, 1931; DODD JR., Merrick E. For whom are corporate managers trustees? *Harvard Law Review*, v. 45, p. 1.145-1.163, 1932; KRAAKMANN, Reinier. The end of history for corporate law. *Georgetown Law Journal*, Washington, n. 89, p. 439-468, jan. 2001; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 248; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade anônima: poder e dominação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, ano 23, n.º 53, p. 73-80, jan./mar. 1984; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociologia do poder na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, ano 29, n.º 77, p. 50-56, jan./mar. 1990; BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 70-74; JAEGER, Pier Giusto. *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè, 1972, que revisitou o tema em *L'interesse sociale rivisitato* (quarant'anni dopo). *Giurisprudenza Commerciale*, ano 27, p. 795-812, 2000; MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 36-50; RIBEIRO, Renato Ventura. *Direito de voto nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 107-122; SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse social: a nova concepção. In: _____. *O novo direito societário*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25-50; SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 44 e ss.; SCALZILLI, João Pedro. *Contribuições preliminares para uma análise da conduta de administradores e de controladores de S.A. em contexto de oferta hostil*. 2009. 275f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2009, p. 44-71.

⁸²⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1983, p. 18/19. No mesmo sentido: BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 8/9.

assembleia geral (*soci uti universi*), mas sim por meio de um poder atribuído individualmente a cada sócio (*uti socius*)⁸²⁹.

O interesse imediato do acionista ao constituir uma sociedade anônima é estritamente econômico, a obtenção de lucro, e se realiza com a distribuição de dividendos ao final do exercício fiscal. Mas a problemática pode transcender a esfera meramente individual. Como a atribuição de personalidade jurídica à sociedade não garante a equivalência entre o interesse social e o individual, é preciso estabelecer um grupo de normas capazes de garantir o desenvolvimento ordenado da atividade do ente social, buscando, nesse sentido, a máxima homogeneidade entre o interesse social e o interesse comum dos acionistas individualmente considerados⁸³⁰.

Ocorre que essa homogeneização nem sempre é possível⁸³¹. As necessidades individuais podem não coincidir como interesse social e dar origem a uma hipótese de conflito⁸³². Da mesma maneira, esse conflito pode decorrer de um dissenso entre os acionistas justamente na valoração do que é o interesse social, sendo também possível que os acionistas ou o próprio ente social venham a perseguir fins extrassociais, contrários ao interesse comum. Essa variedade de conflitos será equacionada por normas societárias que tutelam os interesses subjetivos em jogo, ora dos acionistas, ora do ente social⁸³³.

Os participantes dos contratos plurilaterais têm muitas vezes interesses contrastantes entre si, seja no momento da formação da sociedade, seja durante o seu funcionamento. Existe, sem dúvida, o que ASCARELLI chamou de sinalagma funcional, sem

⁸²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 270.

⁸³⁰ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 9/10.

⁸³¹ Como destaca LUIS FELIPE SPINELLI, com base nas lições de M. ADAMEK (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 152) e F. COMPARATO (COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In: _____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 131-149, p. 137-138): “O interesse social é o interesse comum dos sócios *uti socii* na consecução do escopo-meio e do escopo-fim da sociedade”, o que não significa que os interesses pessoais dos sócios não possam se chocar entre si ou com os interesses do próprio ente coletivo, tendo em vista que cada membro procura conquistar uma posição de superioridade (predomínio).

⁸³² Aparentemente em sentido contrário, defendendo que a divergência de manifestações de vontades individuais não significa conflito de interesse nas sociedades, já que todos os sócios buscam sempre o mesmo interesse social: SCIALOJA, Antonio. *La lunga storia di una breve legge. Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 437-460, p. 447.

⁸³³ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo Studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 9-10.

que isso, no entanto, confunda comunhão de escopo com identidade de interesses⁸³⁴. FÁBIO K. COMPARATO detalha com precisão essa questão:

Nos contratos plurilaterais, há sempre dois tipos de interesse em causa: o interesse comum das partes e os seus interesses individuais. Entre um e outro existe uma relação de interdependência ou complementariedade. Não são quaisquer interesses individuais que a ordem jurídica protege no contrato de sociedade, mas apenas os interesses dos *sócios enquanto sócios*; isto é, os interesses que não só não se contrapõem ao escopo comum de realização do objeto social com fim lucrativo, mas cuja realização depende da efetiva consecução desse interesse comum. Nos contratos bilaterais, há distribuição de bens para a satisfação de interesses contrapostos. Nos plurilaterais – de que a sociedade é o melhor exemplo – há conjugação de esforços e recursos para a satisfação de interesses convergentes. Aqui o individualismo é não só imoral como ilícito⁸³⁵.

Sobre o tema, também são preciosas as lições de ALESSANDRO NIGRO:

Não parece exata a tese segundo a qual o contrato de sociedade (aquele contrato com comunhão de escopo) sempre pressupõe a inexistência de um conflito de interesses entre os contraentes (os sócios). Tal afirmação, de fato, funda-se, como já observado, em uma verdadeira e grande confusão conceitual entre comunhão de escopo e identidade de interesses: o fato de que os interesses de cada um dos sócios sejam destinados a confluir, a convergir para a persecução de um objetivo comum não pode obviamente significar que os interesses devam ser idênticos ou, mesmo, não contrastantes. Na realidade, conflito e contraposição de interesses entre sócios pode ocorrer em qualquer momento, seja no ato constitutivo, seja durante a vida da sociedade. Pelo contrário, é a negável existência desse conflito que permitiu considerar o ato constitutivo da sociedade como um verdadeiro contrato e não um ato coletivo ou complexo⁸³⁶ (tradução livre).

A lição se coaduna com a distinção entre a livre declaração de vontade dos acionistas, como indivíduos titulares do seu patrimônio particular, e a obrigação destes como membros da sociedade. O tema também foi explorado por GIUSEPPE OPPO, em estudo sobre os negócios parassociais:

Non é mancato però nella dottrina più autorevole (1) l'expresso riconoscimento della possibilità di una distinzione 'assai feconda di risultati' fra la dichiarazione di volontà e l'obbligazione del socio come membro della società e la dichiarazione e l'obbligazione personale del socio 'come titolare del suo patrimonio': queste producenti immediatamente i loro effetti nella sfera giuridica del singolo fuori dei presupposti di efficacia e della disciplina delle dichiarazioni e delle obbligazioni sociali⁸³⁷.

⁸³⁴ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 290-291.

⁸³⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51, p. 44.

⁸³⁶ NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausula compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle società*. fasc. 1, ano XIII, genn-febb, 1968, p. 175-192, p. 188. Entre nós: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360.

⁸³⁷ OPPO, Giuseppe. *Negozi parassociali*. Milano: Vallardi, 1942, p. 5.

Na perspectiva do interesse tutelado pelo ordenamento jurídico os direitos ou prerrogativas dos acionistas se distinguem em: (I) aqueles voltados para a tutela de um interesse individual do acionista incindivelmente conectado com o interesse social, cujos exemplos típicos são os direitos de voto, os de impugnar deliberações e os de minoria; (II) aqueles voltados exclusivamente à tutela de um interesse individual do acionista (e não da sociedade), no âmbito social, tal como ocorre com o direito de participar dos lucros sociais e o de recesso⁸³⁸.

A verdade é que o espectro de relações entre os acionistas e a sociedade é muito amplo, praticamente inesgotável. Ciente dessa amplitude, a doutrina e o legislador se esmeraram em eleger alguns critérios para determinar a prevalência de um interesse sobre o outro. A fórmula concebida pelo direito societário para resolver esse conflito foi atribuir a um desses sujeitos, acionista ou sociedade, a possibilidade de impor aos outros preceitos gerais ou especiais, alterá-los e extingui-los, desde que respeitadas determinadas condições. No linguajar técnico, essa figura denomina-se poder jurídico⁸³⁹ ou *potestas*⁸⁴⁰, cujos contornos serão examinados a seguir.

1.1.1. Poder jurídico: sujeição e limites

Relata a doutrina que o conceito de poder exerceu papel fundamental para a ciência do Direito, sendo responsável pela passagem das normas jurídicas da fase estática para a dinâmica, transição que fez surgir uma série de novas situações subjetivas antes não

⁸³⁸ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 69.

⁸³⁹ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 34

⁸⁴⁰ Sobre esse conceito ressalta FRANCESCO CARNELUTTI: “A *potestas*, que, portanto, se define como potência de comandar para tutela de um interesse alheio é, em certo aspecto, a figura mais elevada do poder, uma vez que quem comanda está em posição superior não só ao interesse sacrificado, como mesmo também ao interesse tutelado pelo comando; melhor se diria, talvez, que está colocado fora desses interesses, já que deles não é participante, pelo menos diretamente. (...) Se é verdade que a *potestas* é a faculdade de comandar para a tutela do interesse de outrem, o seu exercício é também, e nem pode deixar de ser, a prossecução de um interesse; só que o interesse tutelado pelo comando é um, e outro é o interesse prosseguido através da ação de comandar – e precisamente nessa diferença está a razão para se distinguir a *potestas* do direito subjetivo. Se, por exemplo, um juiz se pronuncia no sentido da condenação, tutela o interesse do autor, e se absolve, tutela o interesse do réu, mas em ambos prossegue o interesse público à composição da lide. Quando, portanto, se diz que a *potestas* é a faculdade de comandar para a tutela do interesse de outrem, alude-se ao primeiro e não ao segundo de tais interesses. O segundo pode ser e é, em regra, por sua vez, quando não um interesse exclusivo, pelo menos um interesse comum também à pessoa que exerce o *potestas*, a qual, por tal razão, é o seu sujeito, uma vez que nela se reúnem tanto o interesse por causa do qual o ato se realiza, como a vontade com a ajuda da qual se realiza” (Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 259-260).

reconhecidas como tais⁸⁴¹. Do ato de exercício do poder decorre uma transformação jurídica que pode consistir no surgimento, na modificação ou na extinção de preceitos e/ou situações com reflexos na esfera subjetiva de outros sujeitos, produzindo em tais searas efeitos que podem ser vantajosos, desvantajosos ou, até mesmo, indiferentes⁸⁴².

Se os efeitos jurídicos decorrentes do exercício de um ato de poder forem desvantajosos, a situação jurídica do sujeito atingido pela conduta será de sujeição (*soggezione*⁸⁴³), reconhecida pela ordem jurídica, mas admitida apenas em casos

⁸⁴¹ Entre nós, ver: COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1-8; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Sociedade anônima: poder e dominação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, n. 53, jan./mar. 1984, p. 73-80; _____. Sociologia do poder na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 29, n. 77, jan./mar. 1990, p. 50-56.

⁸⁴² BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 35. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA traz clara e sucinta explicação sobre o tema do poder jurídico ou potestade: “Este último termo, como se sabe, é utilizado pelos juristas italianos para designar uma função, i.e., o poder de agir no interesse de outrem, cf. Santoro Passarelli, ob. cit., p. 74, Carnelutti, Teoria... cit., p. 152-153, e Santi Romano, no verbete ‘Poteri. Potestà’, in: Frammenti... cit., p. 179-180. Muito a propósito, Romano observa que tal restrição de conceito, no direito privado, em contraposição ao de direito subjetivo – que é o poder de tutelar o próprio interesse – ‘si è cominciato a mettere in rilievo per le funzioni degli organi delle società anonime, specialmente per delineare a proposito di esse la figura dell’eccesso di potere.’”, cf. p. 180, destaques nossos. E a voz pioneira nesse sentido foi, justamente, a de Carnelutti, no artigo ‘Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime’, publicado em 1926. Sobre a distinção entre poder e direito subjetivo, ver, entre nós, Comparato. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*, p. 21-27, e também no *O Poder...* cit., p. 102, onde salienta: ‘O legislador ou o juiz não manifestam propriamente direitos subjetivos, no exercício de suas funções, mas sim potestades. Estas não são, pois, manifestações de simples autonomia, mas de soberania’, ainda Bulgarelli. *O conselho...* cit., p. 128. À potestade, que é exercida *super partes*, se contrapõe, do lado passivo, a sujeição, que é situação jurídica distinta da obrigação, porque, como salienta Santi Romano, “l’obbligo vincola la volontà, ma non la sopprime, anzi pressuppone sempre che essa intervenga”, enquanto que a sujeição é situação de necessidade, em que se acha o sujeito passivo, de suportar os efeitos jurídicos da potestade, mesmo contra a sua vontade: ‘I poteri che si considerano raggiungono il loro effetto nonostante la volontà contraria del soggetto passivo e quindi é improprio ritenere che questi abbia um qualsiasi obbligo... (cf. ob. ult. cit. p. 182, Carnelutti, ob. Ult. Cit. Pp. 169-170, Comparato, Essai... cit., pp. 24-25)’.” (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 59, NR 96). Para aprofundamento sobre o tema, ver: ROMANO, Santi. Poteri. Potestà. In: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Giuffrè: Milano, 1947, p. 172-203.

⁸⁴³ Sobre o tema, esclarecedoras são as considerações de FRANCESCO CARNELUTTI: “(...) o poder já não é um poder fazer, ou seja, um poder exercer o próprio interesse com liberdade, mas sim um poder comandar, isto é, um poder de limitar a liberdade de outrem; por sua vez o dever não se resolve em um deixar fazer, mas antes em um estar-se sujeito ao comando de outrem (...). O lado passivo dessa outra relação pode exprimir-se com a palavra “sujeição”, a qual tem como conteúdo um obedecer, em lugar de um deixar fazer. O que significa que é, não já um interesse, mas uma vontade a ser sacrificada, no sentido de que o direito reconhece e protege a vontade de um, ao passo que nega qualquer reconhecimento e assistência à vontade do outro. Por sua vez, o lado ativo dessa nova relação desdobra-se, conforme o comando seja atribuído ao próprio titular do interesse prevalente, ou a uma pessoa diversa: no primeiro caso, o poder toma o nome de direito subjetivo, no segundo toma o nome de potestas (potesta).” (Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 257). O jurista português CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, partindo das lições de KARL LARENZ, afirma que a sujeição consiste “(...) na situação de necessidade inelutável, em que está constituído o adversário do titular de um direito potestativo, de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício daquele direito. É, pois, a outra face da moeda, relativamente aos direitos potestativos.” (Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 177).

excepcionais. Por exemplo, na hipótese de conflito de interesse entre acionistas, o poder que é atribuído ao ente social adquire caráter unilateral, pois, exercido pelo acionista controlador na assembleia geral, será alçado à categoria de vontade social e poderá redundar na expansão, restrição, alteração ou eliminação de situações subjetivas de todos os demais acionistas, inclusive dos divergentes, ausentes e que se abstiveram⁸⁴⁴.

Sem embargo, o exercício de tal poder não é ilimitado. Na esfera societária, a doutrina refere a existência de pelo menos duas ordens de limites ou de controle à vontade social – expressa pela maioria, quando esta entra em confronto com os interesses dos demais acionistas. A primeira delas diz respeito ao direito de voto de alguns acionistas (geralmente os ordinaristas), acompanhada da exigência de quóruns qualificados e/ou de unanimidade para a aprovação de determinadas deliberações sociais. A segunda proíbe a alteração de núcleos rígidos do ordenamento societário, para os quais nem mesmo o consentimento do acionista individualmente considerado é capaz de atribuir eficácia à deliberação societária, porque o conteúdo da vontade social viola norma societária imperativa⁸⁴⁵.

Noticiados esses limites, é possível avançar no exame das normas societárias que garantem direitos ou posições subjetivas aos acionistas. Há duas vertentes que tratam da matéria: (I) a primeira delas aborda a situação e possibilidade de o acionista deter uma posição jurídica frente à vontade social, sem muita preocupação com a análise do caráter funcional e estrutural de tal figura, tendo como base a doutrina germânica e como fundamento a atribuição aos participantes do negócio societário de uma série de direitos subjetivos; (II) a segunda consiste em deduzir da situação subjetiva posta a disciplina

⁸⁴⁴ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 41.

⁸⁴⁵ O exemplo referido pela doutrina é a mudança da regra que regula a responsabilidade dos acionistas nas sociedades anônimas. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 55/56. O ordenamento societário estabelece outras limitações ao exercício desse poder. No caso de conflito de interesses, por exemplo, o art. 115 da Lei 6.404/76 refere que: “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. §1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. §2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º. §3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. §4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.” Sobre o tema ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993.

concreta dos interesses dos acionistas, a partir das normas societárias criadas para defender tais prerrogativas⁸⁴⁶.

As bases de sustentação dessas vertentes são semelhantes e consistem no seguinte: tratando-se de uma relação estabelecida entre os acionistas individualmente considerados e a sociedade, como se terceiros fossem, vigora o princípio geral da legitimidade para dispor, segundo o qual não é permitido, em regra, que um sujeito determine, unilateralmente, uma mudança desfavorável no patrimônio alheio, que não lhe pertence.

Em estudo sobre o tema, ALESSANDRO BERTINI sustenta a inexistência de diferenças essenciais entre o poder legiferante do legislador e a autonomia dos particulares na criação de normas jurídicas (por força própria ou por autorização do ordenamento⁸⁴⁷), o que autorizaria extrair direitos subjetivos das regras societárias. No entanto, tece críticas a essa visão⁸⁴⁸, especialmente porque (I) o sistema erigido pelo Código Civil italiano não alçava os direitos dos acionistas à categoria de direitos subjetivos; (II) tal equiparação não fazia indagações entre a norma e o interesse, nem sobre a forma pela qual o interesse era tutelado pela referida categoria; (III) não examinava se os elementos constitutivos de cada situação singular eram suficientes para atribuir a ela a qualificação de direito subjetivo; (IV) ignorava que o titular do direito subjetivo não tinha o poder de dele dispor, o que tornava a concepção insustentável sob o ponto de vista sistemático⁸⁴⁹.

A crítica do jurista italiano é coerente e atinge diretamente a primeira vertente anteriormente referida (direitos subjetivos), mas não anula a validade da segunda (situações subjetivas). Entende-se, assim, que o argumento pode ser estendido para relações jurídicas que, embora de cunho societário, têm objeto, destinação ou disposição autônoma e concreta,

⁸⁴⁶ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 56-57.

⁸⁴⁷ Nas palavras do jurista italiano: “Il legislatore pone il diritto in forza della potestà fornitagli dalla costituzione. Il privato pone i suoi precetti in forza della autonomia riconosciutagli dal legislatore. Ora, se è vero che l’atto del privato repete la sua validità da una autorizzazione rilasciata dalla legge, neppure la legge ha valore, in questo senso, assoluto, perchè ripete a sua volta la sua validità della costituzione.” (...) (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 19). Entre nós o tema é tratado por: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56-60.

⁸⁴⁸ Para BERTINI: “Errone infine sarebbe ritenere l’atto dei privati come immediatamente creatore di situazioni giuridiche subietive (per forza própria o per virtù di abilitazione conferita dall’ordinamento statale è questione che qui non va definita) in quanto logicamente non è ammissibile l’esistenza di situazioni giuridiche senza precetti che ne costituiscono il presupposto; precetti che per derivare da atti a cui non può disconoscersi, per quanto detto sopra, la qualità di atti creatore di diritto obiettivo, debbono qualificarsi quali vere e proprie norme giuridiche” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 20).

⁸⁴⁹ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 71-83.

como é o caso da deliberação sobre dividendos, ainda que se busque, no plano da coordenação (e não no da subordinação), um alinhamento de interesses entre o acionista individualmente e a sociedade⁸⁵⁰.

Em síntese, observa-se que os interesses dos acionistas são tutelados por normas jurídicas que impõem, direta ou indiretamente, uma limitação ao poder de atuação do ente social, podendo outorgar aos acionistas determinadas prerrogativas – situações jurídicas subjetivas – para influenciar o rumo das relações societárias internas. Eventualmente, o sócio poderá se encontrar em posição frontal à sociedade, sendo, frente a esta, um sujeito jurídico próprio e independente, muitas vezes com interesses autônomos, restando definir qual o interesse que irá prevalecer, individual ou social, e em quais circunstâncias a relação em questão permite a supremacia de um sobre o outro⁸⁵¹.

A teoria dos direitos individuais dos acionistas, doravante examinada, contribui para o equacionamento dessa questão. Antes de examiná-la, vejamos alguns contornos do estado ou posição jurídica do sócio em uma sociedade.

1.1.2. *Status socii* e participação social

A origem do termo *status* advém do direito romano (e.g. *status civitatis*, *status familiae*⁸⁵²) e sua plena evolução no âmbito jurídico perpassa o estudo de relevantes temas privatistas, tais como o conceito de pessoa e a teoria das relações jurídicas, o que foge ao escopo do presente estudo. Interessa-nos, no entanto, compreender as noções básicas que se construíram em torno dele e algumas das suas acepções no âmbito do direito privado.

⁸⁵⁰ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 60-65.

⁸⁵¹ DALMARTELO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 176.

⁸⁵² Ressalta DANIELA RAMOS MARQUES MARINO, com base nas lições de direito romano de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que: “(...) o conceito de *status* já surge no direito romano como um importante caráter instrumental, determinante na verificação da personalidade jurídica de um indivíduo e na determinação de sua capacidade”. (Cf. MARINO, Daniela Ramos Marques. *O status socii*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164-182, p. 165). Sobre a tese de que o direito e a sociedade evoluíram e desenvolveram-se a partir da passagem do *status* (i.e., pertencimento imutável do indivíduo a determinada classe ou comunidade) ao contrato (i.e., forma pela qual os indivíduos criam direitos e obrigações e trocam manifestações de vontade), ver: MAINE, Henry James Sumner. *Ancient law*. London: Minton Keynes, 1861. A tese, no entanto, foi alvo de críticas no sistema da *common law* e, atualmente, encontra-se ultrapassada, sendo possível falar de *status* sem, necessariamente, contrapor contrato. RACHEL SZTAJN, por exemplo, fala que no direito alemão existe uma espécie de “acordo de *status*” (*Statusvertrag*), presente nos contratos de sociedade ou de associação, nos quais se outorga ao participante o *status* de sócio, do qual decorre uma série de direitos, deveres e obrigações que não se aplicam aos não participantes. (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47). O tema também é explorado em: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 412-431.

Para FRANCESCO CARNELUTTI o conceito de *status* estava relacionado à conexão de um complexo feixe de situações jurídicas qualificado ou unificado pelo mesmo fato constitutivo, modificativo ou extintivo⁸⁵³ (e.g. *status* de falido), ao passo que para SANTORO-PASSARELLI o conceito não corresponde à soma dos seus poderes e deveres ou, mais genericamente, das suas relações jurídicas, mas sim a um pressuposto de uma esfera de capacidade aberta que tão logo obtida permite que o sujeito obtenha uma série de poderes, deveres ou relações⁸⁵⁴.

PIETRO PERLINGIERI deu ao tema uma roupagem menos estática, mais dinâmica e moderna, que nos interessa. Ressaltou o perigo de se realizarem inoportunas generalizações no trato da matéria, nas quais se busca individualizar uma noção vaga e genérica de *status*, que abarque fenômenos e situações materialmente distintas, tratadas de forma idêntica, renunciando-se, assim, à possibilidade de colher as particularidades de cada *fattispecie*⁸⁵⁵.

O autor critica as três principais correntes que examinaram a noção de *status* na doutrina italiana: (I) como critério de economia legislativa ou meio de técnica jurídica (não como situação subjetiva autônoma); (II) como vínculo (de subordinação) do indivíduo ao grupo; (III) como consequência do fato de que o indivíduo pertence a um grupo e a qualidade do sujeito nesse contexto⁸⁵⁶. Entende que é preciso examinar tais orientações tendo em conta o princípio da igualdade (formal e substancialmente considerado), prestigiando a pluralidade de significados que o termo pode assumir. Nas palavras do autor:

(...) de uma noção unívoca de *status*, à qual uma parte da doutrina propende, deve-se chegar a um uso polivalente. Trata-se, portanto, de individuar e catalogar, ainda que de forma aproximada, os vários significados atribuídos ao *status* e a sua diversa relevância jurídica, de maneira que se possa propor uma distinção que não seja simplesmente formal e descritiva, mas, sim, fundada nos conteúdos e na função⁸⁵⁷.

Após aprofundar o exame dessas diversas acepções, PERLINGIERI, ratificando a linha adotada pela doutrina de um modo geral, identifica a vinculação de um indivíduo ao grupo e a sua posição em determinada comunidade como uma espécie de *status*. O direito societário se aproveitou dessas lições para aprofundar o estudo dos direitos, deveres e

⁸⁵³ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 291-292.

⁸⁵⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Jovene, 2012, p. 23-24.

⁸⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 132.

⁸⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 133/134.

⁸⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 134.

obrigações atribuídos a um sócio ao firmar um contrato plurilateral associativo (e ingressar em uma sociedade), dando origem ao que se convencionou chamar de *status socii*⁸⁵⁸.

TULLIO ASCARELLI foi pioneiro no estudo do tema, motivado pela necessidade de se conceber a posição jurídica de sócio a partir de uma sistemática comum de direitos, poderes, deveres e ônus, inserida em uma coletividade, regulada por um ordenamento jurídico próprio – societário –, que se funda em uma qualidade subjetiva, que é seu pressuposto⁸⁵⁹. E mais: na possibilidade de esse estado – qualidade de sócio – ser reivindicado autonomamente pelo seu titular, sem referência expressa ou exclusiva a um direito específico (patrimonial ou administrativo) ou a uma pretensão decorrente de tal pressuposto, afastando a tendência de classificá-lo como mero direito real ou de crédito sobre o patrimônio social – como se a sociedade não tivesse personalidade jurídica⁸⁶⁰.

Influenciado pelo pensamento de EMÍLIO BETTI, ASCARELLI aproveitou-se do termo *status* apenas em sentido formal, como uma expressão sintética que busca pôr em evidência

⁸⁵⁸ Para uma visão crítica sobre o tema, ver: BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 79 e 181 e ss.; RIVOLTA, Gian Carlo. *La partecipazione sociale*. Giuffrè. Milano, 1965, p. 129 e ss.; CARBONE, Bruno. *Status e soggettività giuridica*. Giuffrè: Milano, 1998, p. 11, 133-134 e 136-137.

⁸⁵⁹ Quando TULLIO ASCARELLI chegou ao Brasil, no final da primeira metade do século XX, os representantes da doutrina comercial pátria, especialmente representados por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA e WALDEMAR FERREIRA, ainda não tinham alcançado conclusão semelhante. Na visão de CARVALHO DE MENDONÇA, por exemplo: “Muitos são os direitos e as obrigações que emanam da lei para os sócios relativamente à sociedade e aos terceiros. Outros direitos e obrigações são determinados no contrato social ou nos estatutos sociais. Não é possível apresentar aos olhos do leitor sistematicamente todos os que resultam da lei, visto ser o maior número peculiar a cada uma das formas de sociedade (...) Qual a natureza do direito que o sócio adquire em consequência das entradas que contribui para a formação do capital social? Sobre esta delicada questão dividem-se as opiniões doutrinárias. Se é certo que ela se prende à de caráter geral relativa à índole do direito que o associado tem às vantagens resultantes da corporação, sob o ponto de vista das sociedades comerciais, há especialidades notáveis. O problema não se resolve somente pelos princípios do Direito Civil (...) Parece-nos que o direito de sócio, isto é, a posição dos sócios nas sociedades comerciais, analisa-se em duas partes: um direito patrimonial e outro pessoal.” (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. III, livro II, parte III. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 70/71). A construção de ASCARELLI se propagou pelo direito europeu. Na doutrina germânica, por exemplo, KARL LARENZ, ao examinar aquisição e perda da condição de sócio em sua associação, qualifica tal a posição como o *status* de um membro com relação a seus direitos e deveres adquiridos por meio da celebração de um contrato ou o ingresso posterior no ente social. LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. 3. ed. Trad. Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 214. A classificação também é usada na Argentina: HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. *Sociedades anónimas*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Lexis, 1998, p. 391, e em Portugal: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 412-431.

⁸⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 220. O exemplo de FÁBIO K. COMPARATO ajuda a compreender a conceituação: “Assim, da mesma forma que, na investigação de paternidade, o reconhecimento do estado de filho independe do efetivo exercício de qualquer pretensão específica de cunho patrimonial, assim também o litígio pode se estabelecer sobre o reconhecimento de um *status socii* particular – de acionista ordinário ou preferencial, por exemplo – como pressuposto subjetivo necessário para o exercício ulterior de uma pretensão judicial contra a sociedade, tal a de declaração de nulidade das Assembleias Gerais” (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Usufruto acionário e quase usufruto. Limites aos direitos do usufrutuário*. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 68-96, p. 76/77).

a participação do sujeito em uma coletividade de pessoas independente dos seus membros, para ressaltar o pressuposto comum existente entre todos os indivíduos e a série de consequências jurídicas daí resultantes. O jurista italiano ressalta que:

(...) quando uma multiplicidade de direitos e deveres cabe a um idêntico sujeito jurídico, tendo todos, como pressuposto comum e constante, a sua participação em uma coletividade, é mister levar em conta esse pressuposto, examinando a sua disciplina jurídica, independentemente da disciplina jurídica, diversa, de cada um dos direitos ou das obrigações que dele decorrem, preenchidos os demais requisitos necessários a respeito.

E conclui:

A posição do sócio pode, pois, ser diversamente qualificada (por. ex., acionistas ordinários e acionistas privilegiados), o que permite, por sua vez, distinguir a posição ou o *status* de sócio, da qualidade de algumas categorias, a qual, por seu turno, constitui pressuposto de direitos e obrigações especiais⁸⁶¹.

A relevância e a complexidade do tema exigem aprofundamento⁸⁶². Em regra, a relação jurídica societária não funciona como uma comunhão, na qual as partes detêm a copropriedade de determinado bem (i.e., o sócio não é um condômino dos bens sociais, que, em razão da personalidade jurídica, pertencem à sociedade), tampouco como uma relação creditícia em que o sócio tem apenas direitos de crédito em face da sociedade, sendo, portanto, mero credor desta⁸⁶³.

⁸⁶¹ Para ASCARELLI a discussão técnica em torno da posição jurídica de sócio como um *status* situava-se no seguinte contexto: “Discute-se a respeito da responsabilidade de considerar, tecnicamente, esta posição como um *status*. Decorre a resposta, a esse respeito, da conceituação diversa nos vários autores da concepção de *status*. Entendem, com efeito, alguns possa o conceito de *status* ser utilizado apenas para indicar pertença, do sujeito, a uma coletividade organizada e de caráter necessário; outros, possa ele ser utilizado apenas para indicar que o direito encara diretamente determinada qualificação jurídica, independentemente dos fatos em que ela assenta. Com frequência quer-se indicar, com *status*, uma situação jurídica que não assenta na vontade do próprio sujeito, contrapondo, então, *status* e ‘contrato’ e justamente notando a progressiva e justa evolução, do sistema jurídico, do *status* ao ‘contrato’. Parece-me, entretanto, possível utilizar o termo *status* para indicar o pressuposto comum a uma multiplicidade de obrigações e direitos de um sujeito, à vista de sua participação a uma coletividade, embora assente na vontade dele. (...) O fato de não assentar, esse pressuposto, na vontade do sujeito, constitui, sem dúvida, um elemento de importância básica e, sociologicamente, fundamental. Não me parece, entretanto, que o fato de decorrer, a posição da vontade do sujeito e, mais precisamente, de um contrato, contraria a possibilidade de utilizar o termo *status* num sentido jurídico-formal. Também na terminologia anglo-saxônica o termo *status* é usado com referência à posição dos acionistas (Cf. COOK, ob. cit., p. 37); por seu turno, o direito suíço (art. 646, conforme a Lei de 18 de dezembro de 1936) fala em ‘qualidade de membro’ e o direito brasileiro (art. 91 do Decreto n.º 2.627) fala em ‘qualidade’ de acionista.” (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Princípios e problemas das sociedades anônimas*. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 341). O tema é bem explorado por: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006, 412-431.

⁸⁶² Entre nós há excelente ensaio de DANIELA RAMOS MARQUES MARINO, com ampla bibliografia sobre o tema: MARINO, Daniela Ramos Marques. *O status socii*, in: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164-182.

⁸⁶³ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, Roma: Foro Italiano, 1936, p. 126.

Como referimos no Capítulo I deste estudo, o contrato de sociedade traz consigo uma relação contratual de natureza plurilateral associativa. ASCARELLI, como profundo conhecedor dessa estrutura organizativa, utilizou-se da noção de *status* para descrever a natureza dessa “posição jurídica de sócio”, concebendo-a como um pressuposto do qual irradiam inúmeros direitos e obrigações de natureza e funcionalidade diversas⁸⁶⁴.

Não se está, portanto, apenas no campo das relações jurídicas, as quais poderão surgir em um segundo momento, como consequência desse pressuposto. A noção de *status socii* representa um estágio anterior do qual decorrem tais relações, que não alteram a natureza da posição, na medida em que não se confundem com ela. Nessa lógica, o *status* de sócio pode ser qualificado de diversas maneiras, conforme suas diferentes características e direitos, porém a essência do conceito é sempre a mesma, independentemente do tipo societário do qual o sujeito faz parte, resolvendo-se da mesma forma para todas elas⁸⁶⁵⁻⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ WALDEMAR FERREIRA resume, com precisão, o pensamento de ASCARELLI: “(...) divisou Tullio Ascarelli, na atitude dos sócios, dentro da sociedade mercantil, situação jurídica idêntica à dos cidadãos dentro da sociedade nacional, ou seja, em determinada relação com a ordem jurídica de certo Estado. Se estes, nesse caso, têm *status*, a analogia manda aos sócios também *status* se atribua e reconheça. Por isso, examinando-a no âmbito da sociedade de comércio, foi levado a reconhecer nela pressuposto de ulteriores direitos e obrigações, antes que relação jurídica em sentido restrito, de que, por seu turno, ou diretamente, senão com o concurso de posteriores consequências, derivam direitos e obrigações. Esses direitos, de vária natureza, cuja diversidade não altera a unidade da natureza jurídica da posição dos sócios, pois que esta não se identifica com um daqueles direitos e obrigações, que dela não decorrem, se consideram seu constante pressuposto. Há, pois, na posição dos sócios, nada menos que situação estável, autêntico estado, no sentido próprio da expressão – estado de sócio, existentes em toda sociedade, de qualquer tipo ou natureza. Tanto a civil, quanto a comercial. Origina-se ele no instante em que ela adquire existência legal como pessoa jurídica. Decorrem dele direitos e obrigações, peculiares a quantos em idêntica situação se encontrem, variáveis, quanto a condições de exercício, com gênero ou tipo societário” (Cf. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 150-151).

⁸⁶⁵ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, Roma: Foro Italiano, 1936, p. 127/128; ASCARELLI, Tullio. Princípios e problemas das sociedades anônimas. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 313.

⁸⁶⁶ Essa orientação é assaz comum na Itália. Por exemplo, ALESSANDRO GRAZIANI concorda com a aplicação da noção de *status* à posição jurídica de sócio, como pressuposto para aquisição de uma série de direitos e obrigações, mas ressalta que o termo, nesse particular, assume sentido atécnico: “La posizione di membro di una società personificata come la società per azioni, situazioni giuridiche di socio della stessa, costituisce presupposto per la titolarità di tutta una serie di diritti, come per il gravare di un certo numero di obblighi. Sul fondamento di una tale constatazione, da più di uno scrittore si è creduto ravvisare un vero e proprio status di socio; ma questa ulterior affermazione non manca di lasciare taluni dubbi, di cui si è reso di recente interprete – con argomenti convincenti, e opugnando la contraria tesi dell’ASCARELLI – il FORMIGGINI. Questo scrittore non solo esclude (come d’altronde in dottrina sembra pacifico) che la nozione di status possa utilizzarsi con riferimento alla posizione del socio, nel significato romanistico originario dell’istituto; sibbene anche nel significato che all’espressione modernamente si attribuisce. Qualunque sia il critério in base al qual la nozione in argomento voglia costruirsi – continua il FORMIGGINI – giammai potrà parlarsi a proposito della posizione di socio, di status in senso técnico: si restringa il concetto all’collegamento tra l’individuo e un determinato ordenamento giuridico, e allora unico status riconoscibile sarà quello civitatis; si segua un critério storico-tradizionale, ed allora allo stato di cittadinanza potrà aggiungersi solo quello di famiglia; si riconoscano intrinseci alla nozione di status i due caratteri della necessità e della permanenza, secondo la nota concezione del FERRARA Fr. Sen. e dovrà escludersi lì rivestita la situazione del socio. Vero è solo – conclude FORMIGGINI – che di status socii può parlarsi in senso atécnico, volendo con ciò porre in rilievo che la

As diferentes características das posições seriam, na verdade, qualidades subjetivas (e.g. existem acionistas ordinários e preferencialistas que representam qualidades do mesmo *status*) –, o que ajuda a compreender por que a posição jurídica se mantém intacta, não obstante a variedade dos direitos que podem se verificar na situação em concreto. Dito de outra forma, a ideia que sustenta essa concepção é a de sintetizar e isolar a posição de sócio como pressuposto e invólucro jurídico para, a partir disso, estudar seus desdobramentos, independentemente da análise dos diferentes direitos que dele decorrem e da sua disciplina jurídica diversa, já que é precisamente essa pluralidade e diversidade que permite classificar e unificar a posição jurídica do sócio como um *status*⁸⁶⁷.

Em termos práticos, quando se afirma que as ações de uma sociedade anônima atribuem ao acionista um *status socii*, quer-se destacar a posição jurídica que o titular das ações tem em relação à sociedade (esta tida como unidade) e aos demais membros desse ente social, cuja consequência será a formação de uma série de relações societárias internas, em contraposição à posição jurídica que ostentam os indivíduos não sócios que estabelecerão com a sociedade relações societárias externas. Nunca é demais lembrar que a ação se refere ao pressuposto e não, diretamente, aos direitos dele decorrentes⁸⁶⁸.

posizione di socio è fonte di una serie di diritto e di doveri, è un presupposto di rapporti giuridici. I risultati di tale indagine sembrano accettabili: onde si tiene da noi a rilevare, che la mostra utilizzazione della terminologia di status con riferimento alla posizione del socio della società azionaria, tende solo a porre in risalto, trattarsi nella specie di una situazione giuridica, cioè una posizione del soggetto produttiva di diritti e di doveri' (così già FERRARA Fr. Sem. Teoria delle persone giuridiche, Napoli-Torino 1923, p.604). La posizione di socio è il prius per una serie di diritti e di doveri, che da quella posizione scaturiscono; chi è socio, ha una serie di diritto e di obblighi: non, chi ha una serie di diritti e di obblighi, è socio. La nozione di status può quindi usarsi (e da noi si utilizza), con riferimento alla posizione del socio, in significato tecnico bensì, ma come formula espressiva di un particolare e determinato concetto, dianzi delineato." (Cf. GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Morano: Napoli, 1948, p. 85/87).

⁸⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 128; COMPARATO, Fabio Konder. Usufruto acionário e quase usufruto. Limites aos direitos do usufrutuário. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 68-96, p. 77. A concepção de ASCARELLI foi bem capturada por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS: "Distingue *status* de simples qualidade. Os *status* podem ser diversamente qualificados pela subsistência de particulares características, as quais se referem, todavia, sempre a um mesmo *status*, e portanto sempre à relação com um mesmo ordenamento. Assim, o *status* de sócio pode ser qualificado pela presença de um privilégio reconhecido a uma determinada categoria de sócios, por exemplo, no recebimento de dividendos, onde podemos distinguir entre os sócios ordinários e os privilegiados. É nesta perspectiva das diversas qualificações de um mesmo *status* que fala de qualidade jurídica, assim distinguindo os dois conceitos. Mais tarde explicita melhor sua construção. Nas suas palavras, a complexidade da disciplina da sociedade anônima põe em evidência (...) a impossibilidade de identificar direitos do sócio em "um" direito, seja real, seja obrigacional. Deve, ao invés, falar-se de uma "posição", de um pressuposto, um *status*, do qual – subsistindo outros requisitos, diversos nos vários casos – derivam, de um lado, deveres (em relação à liberação das ações) e, do outro, direitos de caráter patrimonial (por exemplo, direito ao dividendo, direito à quota de participação) e não patrimonial (por exemplo, o direito a informação, o direito de participar na assembleia) (...) Todos estes direitos, poderes, obrigações têm um pressuposto comum: a qualidade de sócio. A ação refere-se a este pressuposto e não, diretamente, aos direitos que dela derivam" (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006, 413-414)

⁸⁶⁸ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

Em uma perspectiva sistemática, não é possível conceber que apenas as ações atribuem o *status socii* a seus titulares e que os demais tipos de participações societárias (por exemplo, as quotas) não o fazem⁸⁶⁹. A concepção teórica é mais abrangente, sendo possível afirmar que quando um indivíduo expressa uma manifestação de vontade – sem vícios de qualquer natureza – ele adquire a posição jurídica de sócio, que, por sua vez, lhe outorga um *status* que cria, modifica ou suprime uma relação frente a determinada comunidade ou grupo de indivíduos⁸⁷⁰.

Como membro de um negócio jurídico societário e parte relevante da sua estrutura organizativa, o sócio passa a ser titular de uma série articulada de situações subjetivas de natureza diversa, exercíveis passiva ou ativamente (direitos, poderes, faculdades, obrigações, proibições, responsabilidades) no âmbito da sociedade⁸⁷¹. Nesse contexto, o

⁸⁶⁹ Sobre o tema precisa é a observação de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS: “Atenta à personalidade de todas as sociedades comerciais, a participação dos sócios nessas sociedades incide sobre a parte social. Nos vários tipos de sociedades comerciais, a parte social assume designações diversas. Na sociedade anônima, a parte social não tem uma designação específica e os sócios são proprietários de ações; na sociedade por quotas as respectivas partes sociais são denominadas quotas; nas sociedades em comandita a parte social dos comanditados designa-se como na sociedade em nome coletivo, a dos comanditários e comanditas simples segue o regime de transmissão das quotas e pode ser designada como tal, nas comanditas por ações, os comanditários são donos de ações. (...) Enquanto objecto de direitos, a parte social, é um bem em sentido técnico, algo que tem utilidade, um meio hábil para a prossecução de fins de pessoas individualmente consideradas. (...) Concluimos, pois, que o objeto da participação social é a parte social. (...) Não é metodologicamente correcto partir da natureza jurídica da participação social para o seu regime. Ao contrário, o ponto de partida deve estar no seu conteúdo; a natureza jurídica é uma conclusão. (...) A participação social pode ser entendida de modos diversos. Os direitos e obrigações, os poderes e vinculações dos sócios podem ser encarados como uma multiplicidade atomística não unitária. Noutro modo de pensar, pode aquela pluralidade ser compreendida unitariamente, como uma globalidade estruturada, seja como uma relação jurídica, como a posição jurídica do sócio nessa relação, como um direito subjetivo ou ainda como um *status*. Esses diferentes modos de entender e de construir dogmaticamente a participação social estão ligados a diversas perspectivas sobre o Direito em geral e sobre as sociedades comerciais em particular. (...) Consoante o tipo de sociedade, tipo legal e tipo social, a participação social assume diferenças qualitativas importantes. Essa diversidade é assinalada por MENESES CORDEIRO, quando distingue entre sociedade em nome coletivo como paradigma das sociedades de pessoas, a sociedade por quotas como tipo misto, e a sociedade anônima como paradigma das sociedades de capitais: conforme o tipo de sociedade considerado, assim nos situaríamos dentro da escala indicada: nas sociedades de pessoas teríamos a qualidade de sócio; nas mistas, a titularidade de uma posição; nas de capitais, a própria posição, independentemente do seu titular. ” O autor destaca a necessidade de distinguir participação social (como posição jurídica do sócio na e perante a sociedade) de parte social (que é seu objeto): “A participação social não deve ser identificada com a parte social. A participação social é a posição jurídica dos sócios na sociedade e perante a sociedade. Incide sobre a parte social, que constitui o seu objeto. Quando a doutrina alemã fala da *Mitgliedschaft* como objeto de direito, esse conceito é referido no sentido de parte social, da parte em que o sócio participa na sociedade. A parte social pode ser transmitida e onerada como um objeto unitário. Pode ser objeto de aquisição e alienação em vida, de sucessão por herança ou por legado, pode ser onerada com usufruto e com penhor, pode ser penhorada e vendida em execução (...) A pluralidade de poderes e vinculação que integram a participação social não obsta, pois, a consideração da parte social como objeto unitário de direito” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 370 e seg e 436-437).

⁸⁷⁰ ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema de società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 37/38; SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

⁸⁷¹ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale*. Vol. 2: *Diritto delle società*. A cura di M. Campobasso. 8. ed. Torino: Utet, 2012, p. 53.

status socii se apresenta, simultaneamente, como ponto de partida e de chegada, responsável pela unificação desse complexo conjunto de situações, bem como das sucessivas relações jurídicas que irão se formar entre eles⁸⁷².

Corretas, portanto, são as conclusões de ARTURO DALMARTELLO e PEDRO PAIS VASCONCELOS, respectivamente:

Lo stato di sócio, è semplicemente l'insieme dei doveri e dei diritti, delle funzioni e dei poteri che il socio ha verso questo centro idealmente subiettivato: e cioè la titolarità complessa (20), dei diritti e degli obblighi contrattuali, delle funzioni e dei poteri rappresentativi nei riguardi della società commerciali⁸⁷³.

A concepção de *status* como posição pessoal perante a comunidade é adaptada por ASCARELLI à posição do sócio na sociedade e perante a sociedade. Vários autores objectam que esta adaptação é heterodoxa, e ASCARELLI concorda, mas aceita-a como uma concepção técnica. O *status* pode e deve manter-se na atualidade, com um novo sentido. Ele é, hoje, particularmente hábil para estruturar regimes jurídicos especiais de proteção, como, por exemplo, o de consumidor, de deficiente, de mãe solteira ou de refugiado (...) O *status* não é um operador jurídico defunto. Importa contar com ele na qualificação da natureza jurídica da participação social como o estatuto do sócio, principalmente nas sociedades abertas, como o estatuto do investidor⁸⁷⁴.

O estudo dessa posição e dos seus desdobramentos põe em evidência que no relacionamento societário, diferentemente do que ocorre nos demais, as relações jurídicas não são mantidas entre partes independentes e contrapostas, já que o sujeito individualmente (sócio) pode ser considerado, de certo modo, quase parte do todo (sociedade⁸⁷⁵). As situações jurídicas passivas – obrigações e deveres sociais (e.g. integralização do capital, exercício da administração, do controle e da fiscalização) e as ativas patrimoniais (e.g. dividendos, participação no acervo em caso de liquidação) e não patrimoniais (e.g. voto⁸⁷⁶, informação,

⁸⁷² BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936, p. 217 e ss. E, posteriormente, em seu tratado: BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. I. Trad. Felipe de Solá Canizares. Buenos Aires: Uteha, 1960, p. 272; RODRIGUEZ, Joaquin Rodriguez. *Tratado de sociedades mercantiles*. T. I. México: Porrúa, 1948, p. 17.

⁸⁷³ DALMARTELO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 176. A conclusão foi amplamente aceita pelo direito brasileiro. Sobre o tema, com informações históricas relevantes, ver: FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*. V.2. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 338-349.

⁸⁷⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 14 e 428-429.

⁸⁷⁵ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, Roma: Foro Italiano, 1936, p. 128.

⁸⁷⁶ Ressalta ASCARELLI que o voto constitui mais um poder jurídico do que um direito subjetivo no sentido rigoroso. Sobre o tema: ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, Roma: Foro Italiano, 1936. O tema é extensamente abordado por: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

participar na assembleia do sócio) estão intimamente ligados ao seu título de pertencimento a uma sociedade (*titolo di appartenenza*⁸⁷⁷) – a sua membridade.

Tais direitos e obrigações são recíprocos e dinâmicos, isto é, do sócio para com a sociedade e da sociedade para com o sócio, de maneira que, enquanto o contrato exige o cumprimento de deveres para a realização do fim social, os sócios detêm algumas faculdades em razão de pertencerem à sociedade. Cada um desses direitos, no entanto, está sujeito a uma disciplina própria, da mesma forma que diverso pode ser o momento de sua aquisição, transferência ou perda por cada membro, podendo estas ocorrerem independentemente da aquisição e da perda da posição de sócio⁸⁷⁸.

Uma parcela da doutrina mais moderna prefere utilizar a expressão “estado de sócio” em vez de “posição jurídica de sócio⁸⁷⁹⁻⁸⁸⁰”, ambas, no entanto, transmitem a mesma

⁸⁷⁷ BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936, p. 218. FRANCO DI SABATO, por exemplo, identifica como sinônimos os termos *partecipazione sociale* e *status di socio* (DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 194).

⁸⁷⁸ O sócio pode, por exemplo, permanecer sócio, embora já tenha recebido as quantias que lhe poderiam tocar em caso de liquidação da companhia (art. 44, § 2.º, da Lei 6.404/76); apesar da transferência das ações o acionista fica responsável pelas entradas devidas se a ação não estava totalmente integralizada (art. 108 da Lei 6.404/76.) (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema de società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 36).

⁸⁷⁹ Em estudo mais recente, o jurista português ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO esclareceu que os sócios celebram um contrato de sociedade e se colocam nas posições contratualmente acordadas. No entanto, a complexidade, a dinâmica de funcionamento da sociedade e a passagem do tempo acarretam alterações nessas posições, razão pela qual entende ser mais adequado classificar a qualidade de sócio como sendo um “estado”, em vez de uma posição jurídica. A partir dessa concepção, ele entende ser possível exprimir todo o mutável, porém consistente, conjunto de posições jurídicas que, por lei, pelo contrato de sociedade, por outros acordos parassociais e por deliberações societárias, possam advir para o sócio. O autor refere também o prolongamento do estado de sócio no tempo e as obrigações duradouras que dele decorrem (Cf. MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito das sociedades*. v. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 568 e ss.). Sobre o tema, ver também: MARINO, Daniela Ramos Marques. O *status socii*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Axevedo e Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164-182, p. 176-177.

⁸⁸⁰ Esclarecedoras são as observações de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS: “A posição jurídica corresponde a uma situação jurídica que tanto pode ser relacional como não relacional. É relacional uma posição jurídica que se insere numa relação jurídica. É o caso, por exemplo, da situação do credor ou do devedor numa relação jurídica creditícia (relação jurídica primária). Não é já relacional a situação jurídica emergente da titularidade de um direito absoluto. A situação do proprietário, por exemplo, não se insere numa relação jurídica, embora possa envolver relações jurídicas reais, como as de vizinhança (relações jurídicas secundárias). (...) As posições jurídicas podem ser activas e passivas e muitas vezes uma mesma posição jurídica terá componentes activas e passivas. A componente activa das posições jurídicas traduz-se fundamentalmente em poderes, usado este termo num sentido muito amplo; a componente passiva traduz-se em deveres, vinculações ou adstrições, usadas estas expressões em sentidos também muito alargados. Como operador jurídico, a posição jurídica permite exprimir melhor e dar tratamento jurídico mais eficiente a situações e relações complexas, que tanto a lei como a doutrina costumam desarticular. É o caso da posição jurídica de sócio, que envolve uma componente activa e uma passiva que o Código das Sociedades Comerciais separa em preceitos diferentes como direitos e obrigações dos sócios e que aparecem dispersos em inúmeros artigos da lei. A posição jurídica permite exprimir não apenas o típico direito do sócio – direito social – que engloba um riquíssimo complexo activo e passivo, mas também a posição jurídica concreta de um certo sócio de uma determinada sociedade. A posição jurídica globalmente entendida compreende ainda, imanente, um sentido ético e funcional que é de grande utilidade na concretização e no exercício jurídicos. A concepção da participação social como posição jurídica do sócio na sociedade é dificilmente contestável. O que se discute dogmaticamente não é propriamente a qualificação como posição jurídica, mas antes a sua referência. Os autores que negam a qualificação da participação social como direito subjectivo referem a posição jurídica à relação jurídica e entendem-na como posição jurídica do sócio

mensagem: o conjunto de direitos e de deveres, das funções e dos poderes que o sócio tem perante um ente idealmente subjetivado que é a sociedade⁸⁸¹.

Examinados o conjunto teórico que subjaz o conceito e a compreensão do estado de sócio, é importante pontuar que diversas são as formas por meio das quais um indivíduo pode adquirir-lo, perdê-lo ou, ainda, modificá-lo. A aquisição, por exemplo, pode se dar originariamente pelos sócios fundadores quando da constituição do ente associativo, ou de forma superveniente, mediante a alteração subjetiva da base do contrato societário, mediante nova subscrição e integralização do capital social, ou, ainda, mediante aquisição de ações ou quotas de titularidade de outro sócio⁸⁸².

A perda do estado de sócio ocorre em virtude de um evento de dissolução da sociedade ou, ainda, no decorrer das suas atividades, de forma natural ou forçada, como no caso de transferência *inter vivos* ou *causa mortis*, interdição ou perda superveniente da capacidade, exercício do direito de recesso, exclusão de sócio, entre outros⁸⁸³. Já a modificação do *status socii* se dá em situações nas quais há uma mudança na estrutura societária que dá guarida ao participante, ocasionando a alteração em direitos e obrigações, tal qual ocorre nas operações societárias de fusão, incorporação, transformação e cisão⁸⁸⁴.

Como bem ressalta FÁBIO K. COMPARATO:

Numa certa concepção, aliás, toda organização de poder existe com o fim precípua de preservar tais direitos. É claro que, na sociedade mercantil, não se pode falar em direitos naturais dos sócios, anteriores à constituição social. Mas pode-se e deve-se frisar que, sem o respeito a certas prerrogativas pessoais elementares, não há sociedade, pura e simplesmente. O *status socii* supõe o reconhecimento primário de determinados direitos e poderes (...) É preciso, com efeito, reconhecer que todos os direitos essenciais do acionista, catalogados no art. 109 da Lei n.º 6.404/76, fundam-se no mesmo pressuposto lógico: o direito ao *status* de acionista, o direito de permanecer sócio⁸⁸⁵.

Os temas da relação societária, do estado jurídico de sócio e dos direitos e deveres dele decorrentes são complexos e inquietantes por uma série de razões, sendo a principal

na relação jurídica social; aqueles que, diferentemente, a qualificam como direito subjectivo, referem a posição jurídica do sócio na sociedade. O entendimento da participação social como posição jurídica propicia também a sua qualificação como estatuto social do sócio, ou *status socii*” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 410-411).

⁸⁸¹ DALMARTELO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 177; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 151.

⁸⁸² ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 146.

⁸⁸³ ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 146.

⁸⁸⁴ MARINO, Daniela Ramos Marques. O *status socii*, in: FRANÇA, Erasmo Valladão Axevedo e Novaes (org.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164-182, p. 179.

⁸⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Funções e disfunções do resgate acionário. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 120-130, p. 122/123.

delas a sua multiplicidade de ângulos e aspectos. Não resta dúvida, portanto, que do ponto de vista jurídico-material, a posição ou estado de sócio abrange uma série de situações jurídicas ativas e passivas.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, após apresentar o tratamento dado ao tema na Itália e na Alemanha⁸⁸⁶, propõe uma solução de compromisso ao defender que a participação social nas sociedades comerciais deve ser examinada de forma plural, não sendo possível classificá-la singular ou atomisticamente, isto é, como uma relação jurídica, um direito subjetivo, um *status socii*, ou ainda como um objeto de direito⁸⁸⁷. Para o autor:

A participação social pode e deve ser qualificada pluralmente como relação jurídica, como direito subjectivo e como *status socii*. Entendida como parte social, é objeto de direito. Estas qualificações não são incompatíveis umas com as outras e exprimem, cada uma, algo de relevante, em diferentes perspectivas,

⁸⁸⁶ Enquanto a qualificação da participação social como um *status* é assaz comum na Itália, na doutrina alemã predomina sua qualificação como um direito subjetivo *sui generis*, que se distingue da propriedade, do crédito e até da propriedade intelectual. O autor sintetizou muito bem o tratamento dado ao tema na Alemanha: “Os autores mais representativos assim a qualificam, embora não excluam uma sua dupla qualidade, também como relação jurídica ou ainda como posição jurídica e até como objeto. A participação social, segundo a doutrina alemã dominante, não é apenas direito subjectivo, mas é também e fundamentalmente direito subjectivo. A este direito subjectivo chamaremos direito social. Sem pretensão de exaustividade, que seria inalcançável e até perniciosa, vale a pena mencionar os autores mais representativos dessa tendência. WIEDEMANN entende, já em seu *Gesellschaftsrecht*, a participação social como um direito subjectivo comparável à propriedade, ao direito de crédito e aos direitos sobre bens imateriais, suscetíveis de ser transmitidos, de ser onerados com penhor ou usufruto e ainda de ser objeto de renúncia. Mas é em *Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, obra especificamente dirigida ao tema, que o trata com profundidade. Qualifica, então, a participação social como relação jurídica e também como direito subjectivo. KARSTEN SCHMIDT qualifica a participação social como direito subjectivo (embora qualifique também como relação jurídica). Não se trata, em sua opinião, de mera posição jurídica, nem de um feixe ou conjunto de relações jurídicas subjectivas, mas antes de uma globalidade, um todo (*ein Ganzes*), que admite inúmeras variações de conteúdo, determinadas tanto pelo tipo legal como pelo tipo social, mas que se mantém como tal, tanto nas sociedades de pessoas sem personalidade jurídica, como nas sociedades personalizadas. Também MARCUS LUTTER, sem excluir as qualificações como relação jurídica e objecto de direito, opta pela qualificação da participação social como um direito subjectivo global que liga e une uma multiplicidade de poderes, vinculações e relações de diversa ordem na colectividade: *Mitgliedschaft ist subjektives Recht im Verband*. A participação social é ainda um direito subjectivo para HABERSACK. Este autor aprofunda a questão na perspectiva da suscetibilidade de a considerar como um *sonstiges Recht* para os efeitos do § 823.1 do BGB. Juntamente com MARCUS LUTTER, é HABERSACK que mais profundamente investiga e constrói a participação social como direito subjectivo. Noutros autores, como, por exemplo, HIRTE, EISENHARDT e THIELEMANN, a qualificação da participação social como direito subjectivo é adoptada sem demonstração especial” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 431-433).

⁸⁸⁷ Na introdução do seu trabalho, o autor assevera com precisão: “Pensar na participação social enfrenta o problema de colocar algo – a participação social – perante conceitos jurídicos que têm sido cientificamente referidos a outras realidades que, sem serem completamente diferentes, o são todavia suficientemente para suscitar dificuldades. Tal obriga, por um lado, a partir do particular para o geral, isto é, dos principais aspectos do regime jurídico de sócio na sociedade, para uma qualificação; e por outro, a repensar alguns dos principais conceitos operativos, como o do direito subjectivo e de *status*, de modo a torná-los efetivamente úteis, num juízo reflexionante, para se conseguir achar o geral. O objeto desta investigação é, pois, a participação social, no seu modo múltiplo de ser do sócio, no seio da sociedade (posição, *status*), como a sua posição perante a sociedade (relação), como aproveitamento da utilidade econômica do seu investimento na sociedade (direito subjectivo), e como seu quinhão na sociedade (objeto, parte social). Todos estes são modos de ser do sócio, são modalidades de existência que integram e se integram num mesmo e complexo ente jurídico” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 6-7).

do ente jurídico global que é a participação social. As várias qualificações têm uma aplicação mais intensa em certos tipos societários do que noutros. Assim, na sociedade em nome colectivo é mais relevante a componente relacional, na sociedade por quotas é mais intensa a qualificação da posição do sócio como direito subjectivo (principalmente na sociedade unipessoal por quotas), assim como na sociedade anónima aberta sobreleva a qualificação da posição do acionista investidor anónimo como um *status*, e em todas a participação social, como objeto de direitos – objectivada – é a parte social. É por isso que a qualificação social nas sociedades comerciais, quando referida em geral, a propósito de todos os tipos societários legais e sociais, e até a qualquer sociedade comercial, individualmente considerada, não pode deixar de ser plural. A opção por uma das qualificações com exclusão das outras seria inevitavelmente redutora e não conseguiria, nunca, exprimir com verdade a realidade de todas as sociedades comerciais, na sua diversidade, sem deixar algo na sombra⁸⁸⁸.

Por fim, já introduzindo o debate traçado no próximo item, arguta é a observação de ASCARELLI sobre a disciplina jurídica dos direitos e poderes que derivam do estado de sócio no contexto das sociedades anónimas:

Dever-se-á, portanto, determinar de um lado a disciplina da posição de sócio (de sua aquisição, da sua transferência, da sua perda) e consequentemente da subscrição, da sua transferência, do reembolso da ação; de outro lado, a disciplina de cada qual das obrigações, dos direitos e dos poderes decorrentes da posição de sócio; a possibilidade de serem derogados ou não pela maioria; de serem estatutariamente disciplinados; as várias categorias deles⁸⁸⁹.

É justamente sobre a categoria dos direitos individuais dos acionistas, seus fundamentos e limites que iremos nos debruçar a seguir.

2. Os direitos individuais dos acionistas

O panorama e a topografia dos direitos dos acionistas nas sociedades anónimas são mais emaranhados, fragmentados e movediços do que se possa imaginar. A despeito disso, sua síntese e sistematização ultrapassaram o universo das possibilidades e atingiram, há muitos anos, o campo das necessidades⁸⁹⁰. Sobre o tema destaca FÁBIO K. COMPARATO:

A expressão “direitos individuais dos acionistas”, transposta do direito constitucional para o privado, designa um conjunto de limitações à soberania interna, ou poder de decisão em última instância. Nas sociedades políticas, limitações ao poder estatal; na sociedade anónima, à competência decisória dos órgãos societários, notadamente a Assembleia Geral. Trata-se, portanto, de prerrogativas indisponíveis e intangíveis do *status libertatis* ou do estado de

⁸⁸⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 503-504.

⁸⁸⁹ ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema de società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 39. Entre nós, ver: MARINO, Daniela Ramos Marques. O *status socii*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164 -182, p. 176-177.

⁸⁹⁰ MOSSA, Lorenzo. *Tratado del nuovo diritto commerciale*. Vol. IV. Padova: Cedam, 1951, p. 298.

acionista; daí a falta de legitimidade dos órgãos de poder para penetrar nessa esfera jurídica puramente individual⁸⁹¹.

Essa construção doutrinária qualifica o tom da abordagem que se pretende fazer com relação aos direitos individuais dos acionistas. O problema da situação subjetiva dos acionistas é elemento central do processo de evolução das sociedades anônimas como fenômeno jurídico. Não é a toa que transcorreram séculos para que a noção de sociedade como um contrato entre pessoas – somente modificável mediante a concordância de todos os sócios – migrasse para um conceito mais orgânico e objetivo, com realce na estrutura organizativa e na possibilidade de modificação dos seus termos por maioria⁸⁹².

Segundo ARIBERTO MIGNOLI, o indivíduo que ingressa em uma coletividade - e concorda com suas regras – não transfere tudo de si. Embora ceda uma parcela do seu patrimônio ou da sua liberdade, mantém uma porção mínima de individualidade, que não pode ser eliminada⁸⁹³.

Esse feixe remanescente de independência abrange os direitos dos acionistas. O tema é complexo e gerou incontáveis (e para alguns infundáveis) debates doutrinários ao longo do século XX em praticamente todos os ordenamentos jurídicos romano-germânicos. Como destaca ÁNGEL VESLASCO, com base nas lições de J. GUARRIGUES e após examinar algumas teorias que circunscrevem o assunto,

(...) el esfuerzo constructivo que representan las teorías expuestas, acaso pudiera decirse que la mejor calificación de los derechos individuales conviene a aquellos derechos del accionista, que trayendo su origen en la Ley o en los estatutos, no pueden ser suprimidos ni menoscabados por el solo acuerdo de la mayoría, constituyendo dichos derechos los límites que no puede rebasar el poder deliberante de las juntas⁸⁹⁴.

Entre nós, a dificuldade não passou despercebida de MIRANDA VALVERDE em seus comentários ao art. 78, que regulava o tema na vigência do Decreto-Lei n. 2.627/40:

Os direitos, atribuídos ou conferidos a uma pessoa, em virtude da sua qualidade de membro de uma corporação, são, por sua complexidade, dificilmente classificáveis. (...) Mas não basta dizer que há direitos dos acionistas que podem ser modificados ou suprimidos pela vontade coletiva, expressada pela voz da maioria, e outro há que não o podem ser sem o consentimento de todos ou de certos acionistas. Direitos também existem, de que o acionista não pode abrir

⁸⁹¹ COMPARATO, Fabio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene: estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 57. A comparação da sociedade com o Estado democrático e dos direitos individuais com direitos naturais também consta em: RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho comercial*. Vol. 2. Trad. Felipe de Solá Canizares. Buenos Aires: Tea, 1954, p. 351.

⁸⁹² CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 119 e 136 e 224.

⁸⁹³ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 181.

⁸⁹⁴ VELASCO, Angel Alonso. *La separación del accionista*. Madrid: ER, 1976, p. 53.

mão, porque inerentes à qualidade de sócio ou membro da sociedade e dela inseparáveis. Necessário é precisar, pelo menos, a natureza daqueles direitos, que não ficam subordinados à voz da maioria e daqueles que, nem consentindo o acionista, podem ser cancelados⁸⁹⁵.

O ponto que merece destaque é bastante objetivo: tais direitos constituem um dos limites negativos ao exercício do poder do acionista controlador nas sociedades anônimas⁸⁹⁶. Trata-se de uma linha delimitadora entre as esferas individual e coletiva no âmbito societário, outrora identificada por CARVALHO DE MENDONÇA e WALDEMAR FERREIRA, respectivamente:

O acionista, além dos outros direitos que exerce como membro da sociedade em comum com os outros acionistas no interesse social, exemplos: o de compor as assembleias (1), de votar (2), etc., tem direitos individuais. A maioria da assembleia não os pode limitar nem tirar. Os estatutos ou contrato social devem respeitá-los. A característica desses direitos é não estarem subordinados em sua existência ou função à vontade da maioria⁸⁹⁷.

Esses direitos são impostergáveis e nenhum acionista poderá ser privado deles, de jeito algum. Aplica-se-lhes a apóstrofe do evangelista. *Noli me tangere*. Bem se pode dizer que tais direitos são invioláveis e sagrados. Nessa zona (...) não tem vigência o arbítrio da maioria; e a lei reiterou, com sabedoria, no parágrafo único do art. 78, a salientar a preponderância deste, que os meios, processos ou ações, que ela dá ao acionista para assegurar os seus direitos, não podem ser elididos pelos estatutos⁸⁹⁸.

O tema também foi bem delineado por ASCARELL e por COMPARATO tendo como premissas a legitimidade da maioria para interpretar o interesse social e o estabelecimento de limites societários interno (direito de voto e conflito de interesse) e externos (direitos individuais dos acionistas) para o exercício de tal prerrogativa:

“Il diritto può affidare allà maggioranza la valutazione dell’interesse sociale rinunciando a un controllo di merito e può sancire la prevalenza dell’interesse sociale così dichiarato sull’interesse extrasociale (individuale) dei singoli e può così finire per ammettere che l’interesse extrasociale del grupo estraneo al controllo venga sacrificato all’interesse sociale (chè... quello extrasociale del grupo nel controllo non sarà mai di fatto sacrificato a un interesse sociale dichiarato dallo stesso gruppo del controllo) e così in parole povere sancire la sovranità della maggioranza, solo con due limiti: a) un limite che direi esterno e cioè quello segnato dalle norme che, a tutela dell’azionista, appunto escludono la prevalenza, in determinati casi, dell’interesse sociale su individuale; b) un limite invece che direi interno e che perciò funzione generale e integrativa e ciò quello

⁸⁹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 29-31.

⁸⁹⁶ SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 10/11.

⁸⁹⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vols. III, livro II, parte III, 6. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 457.

⁸⁹⁸ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vols. 3 e 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 338/339. O tema é desenvolvido em: FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*. V. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 338-349.

que a deliberação não seja determinada pelos votos em conflito de interesses com o interesse comum ou intesi a favor do interesse extrasocial do grupo no controle pretendendo prejudicar (e prejudicando efetivamente) o interesse extrasocial do grupo estranho ao controle, na neutralidade do interesse social. Em ambas as hipóteses uma direta avaliação do interesse social. Na segunda o sindicato se refere ao voto (e o interesse social é então em consideração em função do sindicato no voto); na primeira a presença ou ausência do interesse social é sempre irrelevante, porque, mesmo existindo, não pode prevalecer sobre o interesse individual, enquanto, não excedendo estes limites, é a vontade da maioria que sempre – respeitando o que foi dito o limite interno – é soberana, não dependendo absolutamente por isso que esta corresponda a um interesse social objetivamente verificável. O interesse social não é portanto um requisito geral da validade da deliberação a qual repousa em vez da vontade da maioria, mas em quanto respeitados os limites anteriormente mencionados, e que são aqueles que, na avaliação do direito positivo, conciliam a proteção do grupo estranho ao controle com a direção do grupo no controle⁸⁹⁹.

Como salientou Ascarelli, o Direito confiou à maioria do capital a tarefa de realizar o interesse social, não seio da companhia. Renunciou, pois, a um exame de mérito sobre as decisões da maioria, salvo duas exceções, que limitam o poder majoritário: um limite externo, consistente nos chamados direitos individuais dos acionistas, expressos na lei ou no estatuto; e um limite interno, determinado pela regra geral do conflito de interesses sociais e extrasociais, que exprime a possibilidade de um abuso ou desvio de poder.⁹⁰⁰

A doutrina é fecunda em manifestações nesse sentido. Por exemplo, JOÃO EUNÁPIO BORGES destaca a ilegitimidade da maioria para dispor de direitos individuais dos acionistas⁹⁰¹, RACHEL SZTAJN, dá ênfase à limitação de eficácia imposta ao princípio majoritário⁹⁰², WALDÍRIO BULGARELLI ressalta a relevância de proteger a minoria no âmbito

⁸⁹⁹ ASCARELLI, Tullio. L'interesse sociale dell'art. 2.441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. *Problemi giuridici*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 530/531. No mesmo sentido: GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. T. II. Bogotá: Temis, 1987, p. 212.

⁹⁰⁰ COMPARATO, Fabio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene: estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 57.

⁹⁰¹ Assim leciona o comercialista mineiro: “A assembleia geral, que tem o poder de modificar os estatutos sociais, tem a faculdade de alterar ou modificar, e às vezes suprimir, esses direitos coletivos. Há, porém, determinados direitos que a lei considera essenciais, subtraindo-os ao arbítrio da maioria. São os direitos que, na doutrina italiana, se denominam individuais, em contraposição aos coletivos, que ela chama de sociais. Esses direitos não podem ser atingidos pela maioria porque a sociedade não pode dispor daquilo que pertence individualmente ao acionista.” (Cf. BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 406).

⁹⁰² Nas palavras da societarista: “(...) as doutrinas individualistas e democráticas preconizavam tratamento igual a todos os acionistas (20) e não se explicava como alguns acionistas podiam impor sua vontade e introduzir desequilíbrios ou desigualdades na estrutura societária, interferindo com a consecução dos interesses individuais de outros acionistas. O legislador estabelece os limites à atuação do poder da maioria nos direitos fundamentais dos acionistas. Excluídos esses direitos do alcance do poder majoritário, a regra é a sujeição de todos os acionistas às deliberações tomadas por maioria de forma regular, dentro da competência a ela atribuída.” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Direito de recesso*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982, p. 12).

das sociedades anônimas⁹⁰³, LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES os qualifica como direitos subjetivos inerentes à qualidade de sócio de uma sociedade⁹⁰⁴ e ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE observa o conteúdo da dimensão jurídica ativa da posição de sócio e os declara “o último reduto de inexpugnabilidade face ao poder majoritário e à disponibilidade da sociedade”⁹⁰⁵.

Veremos abaixo, com maior detalhamento, as principais fases do processo evolutivo dos direitos individuais dos acionistas e sua correta qualificação jurídica.

2.1. Panorama histórico

No espectro da teoria societária, os direitos individuais representam um dos pilares do sistema de garantias erigido pela lei e pelo contrato para a proteção dos acionistas singularmente considerados e da sua qualidade jurídica de participante de um negócio societário (*status socii*) em face da vontade dos demais – que exercem o controle.

Esse elenco de direitos representa um substrato intangível, constituído por uma série de proteções, cuja origem e objetivos advêm, remotamente, do *jus* naturalismo clássico e da necessidade de impedir que se retirem da posição de sócio suas características essenciais, tal como ocorreu com o *status civitatis* na construção do modelo de Estado soberano, que demandou a institucionalização legal de um mínimo de garantias em favor do indivíduo⁹⁰⁶.

A consagração dos direitos individuais resultou de uma longa evolução histórica⁹⁰⁷, com peculiaridades ideológicas relevantes em cada sistema jurídico, ainda que

⁹⁰³ Destaca o societarista: “A Lei 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976, consagrou no art. 109 (repetindo praticamente o art. 78 e parágrafo único do Decreto-Lei 2.627/40) o que chamou de direitos essenciais. Não podem, assim, nem o estatuto nem a assembleia geral privar o acionista (...) Esses direitos básicos são acrescidos de outros que a lei contemplou, dispersos por todo o corpo do diploma legal, conferidos ora ao acionista individualmente, ora como integrante da comunidade, ora por sua posição como minoria.” (Cf. BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 55).

⁹⁰⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 305.

⁹⁰⁵ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 47.

⁹⁰⁶ FERRARA, Francisco. *Empresarios e sociedades*. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial de Revista Privada, 1950, p. 263; LAPIQUE, Luis. *El acionista en la sociedad anónima*. Montevideo: Fundación de Cultura Univeristaria, 2008, p. 95/96; RICHARD, Efraín Hugo. *Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas*. Lerner: Buenos Aires, 1970, p. 115 e ss. Esta também parece ser a opinião de: RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho comercial*. Vol. 2. Trad. Felipe de Solá Canizares. Buenos Aires: Tea, 1954, p. 350-351.

⁹⁰⁷ O tema é bem exposto por LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES: “No início da evolução histórica da sociedade anônima moderna, em princípios do século XVII, prevalecia uma concepção diríamos oligárquica no tocante à sua administração e às suas relações com os sócios. Assim, a administração dessa sociedade, a princípio nomeada pelo Estado, era reservada aos incorporadores da mesma ou a um grupo seletivo de acionistas,

particularmente preocupada em encontrar uma solução de compromisso para o conflito entre a materialidade do princípio da intangibilidade do pacto societário e a instrumentalidade das modificações estatutárias pela vontade da maioria dos acionistas. As bases para a definição do interesse da sociedade decorrem justamente da contraposição entre a predominância da vontade da maioria e a necessidade de tutelar o interesse individual do sócio e/ou da minoria, como grupo organizado⁹⁰⁸.

possuidores do maior número de ações, sendo, por outro lado, escassas as atribuições conferidas aos sócios, que independentemente considerados, quer atuando em comum, através da assembleia geral. Essa natureza oligárquica da sociedade anônima, em seus primórdios, não passava, por certo, de reflexo do regime político predominante na época, fato aliás que se repetirá, em todas as épocas e em todos os países, na organização das sociedades por ações. Inúmeros são os estudos que têm sublinhado a influência da constituição estatal na estruturação da figura societária em exame. E as razões são óbvias: os instrumentos jurídicos são o produto de uma legislação que surge, de maneira mais ou menos explícita e unitária, de uma concepção de mundo e da vida, vigorante em determinado momento do processo histórico em que a experiência jurídica se insere. A essa cosmovisão, que traduz o clima cultural da época, não poderia, por suposto, ficar alheio o conceito de poder, que é também um fenômeno historicamente condicionado, em todas as suas manifestações. Nessa ordem de ideias, fácil é compreender por que a revolução de 1789, e, sobretudo, o liberalismo político e econômico do século XIX modularam uma sociedade anônima em função do sistema democrático implantado, com a finalidade de atender as crescentes necessidades da estrutura econômica então vigente. Sem desprezar a longa herança deixada pelo antigo regime, plasmou-se uma sociedade anônima à imagem e semelhança do Estado liberal burguês. Assim a teoria da vontade popular se transplantou para a anônima, fazendo prevalecer a soberania da assembleia geral dos acionistas, órgão supremo daí por diante, governando pelo princípio da maioria, ou seja, pelo sufrágio universal em termos de sociedade. Outrossim, aplicou-se a teoria da divisão dos poderes a esse tipo social, de tal sorte que, ao lado do poder legislativo da assembleia, se organizava um poder executivo representado pela administração, subordinada à assembleia de acionistas, obrigada a lhe prestar contas, e por ela nomeada e destituída. Ora, essa nova organização democrática da sociedade anônima que, por um lado, ensinou o debilitamento do poder da diretoria, e, por outro lado, atribuiu uma teórica igualmente de direitos aos sócios, logo suscitou novos e importantes problemas à instituição, tais como o abuso da maioria, a proteção e a defesa das minorias, o reconhecimento de direitos individuais dos acionistas (correspondendo às garantias e direitos fundamentais do homem e do cidadão), a delimitação da competência dos órgãos mais importantes e o sistema de controle da legalidade dos atos de tais órgãos, no sentido de proteger os sócios individuais ou minoritários, assim como os terceiros contratantes com a sociedade (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 257-259). Para aprofundamento, com boa pesquisa histórica sobre o tema ver: DREWS, Rafael Induzzi. *Evolução histórica dos direitos individuais do acionista*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133.

⁹⁰⁸ Nunca é demais lembrar que a concepção inicial do estatuto social de uma sociedade anônima era a de que qualquer alteração dependia da concordância de todos os acionistas, o que, efetivamente, dificultava a implementação de alterações estatutárias necessárias para a sociedade se adequar às mudanças econômicas e sociais da sociedade e do seu mercado de atuação. A doutrina francesa foi a que mais se dedicou ao estudo dessa controvérsia. A discussão girava em torno da interpretação do art. 31 (“Art. 31. Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixe pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu’autant qu’elles sont composées d’un nombre d’actionnaires représentant la moitié au moins du capital social”) e do poder da maioria para alterar o contrato social. Na Alemanha, a exigência de unanimidade para as alterações estatutárias também foi rejeitada. Em recente e qualificado estudo sobre a matéria RAFAEL I. DREWS refere que: “O art. 215 do CComercial alemão de 1869 – ADHGB – já em sua redação original dispunha que a alteração do objeto da sociedade anônima só poderia ser realizada por maioria se o estatuto apresentasse cláusula autorizativa expressa. Com base nesse dispositivo, a doutrina, com exceção da resistência inicial de Renaud, firmou o entendimento de que quaisquer outras alterações do estatuto poderiam ser feitas por maioria, ainda que inexistente autorização estatutária expressa. O mesmo princípio, de resto, foi mantido nos diplomas legislativos posteriores.” Em nota de rodapé, o autor complementa que: “O citado artigo, em sua primeira parte, dispunha o seguinte: “A modificação do objeto da empresa da sociedade não pode ser decidida por maioria de votos, a não ser que seja autorizada expressamente no estatuto social” (“Die Abänderung des

Os direitos dos sócios apresentam aspectos múltiplos e diversas subdivisões e classificações, algumas delas profundamente desenvolvidas e esmiuçadas pela doutrina, especialmente a francesa⁹⁰⁹, a germânica⁹¹⁰ e a italiana⁹¹¹. Não será objeto do presente estudo pormenorizar tais sistematizações, muito menos propor novas segmentações ou revisar algumas classificações existentes⁹¹². O objetivo aqui é instrumental e muito menos ambicioso: busca-se compreender seu processo de evolução histórica e esmiuçar a função de proteção do interesse dos acionistas no âmbito das sociedades anônimas.

A classificação que interessa – em razão da sua relação com o poder de disposição da sociedade – é a que divide os direitos dos acionistas a partir do interesse protegido pela

Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich gestattet ist”). Essa regra não foi atingida pela reforma de 11.6.1870 (conhecida como *Aktienrecht*novelle de 1870), mas somente por aquela realizada em 18.7.1884 (*Aktienrecht*novelle de 1884), que esclareceu a possibilidade de alteração do conteúdo em geral dos estatutos (na ausência de outra exigência estatutária) e do objeto social mediante aprovação de três quartos do capital social.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 99). Por fim, na Itália, a despeito de o Código de Comércio de 1865 não ter regulado diretamente a questão, o que, de certa forma, poderia ter legitimado a exigência de unanimidade, a tese da alteração por maioria predominou e acabou referendada pelo Código Italiano de 1882, cuja solução para a questão foi outorgar aos acionistas descontentes o direito de recesso em modificações substanciais do contrato de sociedade (i.e. fusão, reintegração ou aumento do capital social, modificação do objeto social e prorrogação da duração da sociedade, se não autorizada no ato constitutivo – art. 158 do Código Civil Italiano de 1882).

⁹⁰⁹ Sobre o tema ver: LYON-CAEN, Charles Leon; RENAULT, Lous. *Traité de droit commercial*, Vol. II. 4. ed. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1909, n. 86, p. 253 e ss.; DAVID, René. *La protection des minorities dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 18 e seg; DE COURCY, Alfred. *Les Sociétés Anonymes*, Paris, Armand Anger, 1869, p. 124; RIVIÈRE, Hippolyte Féréol. *Commentaire sur la Loi du 24 Juillet 1867 sur les Sociétés*, Paris, A. Marescq Ainé, 1868, pp. 270-271; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 259-264; DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 97-107.

⁹¹⁰ Sobre o tema, ver: FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Traducción de W. Roces. Madrid: Editorial Reus S.A., 1934, p. 193-200; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 24-52 e 79-105; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 29 e seg; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 271-275; DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 107-115.

⁹¹¹ Sobre o tema ver: VIGHI, Alberto. *I diritti individuali degli azionisti*. Parma: Battei, 1902; BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936, p.217-240; BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 525-542; FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 271-275; DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 115-120.

⁹¹² A dificuldade em torno do tema é muito bem compreendida e descrita por: BULGARELLI, Waldírio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 48-56.

norma em (I) individuais e (II) sociais⁹¹³⁻⁹¹⁴, cuja titularidade, em ambos os casos, é do próprio acionista – jamais da sociedade em si –, e a origem decorre do fato de ele ser proprietário de um título representativo de uma participação – ação ou quota – no ente social do qual é sócio⁹¹⁵⁻⁹¹⁶.

Ambas as categorias de direitos decorrem da letra da lei e/ou de previsões constantes no ato constitutivo da sociedade, estando a diferença substancial entre elas na posição que o acionista assume em relação à sociedade⁹¹⁷. Enquanto o grupo individual é formado por uma série de direitos ou situações jurídicas subjetivas (e por que não egoísticos) que decorrem do *status socii* (i.e., da qualidade de acionista), exercitáveis pelo acionista no âmbito interno da sociedade (e em face do ente associativo), inderrogáveis e insuprimíveis

⁹¹³ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1979, 278; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas*. Comentários à Lei. Vols. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 989 e ss. Vale registrar que MIRANDA VALVERDE segue a nomenclatura e as distinções utilizadas pela doutrina alemã, referindo-se a direitos individuais (comuns a todos os acionistas e intangíveis pela maioria), direitos próprios (reservados a algumas classes de acionistas) e direitos coletivos em estrito senso, alteráveis pela vontade da maioria. (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*, Vol. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 37). MODESTO CARVALHOSA também adota classificação distinta (direito individuais, direitos da minoria, direitos próprios de classes de acionistas, direitos gerais de dissidência, direitos coletivos): CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382-383.

⁹¹⁴ A doutrina oferece denominações diversas para classificar os direitos dos acionistas de acordo com o interesse protegido. GIUSEPPE FERRI, por exemplo, em seu ensaio sobre a proteção da minoria nas sociedades anônimas, inicia o tratamento do tema utilizando os termos “interesse individual” e “interesse social”, mas, como veremos a seguir, migra para a denominação mais utilizada pela doutrina italiana da época: “direito patrimonial” e “direito da administração”. (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 30).

⁹¹⁵ BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936, p. 221.

⁹¹⁶ Sobre o tema asseveram, com precisão, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO: “Assim, os direitos individuais têm sua origem na lei, ao passo que os direitos sociais têm sua origem nos estatutos, isto é, nos atos constitutivos, com suas modificações posteriores. Os direitos individuais não são suscetíveis de modificação, nem pelos estatutos, nem pela assembleia--geral; já, os direitos sociais admitem modificação, por previsão estatutária, submetendo-se, portanto, ao princípio majoritário, que governa a vida da companhia desde sua constituição. Os direitos individuais, também chamados pela doutrina alemã de direitos próprios (*sonderrecht*), são também conhecidos pela designação de direitos intangíveis. A lei denominou-os direitos essenciais, realçando assim sua íntima conexão com a própria pessoa do acionista. Tais direitos vêm enumerados no art. 109, correspondente, com algumas alterações, ao art. 78 da lei antiga. Mezger, citado por GUSTESTU PIRES, acentua que não se pode encontrar nenhuma definição dos chamados direitos intangíveis, a não ser que se trata de direitos subtraídos do voto da Assembléia Geral e acrescenta que tais direitos deviam ser enumerados na lei das sociedades por ações. A lei vigente o fez, assim como a anterior. São eles, em síntese, o direito de participar do acervo da companhia, em caso de liquidação, o direito de fiscalizar, na forma prevista em lei, a gestão dos negócios sociais, o direito de preferência e o direito de retirada. Exemplo típico de direito social (modificável ou acidental) seria o direito de voto. Assinala o mesmo Gudestau Pires que os direitos sociais não podem ser enumerados, de vez que nascem e são condicionados em preceitos estatutários variáveis extremamente, segundo a natureza da sociedade e as condições de sua existência. Assim, os que decorrem das ações preferenciais, cujas vantagens e preferências dependem dos estatutos”. (Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1979, 278).

⁹¹⁷ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 31.

pela assembleia geral⁹¹⁸; o grupo social se caracteriza pelo seu exercício no interesse da sociedade, e não do sócio exclusivamente, razão pela qual são suscetíveis de modificação ou de supressão pela assembleia geral ou pelo estatuto social, sendo classificados pela doutrina como efêmeros, já que podem existir em determinado momento durante a existência da sociedade e desaparecer em outro, por simples vontade da assembleia geral⁹¹⁹.

Como sói ocorrer com temas dessa magnitude, a discussão em torno de tais direitos situa-se em uma das searas mais árduas do direito acionário, qual seja: a que busca não apenas delimitar os limites entre a vontade social da sociedade, determinada pelos votos do acionista controlador na assembleia geral, e a vontade individual do acionista, mas também se, quando e em que medida a última pode se sujeitar à primeira.

Nesse contexto, é curioso perceber que, na sua origem, a teoria dos direitos individuais não buscava a proteção do acionista singularmente considerado, mas sim o resguardo do interesse da minoria de forma mais abrangente – como grupo organizado. Em razão dessa preocupação pluralista, a necessidade de assegurar ao sócio o livre e pleno exercício de seus direitos assumiu importância secundária, quase reflexa, sendo o fim maior do instituto, na época, proteger a fração minoritária dos acionistas diante da possibilidade de abuso por parte da maioria⁹²⁰.

Essa orientação inicial auxilia na explicação da tendência doutrinária – e das mais diversas legislações – de propor classificações e enumerações dos direitos individuais, sem se preocupar na busca de um critério seguro e definitivo, capaz de fundamentar as categorias erigidas, e/ou de definir contornos mais claros e precisos que justifiquem a imposição de limites ao grupo controlador. Ao fim e ao cabo, esse direcionamento acabou por dificultar a aplicação prática de alguns de seus detalhamentos teóricos, a despeito do esforço jurisprudencial de tentar delineá-los⁹²¹.

⁹¹⁸ A título ilustrativo, a doutrina elenca como direitos individuais (I) o de permanecer sócio até a cessação das atividades sociais; (II) o de participar da assembleia e votar; (III) o de exercer o recesso; (IV) o de receber os dividendos se a sociedade apurar lucro ao final do exercício; (V) o de participar do acervo em caso de liquidação. Em síntese, os mesmos direitos elencados no art. 109 da Lei 6.404/76. Sobre o tema: BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936, p. 218-220; VERDA, Plínio. *La posizione giuridica del socio*. Berna: Grassi e Co, 1930, p. 70.

⁹¹⁹ BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936, p. 220; VERDA, Plínio. *La posizione giuridica del socio*. Berna: Grassi e Co, 1930, p. 70.

⁹²⁰ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 2/3; TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 36. Entre nós o tema foi abordado por: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 39-40.

⁹²¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 3.

Ainda hoje uma das grandes dificuldades da doutrina não está relacionada à listagem de direitos e garantias nas quais se investe o acionista ao ingressar em uma sociedade (tema exaustivamente trabalhado, ainda que de forma assistemática), mas sim à determinação de um princípio geral válido dentro do direito acionário sobre o qual seja objetivamente possível construir e elencar, de forma segura e sistematizada, tais direitos individuais. É justamente este último ponto que buscaremos elucidar nos próximos itens.

2.2. Teorias subjetivas e objetivas

A literatura jurídica sobre o tema identifica, pelo menos, três fases distintas no tratamento do tema correspondentes, de certa forma, às profundas mudanças legislativas ocorridas na Europa durante certo intervalo de anos⁹²². VINCENZO BUONOCORE realizou profunda pesquisa sobre a matéria e classificou tais etapas da seguinte maneira: (I) a formação da tese radical; (II) a construção da teoria com fundo subjetivo; e (III) e a transição para a teoria de fundo objetivo⁹²³.

Em rápida síntese, a tese radical, cuja origem remonta à França no reluzir do século XIX – profundamente influenciada por uma concepção contratualista da sociedade –, sustentava que o estatuto social somente poderia ser alterado (I) com a anuência da totalidade dos sócios, tendo em vista o princípio geral da imutabilidade dos pactos societários; (II) por maioria qualificada, desde que o ato constitutivo da sociedade – este sim contando com a

⁹²² RAFAEL I. DREWS critica a classificação por períodos evolutivos adotada pela doutrina em geral (entre eles, V. BUONOCORE e L. G. P. LEAES) que toma como base as características das teses levantadas para impor limites à atuação do princípio majoritário. Para o autor, essa sistemática: “(...) tem o inconveniente de não deixar transparecer que, a rigor, as teorias de fundo subjetivo e objetivo coexistiram, ainda que não tenham surgido no mesmo momento.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. *Evolução histórica dos direitos individuais do acionista*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 95). Ainda que a crítica faça sentido, não nos parece suficiente para alterar a forma de abordar a matéria, desde que a análise reconheça que duas teses materialmente distintas (de fundo subjetivo e objetivo) podem ter surgido no mesmo momento histórico, tendo, inclusive, dialogado entre si.

⁹²³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 3/4. O estudo pioneiro sobre o tema é de autoria de outro jurista italiano: VIGHI, Alberto. *I diritti individuali degli azionisti*. Parma: Battei, 1902. As bases fundamentais das teorias objetivas e subjetivas também são bem resumidas em: LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 256-315; CLUSELLAS, Eduardo L. Gregorini. *La protección de las minorías en las sociedades anónimas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p. 21-43.

concordância de todas as partes contraentes –contivesse previsão expressa autorizando (1.^a teoria⁹²⁴) ou não impedindo (2.^a teoria⁹²⁵) a alteração majoritária⁹²⁶.

A tese se escorava no pressuposto de que o estatuto social da sociedade representava uma espécie de garantia não apenas dos sócios com relação ao poder da maioria, mas também e, sobretudo, dos credores e de terceiros que contratavam com a sociedade. De um lado, atribuía-se importância excessiva ao fundamento contratual da sociedade, enquanto, de outro, olvidava-se que o contrato dava origem a um novo ente social, dotado de vida e necessidades próprias, as quais não podiam ser exaustivamente previstas no ato de constituição da sociedade – cujas consequências práticas poderiam representar, no limite, o completo isolamento e a descontinuidade da sociedade⁹²⁷.

A influência da jurisprudência francesa, as lições advindas da doutrina germânica e a percepção de que a tese estava descolada da realidade prática fizeram com que seus defensores admitissem flexibilizar o imobilismo do estatuto social, desde que a alteração não acarretasse mudança na natureza da sociedade inicialmente contratada⁹²⁸. Essa vertente, em

⁹²⁴ Seus principais defensores foram: LYON-CAEN, Charles Leon; RENAULT, Lous. *Traité de droit commercial*, Vol. II. 4. ed. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1909, n. 86, p. 253 e ss.; DAVID, René. *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 15 e ss.

⁹²⁵ Seus principais defensores foram: DE COURCY, Alfred. *Les Sociétés Anonymes*, Paris, Armand Anger, 1869, p. 124; RIVIÈRE, Hippolyte Féréol. *Commentaire sur la Loi du 24 Juillet 1867 sur les Sociétés*, Paris, A. Marescq Ainé, 1868, pp. 270-271.

⁹²⁶ Como já referido, a controvérsia girava em torno da interpretação do art. 31 da Lei de 24 de julho de 1867, quase um século depois alterado pela Lei 66.537, de 24 de julho de 1966. LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES traz ótimo resumo sobre a discussão: “Inicialmente, a controvérsia concentrou-se em torno da inteligência a ser dada ao artigo em apreço pelos faustores de uma interpretação restritiva e os defensores de uma interpretação extensiva, em face do princípio geral consagrado no Código Civil sobre a imutabilidade dos contratos sem o consentimento unânime das partes contraentes. Segundo a primeira corrente, a norma em tela não continha nenhuma derrogação ao princípio aludido, de sorte que não se formulava ainda o problema da tutela da minoria acionária, mas se condenava a sociedade praticamente ao imobilismo. Conforme esse pensamento, a única exceção ao princípio geral mencionado, por força do artigo em exame, seria a viabilidade de ser inserida uma cláusula no ato constitutivo originário que permitisse a uma maioria qualificada modificá-lo. Já a segunda corrente sustentava que era permitida qualquer modificação do estatuto pela maioria, se qualificada, salvo expressa cláusula estatutária em contrário. Nessas condições, a diferença das duas teses repousava no fato de que, no primeiro caso, para haver a modificação estatutária sem a adesão unânime dos sócios, seria mister haver uma expressa cláusula no pacto original, enquanto que, no segundo caso, só ocorreria a necessidade de uma deliberação da modificação unânime caso existisse cláusula expressa nesse sentido. Ambas as posições incidiam no grave equívoco das soluções radicais: na primeira hipótese, deve imputar-se a tais intérpretes escassa aderência à realidade, pois a imutabilidade dos estatutos não é admissível do ponto de vista prático; no segundo caso, deve-se debitá-los por colocar inteiramente à mercê da maioria, não apenas a minoria e os acionistas individuais, como a própria sociedade” (Cf. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 262-263). O tema também é tratado em: GALGANO, Francesco. *La forza del numero e La legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*. Bologna: Muldino, 2007, p. 235.

⁹²⁷ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 16.

⁹²⁸ Narra LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES que a tese da unanimidade jamais triunfou na jurisprudência francesa e foi rapidamente abandonada pelos seus próprios criadores nas edições posteriores de seus escritos. Dentre eles: LYON-CAEN, Charles Leon; RENAULT, Lous (Cf. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 263). RAFAEL I. DREWS, com base nas lições de V. BUONOCORE, G. FERRI e R. DAVID, tece percutientes comentários sobre o problema da abordagem

sua essência, correspondeu ao embrião da teoria de fundo subjetivo, cujo argumento de base é a defesa do acionista singularmente considerado, como forma de estabelecer um possível freio ao excesso da maioria assemblear, que, com a assimilação da regra majoritária, poderia vir a constituir um instrumento de abuso⁹²⁹.

Nesse contexto subjetivo merece referência o surgimento da teoria das bases essenciais (*théorie des bases essentielles*), cuja origem remonta à edição da lei francesa de 1867 (art. 31) e também à doutrina francesa, especialmente à contribuição de RENÉ DAVID⁹³⁰. A construção surge como uma espécie de compromisso entre a tese da imutabilidade do estatuto social e a tese da necessidade de os sócios implementarem ajustes pontuais no contrato.

Em linhas gerais, a teoria defendia que a submissão do acionista à vontade social exige a imposição de certos limites, haja vista que o participante de um negócio societário tem uma espécie de direito intangível para manter imutáveis certos princípios e cláusulas estatutárias específicas. Dito de outra forma, a vontade da maioria é tida como soberana, desde que exercida em conformidade com os ditames da boa-fé e no interesse da sociedade, podendo alterar determinadas disposições estatutárias, com exceção daquelas que formam a espinha dorsal da sociedade⁹³¹.

As premissas teóricas da teoria das bases essenciais podem ser sintetizadas da seguinte forma: o acionista, ao subscrever ações de uma sociedade anônima, imediatamente submete sua vontade à da maioria. Mas essa submissão não é absoluta, sem reservas, sendo necessário distinguir no estatuto social dois tipos de dispositivos: (I) aqueles princípios ou

proposta pela doutrina francesa: “As duas linhas de pensamento, nada obstante, foram criticadas, pelo extremismo que apresentavam. A primeira porque sofria de inconvenientes de ordem prática, pois impedia as deliberações por maioria e, com isso, fadava a sociedade ao imobilismo. A segunda porque concedia poder ilimitado à maioria. Ambas, ademais, porque concediam importância excessiva ao fundamento contratual da sociedade, esquecendo-se de que o ente social possui necessidades próprias, as quais nem sempre podem ser previstas no seu ato de constituição. Nenhuma das duas, aliás, prosperou. À míngua de adeptos na doutrina e na jurisprudência, a primeira corrente foi abandonada pelos seus próprios autores. A segunda, por sua vez, não foi totalmente aceita pela jurisprudência, que enxergou imediatamente a necessidade de limitar os poderes da maioria – o que foi feito em um primeiro momento com a teoria das bases essenciais e depois com a teoria dos direitos próprios, que serão vistas adiante.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). Direito Societário Contemporâneo II. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 99).

⁹²⁹ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 16; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 5/7; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 264.

⁹³⁰ DAVID, René. *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

⁹³¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 10. GIUSEPPE FERRI relata que a teoria das bases essenciais teve conexão direta com o desenvolvimento da teoria do *ultra vires* nos países da *Common Law*. Sobre o tema: FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 18/19.

previsões estatutárias que são intangíveis e constituem as bases essenciais da sociedade (*bases essentielles*); e (II) aqueles artigos laterais, acessórios, cujo conteúdo pode ser alterado pela vontade da maioria (*bases secondaires*), tendo os acionistas convencionado, de antemão, as regras para sua modificação⁹³².

Como a lei não estabelecia critérios objetivos e adequados para enquadrar as cláusulas em uma ou outra categoria, cabia aos estatutos fazê-los, o que, na prática, raramente ocorria. Essa dificuldade de precisar quais são tais bases essenciais, tanto em uma perspectiva objetiva – da cláusula em si – quanto subjetiva – da intenção do acionista com relação à determinada previsão estatutária –, trouxe inúmeros problemas na aplicação da teoria, com resultados práticos bastante confusos, especialmente na França⁹³³.

⁹³² DAVID, René. *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 20 e ss. Entre nós: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 264-267; LAMY FILHO, Alfredo. O princípio majoritário – Os direitos essenciais dos acionistas – O poder de controle e a proteção dos minoritários. In: _____. *Temas de S.A.: exposições e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195-202; DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 103/104.

⁹³³ O tema é aprofundado por RAFAEL I. DREWS, com base na doutrina francesa de JEAN DU GARREAU DE LA MECHENIE, CHARLES HOUPIN, HENRY BOSVIEUX e RENE DAVID: “A difícil tarefa de definir critérios para a categorização das cláusulas estatutárias, por outro lado, não foi cumprida a contento pela jurisprudência, que parecia refletir as hesitações da doutrina. Em aresto de 19.4.1875 a Corte de Paris adotou o entendimento de que “o poder de modificar os estatutos só pode se aplicar às modificações que seriam feitas nos limites das regras de administração ou organização, sem alterar as bases constitutivas da sociedade de modo a ferir a essência do pacto social”. Por isso, fixou como bases essenciais “tudo aquilo que, nos estatutos, ultrapassa o limite das regras de administração e organização”. Mas, como narra René David, a fórmula adotada nesse acórdão não foi seguida nos julgamentos posteriores. A jurisprudência, ao contrário, passou a entender que seu papel seria julgar as controvérsias caso a caso, e não formular critérios que identificassem as bases essenciais e as bases secundárias e atendessem aos anseios classificatórios e teóricos da doutrina. Como resultado, os julgamentos passaram a afirmar, sem maiores fundamentações ou com fundamentações padronizadas, que esta ou aquela cláusula seria uma base essencial ou secundária. Muitas vezes elementos do estatuto social eram considerados bases essenciais em um julgamento e bases secundárias em outros, sendo que as conclusões pareciam ter sido sacadas da arbitrariedade dos julgadores, não da intenção dos sócios. Nessa linha, em precedente histórico datado de 30.3.1892, a Corte de Cassação decidiu que, no silêncio dos estatutos, a assembleia-geral extraordinária poderia deliberar soberanamente sobre as modificações estatutárias julgadas necessárias, desde que respeitasse as bases essenciais da sociedade, como a forma, o objeto e a igualdade entre os acionistas. A mesma fórmula genérica foi repetida em julgados posteriores, tornando a distinção entre bases essenciais e bases secundárias bastante nebulosa. Nada obstante as inúmeras controvérsias, não faltaram autores que tentaram precisar as bases essenciais da sociedade. Jean Du Garreau de La Méchenie, com base na lição de Edmond Thaller, apontou as seguintes: (i) o princípio da igualdade entre os acionistas; (ii) a manutenção do objeto da sociedade; (iii) o direito do acionista de não ser despojado de sua participação; (iv) a limitação da responsabilidade do acionista ao montante nominal de suas ações; (v) a manutenção da independência da sociedade, que se encontrava impedida de ser objeto de fusão. A teoria das bases essenciais pecou, em primeiro lugar, por ter se esquivado de formular critérios teóricos que pudessem servir como norte na diferenciação entre bases essenciais e bases secundárias, deixando ao casuísmo a definição das várias controvérsias. Em segundo lugar, por se basear na busca da vontade subjetiva individual dos acionistas, que era deixada à interpretação arbitrária do juiz, com efeitos desastrosos.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 103/104).

LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES delinea a dificuldade enfrentada pela teoria das bases essenciais:

Na impossibilidade de precisar quais as bases essenciais do contrato social, e nas conclusões falazes a que chegavam nesses constantes processos de determinação das intenções dos contratantes, acabou-se por cuidar que essa incerteza na aplicação da doutrina das bases essenciais talvez refletisse a própria inexistência de ditas bases, apoiadas nas intenções dos sócios. Na verdade, se existem limites aos poderes da maioria, derivam eles não da intenção comum dos contraentes, mas da própria natureza das coisas. “Ora, diz RENÉ DAVID, tais limitações existem: a maioria não é todo-poderosa nas sociedades por ações, porque existe necessariamente em benefício de todo sócio, de todo acionista, de todo portador de parte beneficiária, um certo número de direitos, cujo conjunto, reunido em seu patrimônio, faz precisamente de cada um que ele seja sócio, acionista, portador de parte beneficiária”. Esses direitos, *derivant de la nature des chose et de la seule qualité d'actionnaire*, são intangíveis, não podendo os estatutos intervir senão para aditar ao rol dos direitos essenciais outros direitos convencionais⁹³⁴.

Apesar das críticas, é imperioso reconhecer a relevância da teoria para a sedimentação do tema na ordem de preocupações da doutrina e da jurisprudência. Uma das suas principais contribuições foi ressaltar a necessidade de proteger os acionistas individuais e os minoritários, aliada à visão de que a maioria deve agir de boa-fé no seu relacionamento societário com os demais sócios, não podendo agir ilimitadamente, nem ter seu poder de comando reputado como onipotente (sob pena de incorrer na prática de abuso de direito). Nenhuma maioria, independentemente do número de votos que tenha alcançado na assembleia geral, tem o direito de agir contra a boa-fé, até porque a maioria, como tal, tem o poder-dever de buscar o interesse comum⁹³⁵.

Outras tentativas de fundo subjetivo de formular uma teoria consistente dos direitos individuais tiveram como sustentáculos: (I) a natureza essencial da norma estatutária; (II) a utilidade da mudança para o sócio singularmente considerado; (III) a proteção do seu interesse; (IV) a atuação da maioria com base no princípio da boa-fé; e (V) a criação do conceito de “acionista médio” (*Durchschinaktionäre*). Essas construções em muito se assemelharam à tese radical: o ato constitutivo poderia ser alterado pela maioria desde que a mudança tivesse sido realizada de boa-fé e não modificasse cláusulas consideradas de fundamental importância e/ou utilidade para os sócios (abstratamente considerados), constituindo, assim, um direito individual (inerente à pessoa e à qualidade de acionista)⁹³⁶.

⁹³⁴ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 265.

⁹³⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 11; DAVID, René. *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 31.

⁹³⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 7; FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 17/18. Entre nós essas

Não é preciso ir além para perceber que a prova inequívoca da baixíssima aderência prática da tese radical-subjetiva está na tentativa de identificar, com segurança, um critério para classificar as cláusulas do estatuto em essenciais ou não essenciais ou de aplicar, na prática, o conceito de utilidade, boa fé ou de “acionista médio”. Do ponto de vista teórico, é muito difícil sustentar a premissa de que a mensuração do interesse individual do acionista, a partir da utilidade de uma cláusula ou da criação de uma categoria abstrata, servirá como guia para determinar um nível apropriado de proteção dos seus interesses⁹³⁷.

De mais a mais, não se pode olvidar que esse grau de proteção acaba por fragilizar a figura do acionista singularmente considerado, já que nenhum participante do negócio societário tem garantia de que seu interesse individual está, de fato, sendo considerado em uma categoria abstrata, especialmente se a categoria considerada fosse a do “acionista médio”, podendo o preenchimento do seu conteúdo estar mais próximo a interesses alheios de alguns acionistas e não de outros.

Seja como for, as teorias subjetivas, especialmente a das bases essenciais, foram determinantes para o surgimento da teoria objetiva dos direitos próprios (*droits propres*)⁹³⁸

construções foram aprofundadas por: DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 106-107.

⁹³⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 7; FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 18; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 264-271.

⁹³⁸ THALLER, Edmond-Eugène. “Note sur l’arrêt de la Cour de Cassation du 30.5.1892”, *Jurisprudence Générale Dalloz* 1893, Parte I, pp. 105-114. O tema também é abordado por: DAVID, René. *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 24-26. Entre nós, LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES traz lúcida explicação sobre o tema: “A grande diferença entre a teoria das bases essenciais e a teoria dos direitos próprios do acionista reside no fato de que a segunda fazia derivar da natureza das coisas e da ideia de ação o que a primeira atribuía a uma interpretação das vontades. Essa diferença quanto à origem dos direitos reservados à minoria tornava ainda menos explicáveis e mais criticáveis as flutuações que a teoria dos direitos próprios também sofria. Ora, poder-se-ia explicar essas variações com apoio na vontade dos acionistas, que são susceptíveis de se revelarem diferentes, mas isso constituiria um retorno à tese anterior, já objeto de críticas acérrimas. Na verdade, a teoria dos direitos próprios merecia a mesma admoestação que se fizera à jurisprudência das bases essenciais: não existia, para discernir um direito próprio, nenhum critério incontestável, reinando soberano o arbítrio do jurista ou do magistrado. Para atalhar essa crítica, o legislador procurou fixar, de maneira limitativa, os domínios dos direitos próprios e intangíveis dos acionistas, inicialmente através da Lei de 9 de julho de 1902, reformada pela Lei de 16 de novembro de 1903, e, alguns anos mais tarde, pela Lei de 22 de novembro de 1913. Segundo a tese em exame, não era possível negar à assembleia o poder de modificar por decisão da maioria qualificada os estatutos sociais, posto fosse necessário estabelecer como limite geral a deturpação da própria sociedade e como limite objetivo e particular os *droits propres* que l’actionnaire tient des statuts eu qu’il ne dépend pas de la volonté d’une assemblée extraordinaire de lui enlever. Essa doutrina, até hoje aceita na França, recebeu o seu reconhecimento legislativo na aludida Lei de 1902, que, dando rigor à formulação imprecisa do art. 31 da Lei de 1867, sancionou a modificabilidade do pacto estatutário por força da maioria, e na referida Lei de 1913, que atribuiu expressamente à assembleia o poder de conduzir qualquer alteração nos estatutos por deliberação da maioria que representasse dois terços dos sufrágios, exceção feita à viabilidade da mudança de nacionalidade da sociedade e de aumento das responsabilidades dos acionistas. Se, para uma parte da doutrina, a alteração introduzida pelo diploma de 1913 não se afigurava ainda satisfatória, na medida em que aparentemente parecia limitar-se a consagrar tão somente dois direitos individuais dos acionistas, para outros a Lei de 1913, prescindindo-se dos dois casos

de THALLER, que, por sua vez, influenciou a construção da teoria alemã dos direitos próprios ou especiais dos acionistas (*sonderrechte, einzelrechte ou individualrechte*⁹³⁹),

expressamente interditos, constituiu a chancela definitiva dos direitos próprios” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 266-267). Ver também: DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 105/106.

⁹³⁹ A construção da teoria dos direitos próprios também é descrita por LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES: “A teoria germânica se concentrou em torno de dois dados legislativos: o § 35 do G.G.B. e o art. 646 do código suíço de obrigações. O primeiro dispositivo, onde se delinea a figura dos direitos próprios (*Sonderrechte*), dispõe não poderem os direitos dos membros de uma associação serem afetados pelas decisões da assembleia geral tomadas sem o consentimento dos mesmos (*Sonderrecht eines Mitgliedes Können nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluss der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden*). Doutrina e jurisprudência, segundo MEZGER, sempre consideraram esse parágrafo do B.G.B. como um princípio geral aplicável, por analogia, às sociedades por ações. Mas a disposição em tela suscitou dificuldades, pois, longe de dar uma definição de *Sonderrechte*, consagrava, apenas, o critério da indisponibilidade dos referidos direitos particulares por parte da assembleia geral dos acionistas, a não ser, como diz Valverde, que se satisfaça, definindo-os simplesmente como direitos subtraídos do voto da assembleia. Centrado nessa questão dos limites e dos poderes da assembleia da sociedade anônima, desenvolveu-se sucessiva elaboração doutrinária a respeito dos direitos próprios, através de dois caminhos distintos. Para uns, inspirados em LABAND, os *Sonderrechte* seriam, apenas, os direitos concedidos aos acionistas privilegiados (quer dizer, os *Vorrechte*), baseando-se, para essa construção, na interpretação literal do vocábulo, e reservando a expressão *Einzelrechte* para os direitos, igualmente indisponíveis, mas de que desfrutariam todos os sócios, indistintamente considerados (e que alguns juristas, como GIERKE, preferem denominar de *Individualrechte*). Para outros, em franca minoria, estribados na formulação feita por GOLDSCHMIDT, dever-se-ia dar uma interpretação lata ao termo *Sonderrechte*, de forma a equivaler à expressão *unentziehbar Recht*, isto é, a ‘direito indisponível’, e a abranger todos os direitos a que fazem jus os acionistas em virtude da própria qualidade de sócio (*Mitgliedschaft*). O outro dispositivo citado é o art. 646 do código suíço das obrigações, o qual dispõe que os acionistas não podem ser privados, sem a anuência expressa dos mesmos, dos chamados ‘direitos adquiridos’ (*wohlerworbenen Rechte*), inerentes à sua qualidade de sócio. ‘São considerados como direitos adquiridos do acionista aqueles que, em virtude de uma disposição legal ou estatutária, não dependem de decisões da assembleia geral e da administração ou derivam da faculdade de participar da assembleia geral. Tal é o caso, particularmente, da qualidade de sócio, do direito de voto, do direito de impugnar uma decisão social, como ainda do direito aos dividendos e à parte de liquidação.’ Em certo sentido, este dado normativo é semelhante ao precitado parágrafo 35 do BGB, mas os *wohlerworbenen Rechte* do direito suíço não coincidem plenamente com os *Sonderrechte*, na medida em que estes teriam como denominador comum, conforme acima assinalado, a sua indisponibilidade, constituindo ‘direitos indisponíveis’ (*unentziehbare Rechte*), e dos direitos adquiridos seriam tão somente aqueles que a assembleia geral não pode alterar sem a aquiescência dos interessados. Ora, não tendo sido definidos os aludidos direitos referidos na lei, ‘permaneceu entre os comentadores uma evidente imprecisão, até mesmo no enumerar exemplificativamente tais direitos’, diz GUDESTEU PIRES, citando MARGUERAT e GUHL. Todavia, a legislação suíça é de filiação germânica, assim como é a alemã a fonte de inspiração da doutrina e da jurisprudência helvéticas, estando portanto entrelaçados os conceitos comentados nas duas legislações, de sorte que não é possível examinar esta legislação sem fazer referência àquela. MEZGER também considera confusa a terminologia do art. 646, OR, e após cotejá-la com a forma em que vem certo o § 35 do código civil alemão, declara que talvez a solução para o problema esteja na enumeração, pela lei do anonimato, dos direitos intangíveis dos associados” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 272-274). Em sentido semelhante, refere TRAJANO VALVERDE que “(...) o estudo da matéria foi amplamente feito na Alemanha, mas não teria sido alcançado um conceito unitário desse direito. A discussão ganhou corpo com a promulgação da lei alemã das sociedades, de 18 de julho de 1884, e a previsão do § 35 do BGB, cuja norma estabelecia que os direitos próprios (*Sonderrechte*) de um membro de uma pessoa jurídica não podem, sem o seu consentimento, ser atingidos (prejudicados) pela resolução da assembleia, sendo considerados “direitos contra a corporação”. Na visão do autor: “Considerados os *Sonderrechte* como direitos reservados, pela lei ou pelos estatutos, a certos acionistas, a uma classe ou grupo deles, havia a necessidade, lógica e jurídica, de se colocar em outra categoria aqueles direitos que, assegurados à generalidade dos acionistas, não podem, em regra, ser suprimidos ou modificados pela vontade da maioria, nem mesmo alguns deles, renunciados pelo acionista. É a categoria dos chamados ‘direitos individuais’; uns, absolutamente intangíveis; outros, subordinados ao princípio da igualdade de

posteriormente adotada, com variações, na Itália (*diritti individuali degli azionista*⁹⁴⁰) e importada para o Brasil, sob a denominação de “direitos individuais dos acionistas”⁹⁴¹.

Feito esse rápido panorama histórico, examinaremos no próximo item algumas contribuições da teoria italiana para a construção da categoria dogmática dos direitos individuais dos acionistas⁹⁴².

2.2.1. Contribuições da doutrina italiana

Examinando o movimento legislativo da Europa no final do século XIX e na primeira metade do século XX, é possível identificar duas fases distintas de sistematização do estudo dos direitos individuais dos acionistas. A primeira delas buscou individualizar possíveis situações subjetivas relevantes para os acionistas, ao passo que a segunda tratou de aprofundar o conceito de direito individual e as razões que fundamentaram sua atribuição aos acionistas, iniciando, nessa fase, a teoria de fundo objetivo.

A primeira corrente teve amplo desenvolvimento no direito italiano, ao passo que a segunda foi concebida e estudada no direito alemão. O direito societário brasileiro foi

tratamento” (Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 32). Sobre o tema, ver; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 16-21; MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 172 e ss; DREWS, Rafael Induzzi. *Evolução histórica dos direitos individuais do acionista*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 107-115; FISCHER, Rodolfo. *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Traducción de W. Roces. Madrid: Editorial Reus S.A., 1934

⁹⁴⁰ Como já referido, na Itália o problema da tutela da minoria foi regulado pelo Código Comercial de 1882 que, de um lado, institucionalizou a regra da maioria, e, de outro, atribuiu, pela primeira vez, certos direitos individuais aos acionistas, como o direito de recesso. O legislador e a doutrina italiana foram profundamente influenciados pela teoria germânica dos direitos próprios dos acionistas (*Sonderrechte*), ainda que tenham seguido caminhos distintos no tratamento da questão, especialmente porque os italianos, ao contrário dos alemães, optaram por elencar na lei alguns direitos individuais, ao invés de tentar conceituá-los (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 14/15).

⁹⁴¹ Sobre a evolução do tema no Brasil: ASCARELLI, Tullio. *Princípios e problemas das sociedades anônimas*. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 313-354, p. 334-340; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 28-52; LAMY FILHO, Alfredo. *O princípio majoritário – Os direitos essenciais dos acionistas – O poder de controle e a proteção dos minoritários*. In: _____. *Temas de S.A.: exposições e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195-202.

⁹⁴² A doutrina manteve-se cética sobre a real possibilidade de elaborar uma teoria geral e dogmática sobre a matéria. CESARE VIVANTE, por exemplo, não acreditava que pesquisas nesse campo pudessem chegar a algum resultado minimamente satisfatório (Cf. VIVANTE, Cesare. *Derecho Mercantil. T. II*. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, p. 231, nr. 1). Já ALFREDO DE GREGORIO visualizava uma dificuldade da doutrina de tratar o tema de forma adequada (Cf. GREGORIO, Alfredo de. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo. VI. Vol. I. De las sociedades. Trad. Delia Viterbo de Fieder y Santiago Sentís Melendo. Notas de Derecho Argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediar, 1950, p. 574, nota de rodapé 2).

diretamente influenciado pela vertente italiana, razão pela qual o enfoque do presente item será o direito peninsular, sem prejuízo de referências às construções alemãs, haja vista que estas tiveram intensa influência no desenvolvimento jurídico da Europa no mesmo período e, por conseguinte, acabaram sendo importadas para o Brasil.

a) Tentativa de sistematização: a posição de A. VIGHI

A exemplo da França, na Itália, na vigência do Código de 1865, a doutrina travou intensos debates sobre a possibilidade de a assembleia geral modificar o conteúdo de determinadas cláusulas estatutárias. Autores renomados da época, como LUIGI BORSARI, mostraram-se receosos quanto à conveniência de atribuir à maioria poderes tão amplos, cujas consequências poderiam ser gravíssimas e imprevisíveis tanto para os sócios quanto para terceiros. Apesar do ceticismo, o Código Comercial de 1882 concedeu à maioria dos sócios poderes para alterar o estatuto social, outorgando à minoria, em contrapartida, instrumentos para a proteção dos seus interesses, especialmente em situações nas quais a deliberação assemblear atingisse a essência do contrato social. Nasceu, nesse contexto, o direito de recesso, na tentativa de calibrar o poder da maioria, sem sacrificar o acionista em face da sociedade, nem a sociedade em face do acionista⁹⁴³.

O abandono da teoria da imutabilidade dos atos constitutivos da sociedade permitiu o surgimento e o desenvolvimento de concepções doutrinárias em torno do conceito, das características e de alguns limites dos direitos individuais dos acionistas, bem como da sua relação com o poder societário atribuído à maioria. Com a promulgação do diploma comercial italiano, a doutrina, principal fonte de inspiração para o exame da matéria, teve uma oportunidade ímpar de aprofundar seu estudo⁹⁴⁴. Para VICENZO BUONOCORE: “(...) la dottrina italiana seguì il procedimento inverso quello seguito dai giuristi tedeschi, sforzandosi di classificare prima i singoli diritti individuali e di guardare, poi, più approfonditamente a che cosa in realtà fosse il diritto individuale”⁹⁴⁵.

O principal representante da primeira fase de estudos dos direitos individuais dos acionistas na Itália foi ALBERTO VIGHI, que, no início do século XX, produziu monografia específica sobre o tema⁹⁴⁶. O autor foi o primeiro a propor um conceito de direito individual

⁹⁴³ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 21; SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914, p. 241-242.

⁹⁴⁴ SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914, p. 242.

⁹⁴⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 15.

⁹⁴⁶ VIGHI, Alberto. *I diritti individuali degli azionisti*. Parma: Battei, 1902.

do acionista, como sendo aquele que: “(...) compete all’azionista in forza della sua qualità di sócio, e la cui integrità ed esistenza non è soggetta allá volontà dell’assemblea, la quale non può né toglierla nenmeno modificando lo statuto”. Sem tentar ser dogmático, A. VIGHI sistematizou os direitos individuais em uma categoria tríplice eventualmente devida aos acionistas, a saber: (I) direitos sociais coletivos completamente sujeitos à vontade da maioria (*diritti sociali collettivi completamente soggetti alla volontà della maggioranza*); (II) direitos sociais coletivos, sujeitos à vontade da maioria, mas com faculdade de recesso (*diritti sociali collettivi com facoltà di recesso*); (III) direitos sociais individuais (*diritti social individuali*) que constituiriam para o acionista um rol intangível, que nenhuma deliberação da maioria poderia modificar ou suprimir, divididos, por sua vez, em direitos individuais legais (*diritti individuali legali*) e direitos individuais estatutários (*diritti individuali statutari*)⁹⁴⁷.

Ainda que passível de críticas⁹⁴⁸, o grande mérito da fase de sistematização e da classificação dos direitos individuais dos acionistas liderada por A. VIGHI foi destacar a função de proteção irretorquível de tais direitos, além de organizar, categorizar e sedimentar o caminho e os pilares para a discussão da matéria, cabendo à doutrina vindoura aprofundar o conceito de direito individual e construir uma teoria dogmática em torno deles.

b) Valorização do interesse: a contribuição de G. FERRI

Outro estudo pioneiro e destacado sobre o tema foi de GIUSEPPE FERRI, cuja teoria teve como base de sustentação uma premissa de caráter geral, mas substancialmente exata: não é possível conceber um conceito unitário de direito individual se não for definido o elemento caracterizador da individualidade (*principium individuationis*), do qual decorre sua inderrogabilidade perante a assembleia geral⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ VIGHI, Alberto. *I diritti individuali degli azionisti*. Parma: Battei, 1902, p. 14, *apud* BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 22. A sistematização de Vighi também pode ser encontrada em SOPRANO, Enrico. *Tratato teorico-pratico delle società commerciali*. Vol. I. Torini: Utet, 1934, 370-371.

⁹⁴⁸ A divisão proposta por VIGHI foi criticada pela doutrina, por duas razões principais: (a) a irrelevância das categoriais (I) e (II); (b) a tripartição não respeitou um critério único relacionado aos direitos individuais dos acionistas em função dos limites ao poder outorgado à sociedade. Para aprofundamento, ver: BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 22 e ss. Apesar da crítica doutrinária, a classificação ainda é utilizada pela doutrina societária na Itália, dentre os quais: BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960, p. 525-542.

⁹⁴⁹ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 23-24.

A crítica de G. FERRI foi rigorosa, porém precisa. Os esforços doutrinários para conceituar os direitos individuais não tinham sido profundos o suficiente para definir a categoria dos direitos individuais de forma segura. Enquanto alguns autores negaram a possibilidade de chegar a uma formulação teórica sobre tais direitos, optando pela sua classificação a partir de determinados critérios, em geral discricionários e limitados, outros tentaram construir concepções próprias, com base em elementos materialmente diversos, o que originou uma variedade muito grande de opiniões⁹⁵⁰.

Seria impraticável conceber uma definição unitária de direito individual tendo como elemento característico dessa individualidade algo que fosse justamente sua consequência, isto é, a sua inderrogabilidade pela assembleia geral. O autor criticou, com razão, o raciocínio doutrinário circular, estéril e interminável no sentido de que um direito é individual porque é inderrogável, da mesma forma que é inderrogável porque é individual⁹⁵¹.

A impossibilidade de construir um conceito unitário dos direitos individuais dos acionistas e a sua reconhecida inderrogabilidade por parte da sociedade determinaram a necessidade de construir conceitos essencialmente diversos, seja em razão da especialidade de tais direitos, seja em decorrência da prevalência de um interesse em detrimento de outro. O critério proposto por G. FERRI para nortear a classificação tinha como base elementos intrínsecos da própria natureza dos direitos, e não elementos extrínsecos a eles, o que, ao fim e ao cabo, significa dizer que a diversidade de conceitos constitui o pressuposto lógico e jurídico das mais variadas situações subjetivas do sócio. Assim, a diversidade de conceitos em cada categoria corresponde à variedade de características jurídicas de cada uma dessas categorias⁹⁵².

⁹⁵⁰ Com base nos estudos realizados pela doutrina alemã, G. FERRI sintetizou a transição doutrinária na busca de critérios individuais subjetivos (e.g. importância ou utilidade) para a elaboração de elementos de cunho objetivo (e.g. qualidade de sócio), identificando duas principais tendências: (I) a primeira buscou, de um lado, restringir o conceito de direitos individuais aos direitos especiais (*Vorrechte*), isto é, aqueles que decorrem de uma previsão estatutária e abrangem apenas alguns sócios e, de outro, reconheceu, paralelamente a esta categoria (denominada de *Sonderrechte*), a dos direitos individuais propriamente ditos (*Einzelrechte* ou *Individualrechte*), os quais também eram inderrogáveis por parte da assembleia, com a diferença de que se estendiam a todos os sócios e não somente a alguns deles; (II) a segunda reputou como direitos individuais todos aqueles que competem ao acionista em razão da sua qualidade de sócio de uma sociedade, cuja integridade e existência não estão sujeitos à vontade da assembleia, a qual não pode limitá-los, nem tolhê-los. O autor destacou que a diferença entre as duas correntes doutrinárias parece ser menos substancial e mais terminológica. Enquanto a inderrogabilidade dos *Sonderrechte* decorreria da letra expressa da lei, a inderrogabilidade dos *Einzelrechte* seria uma consequência natural do ordenamento societário, ainda que não expressa (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 23/24).

⁹⁵¹ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 25.

⁹⁵² FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 26-30.

O fundamento teórico do seu raciocínio fundava-se, de um lado, na diferenciação entre o interesse do sócio e o interesse da sociedade, e, de outro, no conceito de especialidade do direito, a partir do qual erigiu três categorias básicas, a saber: (I) direitos especiais outorgados apenas a alguns sócios, no seu próprio interesse, os quais são, por natureza, inderrogáveis pela sociedade, mas renunciáveis pelos sócios (i.e. direitos especiais); (II) direitos outorgados aos sócios no interesse da sociedade, cogentes e essenciais à caracterização de uma sociedade e, portanto, inderrogáveis pela sociedade e irrenunciáveis pelos sócios (i.e., direitos da administração); (III) direitos concedidos a todos os sócios, no seu exclusivo interesse, inderrogáveis pela assembleia, mas renunciáveis por parte de seus titulares (i.e., direitos patrimoniais⁹⁵³).

Depreende-se de tais categorias que a proteção dos direitos individuais aliada à imposição de limites a algumas modificações do ato constitutivo da sociedade constituem as principais restrições estabelecidas pela lei ao poder da maioria. Tais limitações ressaltam a existência de uma possível contraposição entre sócio e sociedade, admitindo-se, em determinadas situações, que o interesse individual, representado pelos direitos individuais, prevaleça sobre o interesse coletivo, definido pelo voto da maioria⁹⁵⁴.

Dessarte, a diferença entre as categorias de direitos – que ora protegem o interesse social, ora o interesse individual – reside justamente na diversa posição que o acionista assume perante a sociedade, havendo no primeiro caso uma conexão de colaboração na administração de um patrimônio social comum, e no segundo uma situação de contraposição, na qual o sócio busca a satisfação de interesses patrimoniais individuais legítimos, ainda que em oposição à sociedade⁹⁵⁵.

Na perspectiva de G. FERRI, o interesse social exerce funções diversas de acordo com a situação societária posta e a posição do acionista em relação à sociedade. De um lado, na condição de titular de um direito subjetivo patrimonial – decorrente da sua qualidade de sócio –, o acionista se apresenta perante a sociedade como um indivíduo independente, de maneira que o interesse social não impõe limites para o exercício interno de direitos

⁹⁵³ O denominador comum entre as três categorias é a inderrogabilidade dos direitos por parte da assembleia dos acionistas. Na categoria (ii) G. FERRI entende que não se trata de direitos subjetivos propriamente ditos, mas sim de um “poder jurídico” atribuído ao acionista no interesse da coletividade de sócios. (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 26/27). A classificação é assaz comum na doutrina italiana. Nesse sentido, por exemplo, GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Morano: Napoli, 1948, p. 90/91. Entre nós o tema é abordado por: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 276-277.

⁹⁵⁴ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 29.

⁹⁵⁵ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 31/32.

eminentemente individuais. De outro, na posição de titular de um direito subjetivo (ou melhor, poder jurídico⁹⁵⁶) de administração da sociedade – regulado internamente pelo estatuto social e/ou pela lei –, o acionista se apresenta como um órgão da sociedade, devendo agir no interesse desta, impondo o interesse social a primeira camada de limites para o uso de tal discricionariedade⁹⁵⁷.

Em síntese, na categoria dos direitos patrimoniais o sócio se coloca em uma perspectiva contraposta à sociedade, a qual não poderá dispor de tais interesses, pois não tem legitimidade para tanto. Nas demais relações societárias, o acionista não está autorizado a afrontar a vontade da maioria obtida por meio assemblear ou a deixar-se guiar por interesses

⁹⁵⁶ Na visão de G. FERRI, os direitos de administração do acionista são “poderes jurídicos” outorgados aos acionistas ou a determinados grupos no interesse da sociedade: “I diritti d’amministrazione pertanto non sono altro che dei potere giuridici concessi al singolo azionista o a determinati gruppi nell’interesse della società. Fissatane però in tali termini la natura giuridica, messo in rilievo come il diritto venga concesso al singolo nell’interesse sociale è a questo interesse che egli se deve uniformare nell’esercizio di tali diritto, perchè appunto è questo l’interesse che il legislatore ha voluto tutelare.” (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 35).

⁹⁵⁷ FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 34.

egoísticos, já que quando ingressou na sociedade concordou em seguir o interesse social⁹⁵⁸⁻⁹⁵⁹.

A corrente doutrinária instituída por G. FERRI foi a primeira que buscou aprofundar de forma correta os problemas do interesse e da legitimidade que subjazem à discussão em torno dos direitos individuais dos acionistas⁹⁶⁰.

c) Novos critérios: as proposições de A. MIGNOLI E A. DONATI

A partir da contribuição de G. FERRI, surgiu uma série de construções teóricas defendendo a impossibilidade de justificar uma categoria dogmática unitária para os direitos individuais dos acionistas, buscando substituí-la por duas outras: (I) a dos direitos

⁹⁵⁸ Na visão de G. FERRI, o conceito de interesse social: “(...) é qualcosa de distinto e di superiore a quello di single soci è stato a torto trascurato nelle teorie tradizionali delle basi essenziali e dei diritti individuali. È essenzialmente esatto che lo scopo per cui l’azionista entra a far parte della società è quello di fare il proprio interesse; l’azionista è l’homo economicus che cerca attraverso l’impresa sociale il proprio vantaggio, il fine ultimo è il guadagno. Non si dovrà però dimenticare la forma che egli ha scelto per poter arrivare a tale guadagno: non si dovrà dimenticare che egli ha partecipato ad un contratto sociale da cui è sorto un ente nuovo, che ha propria volontà e propri organi, un proprio scopo e propri mezzi. Aportando suoi capitali in società il singolo ha voluto attuare il suo fine speculativo attraverso l’impresa sociale e potrà pertanto fare il proprio interesse unicamente attraverso quello della società, dovrà cercare il proprio vantaggio nei vantaggi sociali. ‘Senza questa convergenza di interessi individuali dei componenti la società verso un interesse unico comune, non si avrebbe società e tanto meno persona giuridica, la cui essenza e il cui fondamento riposano esclusivamente nell’identità dello scopo che unifichi le particolari volontà dei singoli componenti.’ Amessa pertanto la personalità la persona giuridica della società, ammessa con ciò un’autonomia di capitali e di funzioni, ci sembra necessario ammettere anche un’autonomia d’interesse: normalmente tale interesse sarà conforme a quelli dei singoli soci, ma in ogni caso non potrà corrispondere alla somma degli interessi singoli.” E mais: “Considerato in fatti l’interesse sociale come qualcosa di distinto e di superiore a quello dei singoli soci, considerati o diritto d’amministrazione come poteri giuridici concessi nell’interesse della società, la sovranità nell’assemblea generale dei soci trova un limite non soltanto nei diritti individuali degli azionisti, bensì anche nell’interesse della società. La sua volontà dovrà essere considerata come volontà sociale unicamente quanto abbia in sé quell’elemento caratteristico che la differenzia dalla semplice somma delle volontà singole, cioè l’interesse sociale; la sua deliberazione potrà vincolare la società unicamente quando abbia in sé quell’elemento che permette all’organo di invadere la sfera giuridica dell’ente. Il legislatore ha concesso bensì alla maggioranza i poteri più ampi circa la gestione degli affari sociali, ma alla base dell’esercizio di tali poteri ha posto un limite che non può essere sorpassato, perché costituisce la ragione prima della concessione di essi. La assemblea generale dei soci è un organo della società e nelle sue deliberazioni deve tener presente questa sua qualità essenziale, questa sua dipendenza dall’ente sociale; deve, nell’esercizio delle sue funzioni, agire secondo quello che è l’interesse della società. La dottrina più autorevole è d’accordo con noi nell’ammettere che i poteri dell’assemblea siano concessi nell’interesse della società, che le deliberazioni sociali debbano ispirarsi a tale interesse e non a quello esclusivo del gruppo dominante.” (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 29-33-37/38).

⁹⁵⁹ G. FERRI sistematizou o direito dos acionistas, de um lado, em direitos patrimoniais atribuídos no interesse do acionista singularmente considerado e, de outro, em direitos da administração atribuídos no interesse da sociedade, construindo novas bases para a construção da tutela da minoria, cujo pilar de sustentação estava na concepção da sociedade como um instrumento para o exercício de direitos e não o contrário (direitos exercidos em face da sociedade), como ocorre com os direitos individuais e as bases essenciais do contrato (Cf. FERRI, Giuseppe. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932, p. 36).

⁹⁶⁰ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 25.

inderrogáveis⁹⁶¹ e (II) a dos direitos indisponíveis⁹⁶², ambas com o objetivo de preencher o conteúdo da genérica expressão “direitos individuais” e delinear limites ao poder da maioria⁹⁶³.

Seus principais defensores, ANTÍGONO DONATI e ARIBERTO MIGNOLI, defendiam, respectivamente, que a inderrogabilidade e a indisponibilidade dos direitos referiam-se sempre à sociedade, podendo-se falar em indisponibilidade também com relação aos próprios acionistas, especificamente naqueles casos em que alguns autores falam, genericamente, em direito irrenunciável. O enfoque das teorias estava centrado em estabelecer conceitos de inderrogabilidade e indisponibilidade, conforme o caso, e não de direito individual, partindo da premissa da impossibilidade de a assembleia geral dispor/derrogar certos direitos dos sócios⁹⁶⁴.

DONATI optou por adotar o conceito de direitos inderrogáveis (divididos em renunciáveis e irrenunciáveis pelo sócio), abdicando da terminologia correntemente adotada pela doutrina da época (*Sonderrechte* e *Individualrechte*). A premissa base da sua construção era a seguinte: salvo situações excepcionais (e.g. representação), somente o titular do direito subjetivo tem poder para dele dispor; a sociedade, nesse particular, não tem poder para dispor de direitos de terceiros ou de sócios, enquanto terceiros. A deliberação assemblear que dispuser de tais direitos é nula por defeito de legitimidade.

Nas palavras do autor:

(...) non solo l'assemblea, ma nessun altro organo della società può disporre dei diritti dei terzi o dei soci come terzi o costituire per essi degli obblighi: è la società stessa che non può. E non può, perchè l'esercizio del potere di disposizione di un diritto o di costituire un obbligo spetta soltanto al titolare del potere e questi, salvo alcune eccezioni, tra le quali in primo luogo l'ipotesi di rappresentanza, si identifica col titolare del diritto soggettivo oggetto della disposizione o del patrimonio su cui deve gravare l'obbligo (...) La deliberazione di assemblea che disponga di diritti di terzi o di soci come terzi o che imponga loro nuovi o ulteriori obblighi è quindi, nem nostro diritto, irrilevante per il terzo o, se si vuole (cfr.

⁹⁶¹ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 177-179.

⁹⁶² DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 132 e ss.

⁹⁶³ Por exemplo, na visão de A. MIGNOLI, a construção teórica de G. FERRI não podia ser classificada como uma vertente unitária dos direitos individuais, mas sim uma vertente unitária dos direitos inderrogáveis, haja vista que a inderrogabilidade é o único elemento comum à classificação de direitos proposta por FERRI. Sobre o tema ver: MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 178-179.

⁹⁶⁴ DE GREGORIO, Alfredo. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo. VI. Vol. I. *De las sociedades*. Trad. Delia Viterbo de Fieder y Santiago Sentís Melendo. Notas de Derecho Argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediar, 1950, p. 570-571; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 25. Entre nós o tema é tratado por: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 277-281.

Supra n. 33), nulla per difetto di legittimazione (diritto di disposizione) del soggetto agente (...) ⁹⁶⁵.

O autor prendeu-se principalmente na distinção entre direitos legais e direitos estatutários, bem como na correlação entre sua titularidade (coletivo, individual ou especial), renunciabilidade e derogabilidade diante da regra da maioria, como sendo *il fulcro della teoria dei diritti inderogabili degli azionisti*⁹⁶⁶. Para DONATI, o direito que somente pode ser objeto de disposição pelo seu titular (ou por um representante devidamente constituído) deve ser classificado como direito do sócio, sem qualquer outra qualificação, sendo, por natureza, indisponível (e inderrogável) por parte da assembleia⁹⁶⁷.

Adotando as lições de VIGHI, classificou tais direitos em legais e estatutários. Entre os legais eram inderrogáveis pela assembleia aqueles estabelecidos por normas de caráter imperativo ou derogáveis somente mediante a renúncia do sócio, bem como os que constituíssem um elemento essencial do contrato de sociedade. Os direitos inderrogáveis pela assembleia geral eram também (I) irrenunciáveis pelos sócios os que decorriam de uma norma cogente que regulava matéria de interesse geral ou social ou, ainda, aqueles elementos essenciais ao contrato de sociedade, enquanto eram (II) renunciáveis entre os direitos legais aqueles que regulavam interesse particular do sócio, que não constituíam elemento essencial do contrato de sociedade. Já os direitos estatutários eram inderrogáveis aqueles declarados

⁹⁶⁵ DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 131-132.

⁹⁶⁶ DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 134.

⁹⁶⁷ DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, pp. 133-134, nota de rodapé 5.

pelo estatuto social expressamente ou que exigissem a vontade unânime dos sócios para sua alteração ou supressão, mas todos eram renunciáveis por parte do acionista⁹⁶⁸⁻⁹⁶⁹⁻⁹⁷⁰.

A doutrina concluiu que a engenhosidade da construção teórica era inversamente proporcional à sua clareza. VINCENZO BUONOCORE teceu severas críticas à teoria dos direitos inderrogáveis, classificando como irrelevante a distinção entre direitos legais e direitos

⁹⁶⁸ DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, pp. 135-137. Entre nós, a teoria de DONATI foi abordado por: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 276-277; DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 117 e nota de rodapé n. 5.

⁹⁶⁹ Quanto à classificação das deliberações assembleares que tratam de tais direitos, DONATI refere que: “a) Le deliberazioni che dispongono dei c.d. diritti derogabili del socio sono valide, perchè si tratta di dirirri dei quali la società, per mezzo dell’organo assemblea, è legittimata a disporre, se non addirittura di meri riflessi dell’organizzazione sociale; b) Le deliberazioni che nel contenuto dispongono di diritti inderogabili ma rinunciabili del socio o che impongono al socio nuovi o ulteriori obblighi, sono, come quelle che dispongono dei diritti di terzi o impongono a questi nuovi o ulteriori obblighi (supra n. 34), irrelevanti per il socio, o, se si vuole (cfe. supra 33), nulle per difetto di legittimazione della società che non ha il potere di disporre del diritto altrui (3) o di imporre ad altri degli obblighi, tranne che il socio titolare del diritto non abbia conferito alla società il potere di disporne, nel qual caso la deliberazione è perfettamente valida e rilevante per il terzo (4); c) Le deliberazioni che nel contenuto dispongono di diritti inderogabili e irrinunciabili del socio sono nulle, perchè aventi oggetto giuridicamente impossibile, in quanto il diritto inderogabile della società e irrinunciabile o inalienabile o immodificabile dal socio titolare è un diritto indisponibile, cioè *extra commercium* (cfr. Infra 66). Neppure il consenso precedente del socio titolare del diritto potrebbe quindi rendere valida la deliberazione (Cf. DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, pp. 142-143). Em recente artigo, RAFAEL I. DREWS sintetiza, com precisão, as conclusões do autor: “Donati conclui que as deliberações: (i) sobre direitos derogáveis seriam válidas; (ii) sobre direitos inderogáveis renunciáveis seriam irrelevantes para o sócio ou nulas, por defeito de legitimação da sociedade, mas válidas quando a renúncia fosse realizada, o que poderia ocorrer com o voto sem reservas em assembleia ou mesmo *a posteriori*, com eficácia *ex tunc*; (iii) sobre direitos inderogáveis irrenunciáveis seriam nulas, por ilicitude do objeto.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 117 e nota de rodapé n. 5).

⁹⁷⁰ A classificação de DONATI se materializava da seguinte forma: “Alla stregua di questi criteri possono considerarsi inderogabili e irrinunciabili i diritti legali all'amministrazione, e cioè tanto quelli pei quali il socio coopera alla formazione della volontà sociale [diritto di voto (3) e diritti accessori, quali diritto alla convocazione dell'assemblea nelle ipotesi previste dalla legge e dallo statuto (art. 154, 159 cod. comm.), all'invito a partecipare all'adunanza, all'accesso alla sala delle adunanze, alla discussione, quando è ammessa, al rinvio nell'ipotesi dell'art. 162 cod. comm.], tanto quelli per i quali il socio controlla l'osservanza dell'ordinamento giuridico della società da parte dei suoi organi [impugnativa dell'art. 163 cod. comm., denunce di cui agli artt. 152, 153, ispezione dei libri di cui agli artt. 142, 140], i quali tutti gli sono concessi dalla legge nell'interesse sociale (1) e, tra i diritti legali patrimoniali, quello alla ripartizione degli utili netti (2) che costituisce un elemento essenziale dei contratto di società (art. 1697, 1719 cod. civ.). Sono invece inderogabili dall'assemblea ma rinunciabili da parte te del socio, oltre al diritto ad essere socio (salva l'ipotesi dell'art. 168) (3) ed a quello alla parità di trattamento (4), i diritti all'amministrazione concessi dallo statuto (quali ad es., tra i diritti prioritari, quello al voto plurimo) e, tra i diritti patrimoniali, quello alla quota di liquidazione e diritti accessori [diritto al procedimento di liquidazione; diritto di essere informato dello stato e del modo di esecuzione della liquidazione, art. 230, 3 cod. comm., diritto di reclamo contro le proposte dei liquidatori, art. 215 cod. comm.], quello accessorio alla emissione e alla cotiseгна dell'azione (i); quelli prioritari [privilegio sulla quota di liquidazione, sui dividendi; quelli derivanti da azioni di godimento il cui titolare continui ad essere socio; quello di opzione concesso agli azionisti originari] e, infine, il diritto di recesso (2), diritti tutti concessi al socio nel suo interesse particolare.” (Cf. DONATI, Antigono. *L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, pp. 137-139).

estatutários, na medida em que a formalidade da classificação olvidava-se de aprofundar justamente o ponto crítico do tema: o exame da natureza do interesse protegido⁹⁷¹.

Asseverou, também, não ser correto dizer que todos os direitos inderrogáveis são, também, individuais, nem medir o grau de derogabilidade de uma norma existente em determinado ordenamento societário a partir do julgamento subjetivo do sócio quanto à sua relevância ou essencialidade para o contrato de sociedade. Isso porque qualquer investigação no campo da inderrogabilidade deve se referir à natureza da norma e à função que ela exerce dentro do sistema legal (e não à sua subjetivação), ao passo que na seara da derogabilidade deve-se considerar o procedimento para sua derrogação, o qual precisa respeitar a forma própria estabelecida no estatuto ou na lei.

Para BUONOCORE, a criação de uma categoria de “direitos inderrogáveis” significava alterar, com sérias consequências terminológicas, a denominação da categoria dos “direitos individuais”, devendo a inderrogabilidade referir-se exclusivamente à regra/norma em si e não puramente aos direitos⁹⁷². Admite que a partir do elemento da inderrogabilidade é possível criar uma teoria unitária dos direitos inderrogáveis, mas não dos direitos individuais, sem se obter nenhuma conclusão positiva ou negativa com relação à questão⁹⁷³.

Pondera que a teoria carrega consigo um grau de inexatidão e uma impropriedade de ordem terminológica. Em primeiro lugar, é possível que a inderrogabilidade seja uma característica ou a própria natureza da norma que protege os chamados direitos individuais, mas isso não é suficiente para distingui-los entre si, haja vista a existência de outras normas inderrogáveis no ordenamento societário que não protegem direitos individuais (mas sim núcleos do tipo societário, por exemplo). Em segundo lugar, a teoria segmentou a inderrogabilidade em categoriais: uma renunciável pelo acionista individual e a outra absoluta, o que parece um disparate⁹⁷⁴.

Já ARIBERTO MIGNOLI classificou como oscilante e movediça a categoria dos direitos individuais e desenvolveu a chamada “teoria unitária dos direitos indisponíveis”, os

⁹⁷¹ Para aprofundamento sobre tais críticas, ver: BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 28-31. Entre nós as críticas são muito bem trabalhadas em: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 277-278.

⁹⁷² No mesmo sentido: GREGORIO, Alfredo de. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo. VI. Vol. I. De las sociedades. Trad. Delia Viterbo de Fieder y Santiago Sentís Melendo. Notas de Derecho Argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediar, 1950, p. 576;

⁹⁷³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 28.

⁹⁷⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 30.

quais constituíriam verdadeiros direitos subjetivos no âmbito societário⁹⁷⁵. Para autor, os direitos individuais são autênticos direitos subjetivos que não têm origem contratual, mas sim do *Mitgliedschaft* em si – membridade ou *status socii* – na medida que decorrem da adesão do sujeito a um corpo de normas já posto, do qual o acionista titular não pode ser excluído, nem a sociedade tem legitimidade para deles dispor⁹⁷⁶.

Segundo MIGNOLI, quando se fala de direito individual

(...) non ci si vuol riferire che a un diritto soggettivo che l'individuo, come membro della società, ha nei confronti di questa: di un diritto sottratto al potere della maggioranza (e quindi 'tout court' della società), di un diritto di cui soltanto il suo titolare, l'azionista, e non la società, ha il potere di disporre. La società, quindi, la quale non può disporre di questo diritto, ove lo faccia, porrà in essere un atto di disposizione che, come compiuto dal nontitolare, sarà improduttivo di effetti giuridici, se non intervenga (prima della deliberazione: autorizzazione, o dopo: approvazione) il consenso del titolare del diritto leso, cioè del singolo socio. Questo mi sembra indubbio, in base ai principi, sopra ricordati, della legittimazione a disporre⁹⁷⁷.

A teoria conecta o conceito de indisponibilidade com a ilegitimidade da sociedade para dispor de direitos dos sócios, tendo sido bem sintetizada por LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES:

Os acionistas titulares desses direitos não poderiam ser dos mesmos despojados pela sociedade posto ser o ente social desprovido da legitimação para dispor a respeito. Tanto os direitos individuais, comuns a todos os acionistas, como os direitos especiais, comuns a determinadas categorias de acionistas constituíram um limite intransponível ao poder da sociedade. No que tange aos direitos individuais, porque a soberania da assembleia geral cessa perante a esfera reservada ao sócio singular; no que concerne aos direitos especiais, porque dizem respeito a direitos que extravasam dos esquemas igualitários da sociedade anônima hodierna, refugindo, por conseguinte, do poder da sociedade deliberante por maioria.

Ao procurar explicar a razão dessa indisponibilidade, entendida como ausência de poder de dispor na pessoa jurídica social, recorre MIGNOLI à ideia de paralelo entre a situação do sócio que vem a fazer parte da sociedade e o cidadão que faz

⁹⁷⁵ Para A. MIGNOLI: 'La ipotizzabilità di una violazione da parte dell'assemblea non basta a degradare tali situazioni dal rango di diritti soggettivi' a meri 'effetti riflessi dell'ordinamento corporativo;' nè il fatto, che talune pretese dei membri siano assicurate dalla legge nell'interesse pubblico con carattere di inderogabilità (per cui anche dall'azionista tali garanzie per l'osservanza della legge e dello statuto sono irrinunciabili), toglie che quei diritti che, indisponibili dalla società, sono disponibili col consenso del singolo socio (e a questi soltanto che sono diritti generali di membro dovrebbe essere riservato l'appellativo di diritti individuali), siano veri e propri diritti soggettivi, e diano quindi luogo a titolarità individuali." (Cf. MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 177).

⁹⁷⁶ Nas palavras de MIGNOLI: "La sola teoria unitaria possibile è quindi quella dei diritti indisponibili degli azionisti: diritti soggettivi veri e propri, non aventi origine contrattuale, ma discendenti dalla "Mitgliedschaft" o ad essa ricollegantesi, dai quali l'azionista titolare non può essere spogliato dalla società, come da soggetto sfornito di legittimazione al riguardo. (Cf. MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 179-180).

⁹⁷⁷ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 189.

parte do Estado, definindo a indisponibilidade como aquela *cherchia inviolabile di liberta contro la quale si arresta il potere sovrano dello stato e della società*. Advirta-se que, nesse conceito de direitos indisponíveis, estão evoluídos os direitos contidos em normas imperativas, anteriormente catalogados na ‘inútil categoria’ dos direitos inderrogáveis⁹⁷⁸.

Tais direitos foram divididos em duas categorias: (I) direitos genéricos de todos os participantes, que podem ser chamados de direitos individuais, e (II) direitos especiais, de titularidade de uma certa classe de acionistas, com a mesma raiz terminológica do *Sonderrechte* do direito germânico, constituindo as duas categorias limites individuais ao poder de disposição da sociedade por maioria⁹⁷⁹.

A rigor, na visão de MIGNOLI, a categoria dos direitos indisponíveis deveria incluir tão somente os direitos intangíveis por parte da maioria e passíveis de renúncia por parte de todos os sócios. Nessa classificação não estariam contidos os direitos tidos como irrenunciáveis, já que estes não passariam de uma reprodução subjetiva de uma regra imperativa prevista na lei ou no estatuto, não se ajustando adequadamente à noção de direito subjetivo⁹⁸⁰.

A crítica da doutrina à construção, especialmente por parte de BUONOCORE, não foi de fundo, mas sim quanto à imprecisão da locução proposta – indisponibilidade –, a qual pode ser aceita como uma característica ínsita aos direitos individuais, mas não é suficiente, sob a perspectiva dogmática, para justificar uma categoria de direitos emancipada da esfera exclusiva dos interesses de sócio⁹⁸¹.

A tese de MIGNOLI representou um importante avanço na definição da linha argumentativa de defesa dos direitos individuais dos acionistas como categoria indisponível por parte da sociedade. Retomaremos algumas das suas premissas ao descrever a teoria construída por BUONOCORE e, mais adiante, ao examinar os efeitos de uma deliberação assemblear que dispuser de direitos individuais dos acionistas sem o seu consentimento.

⁹⁷⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 279-280.

⁹⁷⁹ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 179-180.

⁹⁸⁰ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 177 e 179-180. Entre nós essa característica foi apontada por DREWS, Rafael Induzzi. *Evolução histórica dos direitos individuais do acionista*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 119, nr 93.

⁹⁸¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 31.

d) Titularidade do direito: a construção de T. ASCARELLI

Segundo T. ASCARELLI⁹⁸², os limites estabelecidos pela lei para a constituição de uma sociedade são distintos daqueles postos à assembleia geral para alterar o estatuto social. Assim, a possibilidade de alterar o estatuto pela assembleia geral (validamente convocada e instalada) deve considerar a existência de normas e direitos inderrogáveis por meio de uma modificação estatutária, ainda que sejam derogáveis pelo estatuto originário da sociedade.

O autor, cuja teoria foi recentemente revitalizada por ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE⁹⁸³, sustenta a possibilidade de segmentar os direitos dos acionistas em renunciáveis (e, portanto, derogáveis pela assembleia geral unânime) e irrenunciáveis (e, assim, inderrogáveis pelo estatuto originário e também pela assembleia geral unânime⁹⁸⁴).

⁹⁸² Há dois principais escritos de T. ASCARELLI com relação ao tema dos direitos individuais dos acionistas. Esse item contém os argumentos expostos no primeiro deles (ASCARELLI, Tullio. *Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138), os quais foram aprofundados (e, em certa medida, revisados) no segundo ensaio (ASCARELLI, Tullio. *L'interesse sociale dell'art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*. In: *Problemi giuridici*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547) que será examinado conjuntamente com as críticas tecidas por V. BUONOCORE ao tratamento doutrinário dado ao tema. Para aprofundamento sobre a mudança de posição de ASCARELLI – especialmente no que concerne à distinção entre as normas que tutelam o interesse individual do acionista, o exercício do direito em si e o delineamento do que caracterizariam os direitos subjetivos (na posição revisada somente aqueles que geram uma pretensão concreta em favor do acionista), ver: BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 165, nota de rodapé 329; MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 184-186, nota de rodapé 65

⁹⁸³ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 361/362. Apesar de parecer classificar os direitos individuais dos acionistas como direitos subjetivos, o autor lusitano tem dificuldades em enquadrá-los nas categorias gerais concebidas pelo direito civil. Para TRIUNFANTE, “(...) não constituirá motivo suficiente para negar a categoria de direito a toda uma série de situações jurídicas activas que a lei atribui a cada acionista, nessa qualidade, isolado ou em conjunto com os outros. Em conformidade com este entendimento, carece de sentido converter em direito subjetivo toda a posição jurídica de sócios protegida por normas de direito imperativo. Desta forma, direito do acionista é um direito na sociedade, com conteúdo próprio, não diretamente enquadrável em categorias dogmáticas pensadas para outros ramos de direito, sem atender às particularidades societárias” (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74-75). Sua insatisfação se estende para o problema da natureza jurídica da participação social: “Tal facto, por si só, mostra-se suficiente para que nos possamos aquilatar da dificuldade da questão e da sua virtual incapacidade para gerar consensos. Pensamos que a tentativa de reduzir toda a complexidade da situação jurídico-societária aos quadros institucionais preexistentes e configurados para outros domínios (um bom exemplo é o direito subjetivo) corre o risco de falhar por manifesta insuficiência ou inadequação desses quadros. Pelo contrário, definir a figura recorrendo a conceitos vagos e imprecisos (como estado ou posição jurídica complexa) é de comprovada inutilidade e em nada contribui para o estudo da mesma. Sem pretensões de solucionar, de forma definitiva, a questão, parece-nos que a complexidade e a originalidade da mesma só se coaduna com uma revolução doutrinária dos conceitos vigentes para outros ramos de direitos. Dessa forma, entendemos que o caminho certo passará pela construção de novos modelos ou figuras aplicáveis, em exclusivo, para o domínio societário. O desenvolvimento coerente e sustentado que se pretende para o direito das sociedades terá de partir da sua própria autonomia dogmática, por oposição aos restantes direitos privados” (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos de minoria qualificada*. Abuso de direito. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 49, nr 37).

⁹⁸⁴ ASCARELLI, Tullio. *Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 100/101.

A premissa do raciocínio está na investigação do interesse subjacente à norma e, por conseguinte, à titularidade da tutela jurídica estabelecida pela lei societária.

Respeitada essa lógica, os direitos individuais dos acionistas podiam ser classificados em três tipos distintos, quais sejam: (I) os inderrogáveis pela maioria e irrenunciáveis pelos acionistas; (II) os inderrogáveis pela maioria, porém renunciáveis pelos acionistas, mediante sua manifestação de vontade; e (III) os derogáveis pela maioria e disponíveis pelas partes, podendo, cada um deles, assumir, por vezes, dimensões abstratas e concretas⁹⁸⁵. Há, ainda, a categoria dos direitos especiais, caracterizados por pertencerem a uma categoria específica de acionistas (preferencialistas, por exemplo), cuja disposição exige, sempre, seu consentimento⁹⁸⁶.

Os direitos individuais irrenunciáveis e inderrogáveis são aqueles cujo regime jurídico se encontra fora do alcance da vontade das partes, inclusive do acionista que tem na sua esfera de ação o poder para exercê-los – o acionista titular. Em alguns casos, tais direitos são alçados à categoria de núcleos rígidos do tipo societário, razão pela qual estão protegidos por normas societárias cogentes, que não podem ser objeto de disposição, restrição ou modificação, mesmo que os próprios sócios consintam com tais mudanças⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ MANUEL ARMANDO TRIUNFANTE esclarece que: “Parece pertinente fazer menção à distinção entre a natureza abstrata e concreta do direito individual do acionista. A primeira dimensão, porque tutela o direito em geral, com estabilidade, pertenceria a esta categoria dos direitos irrenunciáveis, pelo que não poderia ser afectada por uma deliberação. Já a segunda dimensão referir-se-ia, apenas, à vertente casual do direito. Este, reunidas determinadas circunstâncias, seria excluído ou diminuído somente para aquele momento, não perdendo os acionistas qualquer regalia para o futuro. Na sua dimensão concreta, o direito seria ou não disponível, consoante o respectivo regime legal, pelo que, pressupostos certos condicionalismos, poderia ser afectado por uma deliberação determinada. Dessa forma, a dimensão abstracta da generalidade dos direitos assumirá a presente classificação – direito irrenunciável, no sentido de que não pode ser afastado nem com o acordo do titular. Esta realidade é particularmente visível a propósito do direito de subscrição preferente, tutelado no art. 460. O direito em abstrato não pode, em caso algum, ser afectado, permitindo a lei solução diferente no que respeita a um aumento de capital em concreto, desde que o interesse social o justifique (...)” (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos de minoria qualificada*. Abuso de direito. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 126).

⁹⁸⁶ ASCARELLI, Tullio. Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 110; TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 361/362.

⁹⁸⁷ ASCARELLI, Tullio. Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 100-102; TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 363. Veja-se, nesse particular, a opinião de DIEGO CORAPI com relação à validade de cláusula que limita os acionistas preferencialistas de participar de assembleia geral ordinária. Na visão do autor o exame da questão passa pelo cotejo entre a natureza do direito subjetivo do sócio e os princípios fundamentais do regime jurídico das sociedades anónimas, resultando a validade da cláusula estatutária da essencialidade do direito e/ou da renúncia do sócio: “Di recente, poi, si è discusso in giurisprudenza e in dottrina intorno allà validità di una clausola statutaria che esclua la facoltà di intervento nelle assemblee ordinarie nei confronti di quei soci possessori di azione privilegiate, che sono privi del diritto di voto in tali assemblee. Pressupposto per la soluzione di tale problema è naturalmente la individuazione del significato della facoltà di intervento in assemblea. Una volta qualificato l'intervento in come diretto soggettivo del socio, distinto dal diritto di voto e non meramente strumentale a questo, il discorso intono alla validità di una clausola statutaria che esclua il diritto di intervento

O fundamento do regime da irrenunciabilidade e da inderrogabilidade de tais normas consiste na necessidade de salvaguardar situações que não estão diretamente relacionadas ao titular do direito e que buscam proteger interesses qualitativamente superiores ao poder de autotutela outorgado aos sócios de uma sociedade, tais como a ordem pública, a proteção de terceiros e até a tutela de prerrogativas inerentes à posição jurídica de acionista⁹⁸⁸.

A proteção de tais interesses ultrapassa a esfera societária interna de embate entre maioria e minoria. As normas imperativas que os regulam não constituem apenas limites ao poder majoritário assemblear, mas também aos interesses dos titulares do direito em questão, na medida em que protegem valores de ordem superior, os quais acabam por tolher a autonomia privada das partes em modificá-los, seja no estatuto originário da companhia, seja em deliberação assemblear unânime⁹⁸⁹.

scivola necessariamente nella analisi della sua rinunciabilità o irrinunciabilità e si ferma sulla soluzione per cui una clausola statutaria che lo sopprima è valida solo quando, essendo essa contenuta nell'originario statuto o comunque inserita successivamente, ma prima dell'emissione delle azioni privilegiate, sia possibile individuare nell'adesione del sottoscrittore delle azioni una 'rinuncia' al suo diritto. Non interessa a questo punto soffermarsi sulla qualificazione del l'intervento come diritto soggettivo e sulle implicazioni che ciò comporta nell'impostazione del problema in esame. Interessa piuttosto notare che, pur trasportato nei termini di autonomia o strumentalità e quindi di rinunciabilità o irrinunciabilità di un diritto soggettivo, il problema della disciplina statutaria dell'intervento in assemblea può venire risolto solo con una analisi che ne sveli i collegamenti con i principi fondamentali dello schema tipico della società per azioni. Per decidere invero della sua autonomia rispetto al diritto di voto è necessario ricostruire la posizione degli azionisti privilegiati nell'ambito dell'ordinamento societario e desumere che in essa ha rilievo autonomo un interesse all'informazione e al controllo sulla gestione, anche se non si abbia la possibilità di influire su tale gestione direttamente con il voto. Una volta riconosciuta la rilevanza di questo interesse e quindi la sussistenza di un autonomo diritto di intervento, si deve nuovamente far ricorso ai principi fondamentali dell'ordinamento societario per affermare che esso non è comunque di portata essenziale per la qualificazione dello schema tipico della società per azioni e che pertanto può costituire oggetto di valida rinuncia da parte del socio. Anche riguardo alla validità della clausola statutaria che elimina il diritto di intervento in assemblea degli azionisti privilegiati, i fili che costituiscono la trama dal ragionamento vanno, quindi, ricercati nell'analisi dello schema tipico della società per azioni previsto dal legislatore" (CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 171/172).

⁹⁸⁸ Na visão de ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE: "Um regime com esta 'dureza' acaba por se justificar de forma natural. Não está apenas em causa um paternalismo exacerbado do legislador português. Não é certamente convicção deste a necessidade de proteção dos sócios contra si mesmos e contra a sua própria possibilidade de cederem as suas prerrogativas individuais. O fundamento para o regime apontado é outro e tem a ver com a dimensão e importância dos interesses envolvidos com a atribuição dessas mesmas faculdades. Podemos estar na presença de realidades tão abrangentes e diversificadas como os interesses de ordem pública (que podem incidir na proteção mínima da posição individual do sócio), de terceiros (como os credores) ou até a necessidade de tutela de interesse comuns dos sócios, presentes e futuros. Trata-se de normas cogentes, que atravessam todo o direito societário e não apenas a temática dos direitos individuais dos sócios. (...) Não se trata, portanto, de uma realidade inteiramente disponível, já que atribuída em função de outras realidades não diretamente relacionáveis com esse titular. A proteção deste tipo de interesses é um valor superior ao poder de autotutela que se possa permitir aos sócios de uma sociedade" (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 363/364).

⁹⁸⁹ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 364; ASCARELLI, Tullio. Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 100/101.

A deliberação que violar esses interesses estará inquinada da modalidade mais grave de invalidade, que é a nulidade. Explica TRIUNFANTE que tais direitos existem para tutelar não apenas o interesse individual dos acionistas (como acionistas individualmente considerados), mas também para garantir o bom funcionamento da sociedade, a tutela de terceiros e, até mesmo, os acionistas individuais propriamente ditos. Nessa sistemática, os direitos individuais irrenunciáveis assumem uma dimensão abstrata, isto é, de uma realidade estável e permanente, ainda não concretizada, habitando a esfera de uma expectativa juridicamente tutelada⁹⁹⁰.

O clássico exemplo que ilustra a concepção abstrata é o direito de participar dos lucros sociais⁹⁹¹. É nula de pleno direito cláusula que alija completamente um sócio de participar nos lucros (e das perdas) gerados por uma sociedade da qual é membro, já que os resultados econômicos da atividade constituem a finalidade do negócio societário e o conector dos interesses dos acionistas. Mesmo assim, admite-se que determinada classe de ações tenha privilégios no recebimento dos dividendos, sem que isso infrinja o referido direito de participação e o princípio do tratamento igualitário dos acionistas, da mesma forma que o acionista pode renunciar, em concreto, ao recebimento da sua parcela de dividendos⁹⁹².

Por outro lado, os direitos individuais inderrogáveis (e renunciáveis) são disponíveis somente com o consentimento do titular, porém não toleram disposição por parte da assembleia geral majoritária. Nessa categoria de direitos, o princípio da autonomia privada, na sua aceção tradicional, segundo a qual ninguém pode ser vinculado a uma obrigação contra a sua vontade, adquire plena vigência.

⁹⁹⁰ Refere o autor que: “A dimensão abstracta do direito é uma realidade estável, ainda não concretizada, e que tutela uma expectativa de determinados sujeitos em ver surgir, na sua esfera jurídica e em seu benefício, diversas concretizações desse direito. Será, deste ponto de vista, portanto, uma expectativa juridicamente tutelada. Apesar da caracterização que fizemos, não parecem escapar à classificação de verdadeiros direitos individuais, ainda que esta nomenclatura deva ser entendida por referência aos quadros interpretativos societários” (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 365-367).

⁹⁹¹ Segundo ASCARELLI, outros exemplos de direitos individuais propriamente ditos são (I) o direito de recesso e a possibilidade de as partes criarem hipóteses contratuais de recesso, adicionais às previstas pela lei societária; e (II) o direito de preferência (ASCARELLI, Tullio. *Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 101).

⁹⁹² A legislação brasileira, seguindo a prática mundial, condena a formação de sociedades leoninas, isto é, aquelas em que um sócio recebe a parcela do “Leão”, participando da totalidade dos lucros, ou em tal percentagem que torne irrisória a parte dos outros. Nesse sentido, caminha a previsão do art. 1.008 do Código Civil: “É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.” A denominação decorre da fábula de Fedro, na qual um leão, ao ingressar em sociedade formada por outros animais para caçar, atribui a si todas as partes, começando pela primeira, porque se chama “Leão” (CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. Vols. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 327). Sobre o tema, ver, também: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50-51.

A construção em torno da natureza inderrogável desses direitos não nega que a regra da maioria constitui um dos imperativos lógicos do direito societário contemporâneo, verdadeiro instrumento de funcionamento do ente social e mecanismo capaz de evitar situações de abusos individuais e de minoria; sustenta, entretanto, que persistem no direito das sociedades searas nas quais ainda vige a plena eficácia da autonomia, sendo uma delas a dos direitos individuais dos acionistas insculpidos na lei⁹⁹³.

Diferentemente da categoria anterior (i.e., direitos inderrogáveis e irrenunciáveis), os direitos individuais inderrogáveis (e renunciáveis) não impõem limites à liberdade contratual dos sócios, mas sim obstáculos intransponíveis à plena eficácia do princípio majoritário. Relativiza-se, portanto, a força da vontade da maioria e fortalece-se o núcleo individual dos acionistas, a tal ponto que esses direitos somente poderão ser objeto de disposição com o consentimento do seu titular. Por ricochete, nos casos em que a alteração envolver direitos gerais ou comuns a todos os acionistas da sociedade, surgirá a necessidade de uma deliberação unânime⁹⁹⁴.

Em síntese, tais direitos individuais são inderrogáveis por vontade da maioria, mas renunciáveis por meio do consentimento do respectivo titular da proteção assegurada pela lei. Essa categoria denota uma dimensão real e concreta dos direitos individuais, exigindo-se o consentimento de todos os envolvidos sempre que se pretenda, na prática, alterar, limitar ou até mesmo afastar por completo o exercício de uma faculdade de natureza pessoal ou individual.

Como ressalta TRIUNFANTE:

Esta dimensão representa a concretização da vertente abstracta do direito e, no fundo, é o meio que permite ao sócio aceder e beneficiar com essa prerrogativa de que é titular. A inserção desta dimensão na presente categoria decorre, essencialmente, do seguinte fator: ainda que, na dimensão abstracta, se protejam interesses pertencentes a outras entidades (nomeadamente sócios futuros), quando esse direito se concretiza, em um dado momento, a finalidade é

⁹⁹³ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 373.

⁹⁹⁴ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 374. ASCARELLI identifica que os seguintes princípios são inderrogáveis pelo voto da maioria dos acionistas (ainda que qualificada), sendo, no entanto, renunciáveis se contarem com a anuência do acionista interessado: (I) direito à igualdade de tratamento entre os acionistas e à igualdade dos direitos das ações em circulação; (II) ausência de limites à circulação ou à forma das ações previstas no estatuto; (III) ampliação estatutária das hipóteses de recesso ou preferência; (IV) princípio de que a deliberação assemblear não pode deliberar de forma retroativa; (V) limites do poder de voto; (VI) o direito de liquidação da sociedade após o decurso do seu prazo de duração ou quando realizado ou impossível de realizar seu objeto social. Todos esses casos representam limites à competência da maioria. A deliberação assemblear será válida somente quando houver o consentimento do acionista interessado. Do contrário, será anulável. (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 108/109).

claramente a beneficiação dos sócios actuais e, dentro destes, os sócios que exerceram essa mesma faculdade (...) Um sujeito jurídico só pode prescindir de uma determinada protecção que a lei lhe confere se ela lhe foi atribuída em benefício único dos seus interesses⁹⁹⁵.

Não há dúvida de que o regime de protecção comporta exceções, fundadas em disposições expressas da lei. A disciplina legal que, ao tratar de direitos individuais inderrogáveis e renunciáveis, exigir, para a alteração de alguma de suas prerrogativas, requisito distinto do consentimento do seu titular (como a aprovação por maioria qualificada) serve a interesses superiores (social, por exemplo), cuja explicação encontra guarida em algum dos valores albergados pelo direito societário, como ocorre, entre nós, com o direito de preferência, previsto no art. 109, inc. IV da Lei 6.404/76⁹⁹⁶.

Além disso, há no direito societário outros tipos de situações integradas ao *status* de acionista que são assaz assemelhadas aos direitos inderrogáveis (e renunciáveis) antes referidos. A característica peculiar a essas situações é a exigência legal de unanimidade ou do consentimento de todos os interessados como requisito da respectiva deliberação. A despeito da semelhança, são categorias jurídicas distintas: enquanto em tais situações (e.g. a transformação de tipo societário – art. 221 da Lei 6.404/76⁹⁹⁷) o requisito do consentimento unânime dos acionistas decorre da letra da lei, nos direitos individuais inderrogáveis tal exigência decorre da natureza do bem ou valor jurídico tutelado, de tal forma que a exigência

⁹⁹⁵ Sobre o tema explana ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE: “É nossa convicção que integra essa categoria de direitos a dimensão concreta da generalidade dos direitos individuais (mais uma vez, como veremos, estas regras encontram mais atenção junto aos direitos políticos ou administrativos). (...) Naturalmente que, em obediência às características apontadas, sempre que se pretenda limitar ou até afastar por completo, numa dada hipótese, o exercício de uma faculdade pessoal, tal desejo, tem de ser acompanhado com o acordo de todos os interessados” (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 374-375).

⁹⁹⁶ Ao regular o funcionamento da preferência, os arts. 171 e 172 flexibilizaram algumas das suas premissas, autorizando, por exemplo, o estatuto da companhia aberta que contiver autorização para o aumento do capital de prever a emissão, sem direito de preferência para os antigos acionistas, ou com redução do prazo de que trata o § 4.º do art. 171 (30 dias), de ações e debêntures conversíveis em ações, ou bônus de subscrição, cuja colocação seja feita mediante: (I) venda em bolsa de valores ou subscrição pública; ou (II) permuta por ações, em oferta pública de aquisição de controle, nos termos dos arts. 257 e 263. Para aprofundamento sobre o tema ver: LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vol. II. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 879-909; . EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/As comentada. Vol II*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 508-524.

Na doutrina portuguesa, o tema é trabalhado em relação à limitação ou supressão do direito de subscrição preferente (que é possível) e à eventual supressão da impugnação de deliberações nulas (que não é possível). Nesse sentido ver: TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 375.

⁹⁹⁷ Outros exemplos dessas situações na lei acionária brasileira são a mudança da forma de pagamento de participação aos administradores (art. 294, § 2.º) e a alteração do estatuto na parte em que regula a diversidade de classes de ações (art. 16, parágrafo único).

de unanimidade para a alteração de alguma de suas prerrogativas prescinde de previsão legal específica, porque a manifestação de vontade é sua premissa⁹⁹⁸.

Por fim, existem os direitos disponíveis ou derogáveis, geralmente de natureza patrimonial (e não política ou administrativa, salvo as exceções legais), caracterizados como aqueles que podem ser afetados por uma deliberação majoritária e pelos efeitos jurídicos daí decorrentes, mesmo contra a vontade da minoria ou do sócio individual. Nesses casos, o quórum deliberativo é variável, podendo-se exigir maioria absoluta ou qualificada, de acordo com a previsão legal ou estatutária, já que o interesse subjacente é comum (e não individual⁹⁹⁹).

Em síntese, a construção de ASCARELLI¹⁰⁰⁰, com as contribuições de TRIUNFANTE¹⁰⁰¹, sustentam a possibilidade de uma deliberação assemblear por maioria, tanto no que se refere aos atos de gestão ordinária da sociedade quanto relativamente às modificações estatutárias, desde que todos os acionistas estejam animados por um interesse fundamental comum, qual seja o social. Esse pressuposto desaparece, no entanto, quando cabe à maioria decidir acerca dos interesses estritamente individuais, como ocorre no caso na determinação, por maioria, da alteração estatutária referente ao valor do reembolso do sócio que se retira e que deixa de fazer parte da sociedade¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 378/379.

⁹⁹⁹ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 380.

¹⁰⁰⁰ O jurista italiano resume sua construção acerca dos direitos individuais dos acionistas da seguinte forma: “A doutrina dos direitos individuais dos acionistas é sempre muito discutida. A pesquisa mais ampla está ainda no livro de Vighi. Na minha opinião (cf. os nossos *Appunti*, vol. II), ainda neste terreno é necessário distinguir várias hipóteses: a) direitos das particulares categorias de acionistas (por exemplo ações preferenciais); b) direitos concedidos a cada acionista inderogavelmente, isto é, que não possam ser derogados pela maioria, nem mesmo por modificações do estatuto (por exemplo, faculdade de retirar-se da sociedade, no direito italiano); c) direitos concedidos a cada acionista de modo não somente inderogável mas também irrenunciável por terem sido concedidos visando um interesse superior; por exemplo o direito de voto, e na lei brasileira (art. 78) também o de retirar-se da sociedade (no direito italiano este último pode ser derogado pela maioria, mas o acionista pode renunciar a ele no ato constitutivo). Os direitos da primeira categoria não podem ser excluídos a não ser com o consenso individual ou com o da assembleia dos acionistas privilegiados nas legislações que permitem essa assembleia. Os da segunda categoria não podem ser excluídos a não ser com o consentimento individual dos interessados. Os da terceira categoria não podem de modo algum ser excluídos; o acionista pode não exercer concretamente, mas não pode renunciar a eles. A modificação de todos esses direitos é geralmente submetida às normas já citadas, mas esta analogia não é constante. Mesmo competindo a cada acionista, o direito de voto pode ser regulado no seu exercício, tanto na Itália como em França ou no Brasil, limitando o número de votos a cada acionista.” (Cf. ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, out. 1941, p. 5-33, p. 21, n.º 31).

¹⁰⁰¹ TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

¹⁰⁰² Sobre o tema, ressalta ASCARELLI: “Analogamente, a meu ver, relativamente ao sócio que se retira, o balanço social não é vinculativo só pelo fato de ter sido aprovado pela maioria, mas somente enquanto corresponder aos critérios do *arbitrum boni viri*. Com efeito, desde que o sócio ‘se retire’ desaparece a comunhão de interesses com os outros sócios e, portanto, os interesses da maioria podem, a meu ver, ser

É natural, por conseguinte, admitir que esses direitos somente podem ser dispostos com o consentimento unânime de todos, geralmente no ato de constituição da sociedade, que reúne o consentimento de todos os subscritores, salvo as exceções já examinadas. Não é natural, em contrapartida, admitir que a determinação de alguma questão relativa a tais direitos ocorra em deliberação por maioria, porque lhe falta legitimidade para tanto¹⁰⁰³.

A premissa do raciocínio remonta às bases do contrato de sociedade, especialmente na existência de uma comunhão de interesses entre os sócios. Apesar de uma possível disparidade de tendências e opiniões entre os diversos acionistas, a comunhão persiste e sobrevive no que se refere à gestão da sociedade e à alteração dos estatutos. Sem embargo, sempre que uma questão evidenciar a inexistência de uma comunhão e a existência de um conflito de interesses, embasado justamente nos direitos do sócio frente à maioria, é lógico que o poder desta desapareça ou fique reduzido a limites muito restritos¹⁰⁰⁴.

As críticas tecidas à teoria de ASCARELLI são semelhantes às direcionadas à categoria dos direitos indisponíveis: o pressuposto não é suficiente para justificar a criação de uma categoria autônoma dos direitos individuais no plano dogmático. Em outras palavras, o limite ao poder da maioria decorre de uma norma indisponível e irrenunciável, ou, ainda, de uma norma disponível e renunciável, desde que por meio de uma deliberação unânime, não havendo conexão subjetiva direta e constante entre tais características da norma e o direito do sócio a ser protegido¹⁰⁰⁵.

Relata LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES que a distinção entre direitos renunciáveis e irrenunciáveis foi objeto de censura na doutrina italiana:

Configurariam direitos irrenunciáveis os direitos absolutamente indisponíveis, seja pelo seu titular seja pela sociedade; constituiriam direitos renunciáveis os direitos disponíveis por deliberação unânime dos acionistas, segundo ASCARELLI, ou por consentimento pessoal de cada acionista, segundo MIGNOLI. Ora, no caso dos direitos chamados irrenunciáveis, o limite ao poder da maioria assembleária seria fixado por normas inderrogáveis, não havendo nenhuma necessidade de subjetivá-las relativamente aos acionistas. Ademais, o caráter de tais direitos mal se casaria com o conceito clássico de direito subjetivo, o qual, encarado pela concepção que se queira adotar, importa sempre numa margem de liberdade, ainda que mínima, na disposição e no exercício desses direitos.

Quanto aos direitos renunciáveis por deliberação unânime dos sócios, deve-se ponderar que a unanimidade de sufrágios não é acolhida por mais nenhum direito

somente os de um *arbitrator bonus vir*.” (Cf. ASCARELLI, Tullio. Sociedade por ações. Retirada do acionista dissidente. *Revista Forense*. Vol. XCVI, Ano XL. Fasc. 484, Rio de Janeiro, out. 1943, p. 19-22, p. 21).

¹⁰⁰³ ASCARELLI, Tullio. Sociedade por ações. Retirada do acionista dissidente. *Revista Forense*. Vol. XCVI, Ano XL. Fasc. 484, Rio de Janeiro, out. 1943, p. 19-22, p. 21.

¹⁰⁰⁴ ASCARELLI, Tullio. Sociedade por ações. Retirada do acionista dissidente. *Revista Forense*. Vol. XCVI, Ano XL. Fasc. 484, Rio de Janeiro, out. 1943, p. 19-22, p. 22.

¹⁰⁰⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 32.

positivo moderno, sendo o princípio majoritário um princípio fundamental da sociedade anônima contemporânea, cuja derrogação só é possível quando o legislador assim o disponha expressamente. Por derradeiro, a propósito dos direitos disponíveis por consentimento individual de seus titulares, cumpre salientar que, sejam quais forem os direitos individuais considerados, não serão jamais disponíveis pelo sócio *uti singulus*, porquanto a manifestação de vontade deste, mesmo no interior da coletividade, é sempre feita através do voto, exercido pelo acionista *uti socius* e nunca *uti singulus*. Na verdade, são indisponíveis pela sociedade os direitos insculpidos em normas inderrogáveis, e disponíveis pelo ente social os direitos contidos em normas derogáveis; de sorte que a aquiescência do sócio *uti singulus*, caso não seja manifestada em consonância com o que dispõe o comando legal, não terá a menor relevância jurídica¹⁰⁰⁶.

Tendo como pano de fundo o direito positivo italiano, BUONOCORE esclarece que os alegados direitos individuais contidos em normas inderrogáveis ou em normas derogáveis, mediante anuência do sócio, são indisponíveis pela sociedade frente ao sócio singularmente considerado (*uti singulus*) enquanto tratarem de direitos particulares de gozo no interior da sociedade. Da mesma maneira, os direitos também são indisponíveis pela sociedade se contidos em normas inderrogáveis, essenciais ao tipo, ao passo que são disponíveis se contidos em uma norma derogável. E, nesta última hipótese, a sociedade poderá deles dispor desde que cumpra o rito assemblear estabelecido pelo ordenamento societário¹⁰⁰⁷.

Para BUONOCORE está claro que o limite imposto pelo direito positivo à regra da maioria, tida como fundamental no âmbito das sociedades anônimas, é aquele decorrente das normas imperativas inderrogáveis, seja em relação ao seu vínculo subjetivo com o sócio, seja em relação à proteção de característica elementar da sociedade, cuja sanção pelo descumprimento é a nulidade; de resto, a competência da assembleia, enquanto tal, não encontra outro limite, desde que a deliberação cumpra as formalidades do método assemblear previstas na lei, sob pena de anulação¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 280-281.

¹⁰⁰⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 34.

¹⁰⁰⁸ Sobre o tema, comenta BUONOCORE: “Tanto per concludere la parte relativa alle esposte categorie di diritto del socio, la inutilità sul piano dommatico e pratico delle categorie medesime sopra esaminate, potrà ricevere conferma sol che si risponda al quesito relativo alla forma di violazione che la società potrebbe perpetrare derogando a o disponendo di un preteso diritto individuale del socio all'interno della collettività. E la risposta potrebbe essere la seguente: la società potrebbe disporre del preteso diritto o soprimendolo in assoluto o dettando, attraverso una certa deliberazione, una disciplina in contrasto con esso. Ma è chiaro che nel primo caso si avrebbe violazione di norma imperativa, recte soppressione della stessa; e la cosa ha tutta la parvenza di un ipotesi di scuola: nel secondo caso potrebbe esservi effettivamente violazione di una disposizione sancita nella legge o nello statuto, cioè non conformità alla legge o all'atto costitutivo. Ed è superfluo aggiungere che la conseguente nullità o annullabilità dell'atto non avviene in derivazione della violazione di un diritto individuale, ma in conseguenza della inosservanza di una norma inderrogabile o di norme che il legislatore ha dettato per il funzionamento della società o per la disciplina di concreti aspetti della vita sociale, e derogabili

A despeito da confusão terminológica advinda das referidas construções doutrinárias (inderrogabilidade x indisponibilidade x irrenunciabilidade), as proposições de DONATI, MIGNOLI e ASCARELLI evidenciaram um ponto nodal no estudo do tema: a impossibilidade de a sociedade, como ente autônomo, dispor de direitos individuais dos acionistas, em razão da sua falta de legitimidade para tanto.

e) Natureza das normas: a lógica de A. DE GREGORIO

Merece referência, ainda, a teoria construída por ALFREDO DE GREGORIO, cujo embasamento está na distinção entre as normas constantes no ordenamento societário para, a partir disso, identificar quando a assembleia está ou não autorizada a dispor ou a renunciar a sua aplicação¹⁰⁰⁹.

O caminho é bastante similar ao traçado por G. FERRI. A diferença reside no fato de que DE GREGORIO desloca o núcleo de análise de uma esfera subjetiva – direitos dos acionistas – para uma esfera objetiva – natureza das normas societárias –, classificando-as como inderrogáveis ou derogáveis, segundo o interesse por elas protegidos, sendo que este, mesmo se individual, pode constituir um dos elementos inderrogáveis da disciplina legal da sociedade.

O raciocínio proposto avança em um referencial relevante para a compreensão da possibilidade de os acionistas renunciarem à aplicação de regras relacionadas aos seus interesses: se as normas societárias têm a função de proteger direitos individuais dos acionistas, a consequência natural dessa concepção é a possibilidade de sua derrogação por parte dos interessados, podendo o legislador estabelecer limites para a forma como se daria esse procedimento, como ocorre com o método assemblear¹⁰¹⁰.

BUONOCORE inseriu as considerações de DE GREGÓRIO em uma escala evolutiva crescente, especialmente no que se refere à objetivação dos elementos postos em análise. Entende, no entanto, que a referência ao interesse pessoal do acionista como guia para individualizar a existência de um direito individual da norma não é suficiente para explicar a existência e a atribuição de tal direito, além de não ser possível conciliar a noção de

quindi soli in presenza di determinati presupposti.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 34/35).

¹⁰⁰⁹ DE GREGORIO, Alfredo. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo. VI. Vol. I. De las sociedades. Trad. Delia Viterbo de Fieder y Santiago Sentís Melendo. Notas de derecho argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediar, 1950, p. 571/572.

¹⁰¹⁰ DE GREGORIO, Alfredo. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo VI. Vol. I. De las sociedades. Trad. Delia Viterbo de Fieder y Santiago Sentís Melendo. Notas de derecho argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediar, 1950, p. 576.

interesse com a indisponibilidade que grava esse direito, mesmo que por parte do acionista¹⁰¹¹.

f) Conteúdo das normas: a crítica de A. BERTINI

As críticas de BUONOCORE, especialmente com relação à natureza das regras societárias, foram inicialmente apontadas por ALESSANDRO BERTINI, para quem as normas que disciplinam as sociedades anônimas se distinguem, no que tange ao seu conteúdo, em dois tipos: materiais e instrumentais¹⁰¹². As primeiras agem sobre a composição de conflitos

¹⁰¹¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 38.

¹⁰¹² Sobre o tema, esclarecedoras e profundas são as comentários de BERTINI: “Accanto alle norme che impongono ai soggetti dell'ordinamento dei doveri, altre ve ne sono che stabiliscono quale è il comportamento da tenere se essi desiderano conseguire determinati effetti giuridici. Se queste norme non vengono osservate l'effetto giuridico prospettato non interviene o interviene con grado di minor efficacia e stabilità di quanto non sia previsto nella fattispecie originariamente ipotizzata. Pertanto le norme in questione non impongono doveri di sorta ai soggetti dell'ordinamento, ai quali rimane (con riferimento almeno alle norme medesime) piena libertà di azione o di omissione. Se però i soggetti pongono in essere il comportamento previsto dalle norme, dal loro atto possono derivare doveri giuridici o per essi o per terze persone; per meglio dire vengono ad esistenza precetti che a loro volta impongono determinati comportamenti. Le norme in discorso determinano così i presupposti al cui verificarsi vengono ad esistenza precetti aventi per contenuto un dovere giuridico; esse investono i loro destinatari dell'attitudine a creare norme obbligatorie, o, se del caso, ad estinguere o modificare norme obbligatorie già esistenti, o infine a costituire in altri soggetti tale attitudine. I precetti che vengono ad esistenza dall'atto compiuto in virtù delle norme di cui sopra sono generali o individuali. Come esempio di norme che stabiliscono le condizioni per la posizione di precetti generali debbono ricordarsi le norme che si riferiscono all'emanazione della costituzione, delle leggi in senso formale, dei regolamenti, etc. Abilitati allo scopo pertanto gli organi costituenti, legislativi. Come esempio di norme che stabiliscono le condizioni per la posizione di precetti individuali ed abilitano consequenzialmente i privati si possono enumerare, fra le altre: le norme sulla capacità della persona, sulla conclusione dei contratti, sulla costituzione dei diritti reali, sulla delazione testamentaria. Le norme che governano la creazione degli strumenti di produzione dei precetti giuridici si dicono strumentali; in contrapposto le norme obbligatorie che operano direttamente per la composizione dei conflitti di interessi e così sulla material del diritto si dicono materiali. (...) La partizione fra norme strumentali e norme materiali ha un valore fondamentale, costituisce la chiave indispensabile per arrivare a un'esatta conoscenza del sistema giuridico. La sua importanza si manifesta tuttavia con maggiore immediatezza forse per quelle discipline che hanno per oggetto lo studio, quanto meno nei fondamenti, di un ordinamento giuridico nel suo complesso. Poiché anche la società per azione non può non venir considerata, ai fini di uno studio proficuo dei suoi elementi, in modo unitario come ordinamento giuridico, anche nei confronti di essa risulta necessario tenere in particolari rilievo la distinzione.” E prosegue: “(...) Il diritto delle società per azione è diritto privato perché disciplina rapporti in un campo in cui i privati sono assolutamente liberi di operare o di non operare. Ma appunto perché diritto privato vi sono esso, logicamente prima delle setesse norme poste dai privati, delle norme statuali (strumentali) che abilitano i privati a porre le norme autonome e delimitano la ‘competenza’ riservata ai privati e successivamente all'entre sociale; vi sono norme statuali (materiali) che impongono degli obblighi e delle conseguenti responsabilità che non possono essere eliminati dai privati; vi sono infine, accanto alle norme poste dai privati, norme statuali strumentali e materiali che integrano la disciplina preordinata dai privati nei punti in cui essi pur liberi di provvederem non sono intervenuti. Abbiamo così nell'ordinamento societario di fronte alle norme di autonomia le norme di leggi divise assolute (inderrogabili) ed integrative (derogabili). Il codice non detta un criterio generale e previo ai fini della distinzione. Il carattere delle norme deve dedursi pertanto o dal modo peculiare della loro formulazione o dalla loro funzione (dagli interessi cioè che esse intendono tutelare). Come esempio di norme strumentali assolute si possono indicare: la norma fondamentale che abilita i privati a costituire la società; le norme che riguardano la personalità giuridica dell'ente, la struttura degli organi societari e, sotto certi riguardi la loro competenza; le norme che stabiliscono la impossibilità di estinzione della società all'infuori delle cause previste dalla legge o dall'atto costitutivo; le norme che stabiliscono il capitale in una cifra fissa, la sua ripartizione in azioni; le norme sulla salvaguardia del capitale sociale; le norme che escludono la responsabilità degli azionisti per le obbligazioni sociali ecc. Come norme di carattere materiale a cui si addice la qualifica di

de interesses e, portanto, em matéria de direito e no estabelecimento de deveres e obrigações aos sócios e administradores, enquanto que as segundas criam instrumentos de produção de preceitos jurídicos (e.g. constituição da sociedade, aquisição de personalidade jurídica, formação do capital social, dissolução), estruturam e definem as competências dos órgãos no âmbito societário – normas de organização da sociedade¹⁰¹³⁻¹⁰¹⁴.

Na visão do autor, o modo de ser da norma, a partir da perspectiva dos sujeitos, constitui uma autêntica situação jurídica subjetiva e não um direito subjetivo propriamente dito. Para BERTINI, as normas societárias não geram direitos subjetivos em virtude da ausência de elementos indispensáveis para a formação dessa categoria jurídica, tais como a liberdade de exercício e a plena disposição, além da insuficiência da relação subjacente entre norma e interesse e o modo pelo qual o interesse em questão é tutelado, exercido ou disposto pelo seu titular¹⁰¹⁵.

assolute si ritrovano del diritto azionario quelle che impongono agli amministratori e ai sindaci determinati comportamenti in relazione alle loro funzioni e quelle relative ai conferimenti degli azionisti. La loro assolutezza deriva in ultima analisi però, pur sempre, da una norma strumentale assoluta che delimita ‘autonomia’ dei privati, rispettivamente dell’ente sociale, in modo tale che essi non possono statuire, in questo campo, una disciplina diversa. Il che è in relazione alla priorità della norma strumentale sulla norma materiale.” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 13/16 e 26/28).

¹⁰¹³ Segundo o autor: “Una menzione particolare fra le norme strumentali meritano le norme che stabiliscono gli organi delle persone giuridiche, soprattutto pubbliche, che disciplinano la scelta delle persone destinate a fungere da organi, che distribuiscono fra gli organi stessi le varie funzioni, che regolano il procedimento della loro attività, il contenuto e la forma dei loro atti. Si tratta infatti delle norme che determinano in modo più evidente la struttura di ogni ordinamento e per questo si dicono appunto norme di organizzazione.” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 14-15).

¹⁰¹⁴ LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES faz apanhado sobre a teoria de BERTINI: “Ao lado das normas que impõem um dever aos sujeitos do ordenamento societário (ente social, acionistas), existem outras tantas que estabelecem qual o comportamento que tais pessoas deverão ter se desejam atingir determinados efeitos jurídicos. Se estas últimas normas não são observadas, o efeito jurídico almejado não se concretiza, ou se concretiza em grau de eficácia menor. Nessas condições, essas normas não impõem um dever aos sujeitos do ordenamento societário, os quais permanecem perante as aludidas regras com plena liberdade para agir ou não. Todavia, se os mesmos assumem o comportamento previsto na norma, de seus atos podem derivar deveres jurídicos para si e para terceiros. Em outras palavras, as normas em causa formulam uma série de pressupostos, os quais, uma vez verificados, por atos realizados por tais sujeitos de direito, trazem à luz preceitos cujo conteúdo importa em dever jurídico. As normas que dizem respeito à criação dos instrumentos hábeis à produção de tais preceitos são chamadas de instrumentais. Em contraposição, as normas obrigatórias, que operam diretamente na composição dos conflitos de interesses, vale dizer na própria matéria de direito, são denominadas de materiais” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 281-282).

¹⁰¹⁵ Nesse sentido, ressalta ALESSANDRO BERTINI: “Gli interessi degli azionisti vengono dunque tutelati por quanto si è visto nelle pagine precedenti, da norme strumentali che per un verso limitano l’autonomia dell’ente sociale, per un altro attribuiscono agli azionisti determinati poteri idonei ad influenzare in vario modo i rapporti societari. Resta a dire della subiezione delle norme materiali. All’uopo, menzionati gli obblighi dell’ente sociale verso agli azionisti, si deve dire dei diritti soggettivi di questi, integrando quanto già accennato in precedenza in materia; poichè, almeno secondo le premesse poste l’obbligo costituisce un presupposto del diritto soggettivo e senza di quello non può arrivare a questo. La comune opinione, identificati degli interessi degli azionisti e delle norme che gli proteggono, postula senz’altro delle situazioni di diritto soggettivo; non vengono peraltro indagati il rapporto fra norma e interesse e il modo con cui l’interesse stesso viene tutelato; non viene

Defende que as normas materiais criam situações jurídicas subjetivas (e não direitos subjetivos¹⁰¹⁶), ao passo que as normas instrumentais atribuem aos sujeitos a oportunidade de determinar preceitos gerais e/ou especiais, bem como modificá-los e extingui-los, autorizando, inclusive, a investir outros sujeitos nessa prerrogativa. Em razão dessas características, as normas instrumentais são consideradas “normas de poder”, “poder jurídico” ou *potestas*¹⁰¹⁷.

Como já referimos, segundo BERTINI, as normas societárias não dão origem a direitos subjetivos, especialmente porque (I) a equiparação não está prevista na letra da lei e não faz indagações entre a norma e o interesse, nem sobre a forma pela qual o interesse é tutelado pela referida categoria; (II) não examina se os elementos constitutivos de cada situação singular são suficientes para atribuir a ela a qualificação de direito subjetivo; (III) ignora que

esaminato se gli elementi costitutivi delle singole situazioni siano tali da farle appunto qualificare fra i diritti soggettivi; le conseguenze che risultano da siffatto procedimento non possono non manifestarsi pertanto insostenibili da un punto de vista sistematico. Qualche varrà a illustrare l'assunto. Sono stati postulati dalla dottrina un diritto a responsabilità limitata, un diritto allo scopo di lucro, un diritto ad essere e rimanere azionista e infine un diritto alla parità di trattamento delle azioni in circolazione. Non si deve peraltro quali possibilità do concreto esercizio detti diritti consentirebbo ai loro titolare. Se il contenuto dei diritto fosse ritrovato nel potere di esigere dall'ente sociale l'omissione di ogni atto che pregiudicasse la responsabilità limitata, lo scopo di lucro, la qualità di azionista o il trattamento dell'azioni in circolazione, dovrebbe osservarsi che i limiti all'autonomia dell'ente sociale sono di natura strumentale e nessun obbligo quindi fa carico all'ente stesso; dovrebbe osservarsi ancora che si sarebbe qui sul piano del 'diritto alla legittimità degli atti' dell'ente sociale, su cui si discute nel diritto pubblico, con propensione per altro a negarlo, ma certo insostenibile nel diritto azionario. Se ancora il contenuto dei diritti in questione fosse ritrovato nel potere di annullamento delle deliberazioni che dettassero una disciplina in contrasto con questi diritti, dovrebbe osservarsi che tale potere è indifferenziato sussistendo nei confronti di ogni inosservanza di norme dell'ordinamento societario e non basterebbe a individuare dei diritto soggettivi. Nè si può dire che al titolare do siffatti pretesi diritti soggettive appartiene quanto meno libertà nella disposizione, quale possibilità di rinuncia ai diritti stessi, secondo la stessa dottrina che li postula, sarebbero irrinunciabili; ma anche il diritto ad essere e rimanere azionista e quello alla parità di trattamento delle azioni in circolazione – valutati dalla dottrina come ‘rinunciabili’ ad opera degli azionisti – non si vede come possano formare oggetto di disposizione da parte di questi ultimi. La concentrazione delle azioni, la attribuzione di particolari vantaggi ad una parte delle azioni in circolazione – ammesso, in via de ipotesi, possano per mezzo di deliberazioni dell'organo assembleare a cui gli azionisti partecipano quali componenti l'organo stesso. Il consenso, dei singolo azionisti, in quanto tali, non avrebbe, almeno nel sistema del codice, alcuna rilevanza giuridica. Sarebbe pertanto fuori di luogo discorrere di una disposizione in senso proprio, da parte dei singolo interessati, sui mentovati, pretesi diritto subiettivi. Ora il concetto stesso di diritto subiettivo presuppone un ambito, se pur minimo, di libertà nell'esercizio o nella disposizione del diritto. Colui che, pur non essendo incapace, non può, in alcun modo, esercitare o disporre del suo diritto, non ha in realtà alcun diritto soggettivo. Il vero che ricorrono nei casi suesposti delle regole fondamentali del diritto (obiettivo) societario e nessuna subiettivazione delle norme stesse è necessario, o anche solamente conveniente, ipotizzare.” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 56-61, 70/73 e 82/83).

¹⁰¹⁶ Para BERTINI: “Errone infine sarebbe ritenere l'atto dei privati come immediatamente creatore do situazioni giuridiche subiettive (per forza própria o per virtù di abilitazione conferita dall'ordinamento statale è questione che qui non va definita) in quanto logicamente non è ammissibile l'esistenza di situazioni giuridiche senza precetti che ne costituiscono il presupposto; precetti che per derivare da atti a cui non può disconoscersi, per quanto detto sopra, la qualità di atti creatore di diritto obiettivo, debbono qualificarsi quali vere e proprie norme giuridiche” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 20).

¹⁰¹⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 282-283.

o titular do direito subjetivo não tem o poder de dele dispor, o que torna a concepção insustentável sob o ponto de vista sistemático¹⁰¹⁸.

A construção de BERTINI foi capturada e sintetizada por LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES:

(...) como a norma jurídica representa o direito objetivo, sempre se sustentou que a subjetivação das normas deveria constituir direito subjetivo. Dadas as considerações acima, melhor será quebrar o paralelismo das expressões falando-se genericamente em situações subjetivas, e reservando-se a expressão em tela a um dos modos especiais de subjetivação da norma legal. Fixados esses pressupostos, conclui BERTINI que, a seu ver, os interesses dos acionistas são tutelados: a) por normas instrumentais que delimitam o poder da sociedade e não ensejam quaisquer situações subjetivas para o acionista, tratando-se de tutela meramente objetiva; b) por normas instrumentais que se subjetivam como “poder” dos acionistas; c) por normas materiais que se subjetivam como obrigações do ente social, e que têm, por correlativos, direitos subjetivos dos acionistas. E adverte, finalmente, que: *molte delle situazione tuttavia qualificate come diritto subiettivi dalla comune opinione mostrano, ad un’analisi dei loro elementi, di non portare legittimamente tale qualificazione*. BERTINI põe, assim, em dúvida se possa atribuir a certas situações do acionista a dignidade de direitos subjetivos, tal como se vem até agora sustentando¹⁰¹⁹⁻¹⁰²⁰

¹⁰¹⁸ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 71-83.

¹⁰¹⁹ E continua o autor: “E exemplifica com os chamados direitos patrimoniais dos sócios, aos quais, com decisão, nega a qualidade de direitos individuais no sentido corrente da palavra. A opinião comum reconhece um grande elenco de direitos patrimoniais dos acionistas, oriundos de normas voltadas à disciplinação da atividade social. Destarte, admite-se um direito ao acionista de participar do acervo social quando a sociedade entrar em liquidação; um direito do acionista à preferência para a subscrição de novas ações, no caso de aumento de capital, etc. Mas, dentre esses direitos patrimoniais, o que goza de maior notoriedade é o direito aos lucros sociais. Todos reconhecem que tal direito não frui da natureza de um direito real, nem de um direito de crédito, mas se lhe empresta sempre a natureza de um direito subjetivo. A opinião de Bertini, no entanto, é de que esses direitos não existem, e, caso existissem por agasalho do sistema positivo, estariam em contradição com a própria natureza da sociedade anônima (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 283-284).

¹⁰²⁰ O pensamento de BERTINI é bem resumido por RAFAEL I. DREWS: “Para ele, a tutela do interesse do acionista era descrita e explicada quase que exclusivamente a partir da atribuição de um número variado de direitos subjetivos. Havia, portanto, uma tendência exagerada de se vislumbrar, nas situações, posições e possibilidades do acionista, verdadeiros direitos subjetivos, sem um exame mais aprofundado de suas características funcionais e estruturais. Assim, por exemplo, enquanto a noção de direito subjetivo pressupõe um mínimo de liberdade em seu exercício ou disposição e, mesmo, uma obrigação por parte do sujeito passivo, a doutrina identificava vários casos de direitos individuais irrenunciáveis e sem qualquer obrigação correspondente. Para tentar desfazer essas imprecisões, Bertini concebeu a sociedade anônima como um ordenamento jurídico composto de normas instrumentais e normas materiais. Aquelas governam os instrumentos de criação de outros preceitos; estas impõem deveres e operam diretamente para a composição de conflitos de interesses. As normas materiais dão lugar a situações subjetivas de dever ou obrigação em relação ao sujeito passivo e asseguram o desenvolvimento de um interesse em relação a um bem. O destinatário desses deveres e obrigações (sujeito ativo) tem uma situação favorável, sendo livre para gozá-la ou não ou portar-se como quiser caso o dever não seja satisfeito. As normas instrumentais, por sua vez, autorizam o sujeito a formar novas situações jurídicas pelo seu exercício (nascimento, modificação e extinção de preceitos jurídicos e de situações jurídicas correspondentes). Dão lugar, assim, a uma situação jurídica que não é direito subjetivo, mas, sim, poder jurídico, pois o sujeito passivo não ostenta uma obrigação ou dever que deve ser satisfeito em favor do sujeito ativo, mas se encontra em estado de sujeição. Diante desse quadro, existiriam três tipos de normas aptas a tutelar o interesse dos acionistas: (i) normas instrumentais que delimitam o poder normativo da sociedade e não dão lugar a nenhuma situação subjetiva para acionista, tratando-se de tutela meramente objetiva; (ii) normas instrumentais que se subjetivam como poderes do acionista; (iii) normas

g) Síntese parcial de conclusões

Até o momento, a revisão de tais correntes doutrinárias nos permite traçar algumas conclusões parciais:

- (I) o elevado número de direitos individuais dos acionistas previstos na lei, sem a devida preocupação com a individualização e categorização dos elementos que justificam a proteção, contribuiu para confusões na aplicação das teorias e para o enfraquecimento da eficácia de tais regras;
- (II) a relevância da identificação do interesse do acionista – subjacente à norma – como um dos elementos a ser considerado na construção da teoria dos direitos individuais, delimitando, ao máximo, as esferas social e particular;
- (III) a inderrogabilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade não são elementos suficientes para individualizar essa categoria de direitos, mas podem ser características de uma ou outra espécie;
- (IV) algumas normas societárias imperativas não constituem apenas limites ao poder majoritário assemblear, mas também aos interesses dos titulares do direito em questão, na medida em que são inerentes ao tipo/ordenamento societário, protegendo valores de ordem superior, os quais acabam por tolher a autonomia privada das partes em modificá-los, seja no estatuto originário da companhia, seja em deliberação assemblear unânime;

materiais que se subjetivam como obrigações do ente social e que têm por correlativos direitos subjetivos dos acionistas. A conclusão de Bertini é no sentido de que as relações entre os acionistas e a sociedade são dominadas por normas instrumentais, de forma que muitas situações são indevidamente qualificadas como direitos subjetivos dos sócios. As manifestações doutrinárias que se seguiram de certa forma foram influenciadas por essas observações. De fato, mesmo os críticos de Bertini reconheceram que seu grande mérito foi ter contribuído para limitar a extensão dos direitos individuais, pois nem todas as normas inderrogáveis da sociedade implicam direitos subjetivos em favor dos acionistas, e tampouco os chamados direitos irrenunciáveis podem ser propriamente considerados como tais. Essas ideias levaram a doutrina posterior a excluir do âmbito dos direitos individuais as posições jurídicas decorrentes de normas inderrogáveis por força de lei imperativa. Na base desse entendimento está a percepção de que não faz sentido falar em direitos subjetivos do acionista na presença dessas normas, as quais, em verdade, constituem limites à autonomia privada, e não à competência da assembleia-geral ou à atuação do princípio majoritário. Sua violação, portanto, implica a nulidade da decisão assemblear, sendo irrelevante o consenso de todos os acionistas.” (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. *Evolução histórica dos direitos individuais do acionista*. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 118-120).

(V) a tendência de caracterizar os direitos individuais dos acionistas na categoria de direitos subjetivos frente à sociedade – sobre os quais esta não tem legitimidade nem poder de disposição, é uma forma de garantir ao sócio uma proteção eficiente contra o poder atribuído à maioria assemblear¹⁰²¹;

(VI) há, no entanto, uma dificuldade teórica de enquadrar todas as situações subjetivas dos sócios na categoria dos direitos subjetivos, especialmente em razão da impossibilidade de os acionistas renunciarem ao exercício de alguns deles.

Vencida essa etapa inicial, esmiucemos a contribuição de BUONOCORE para a compreensão e o desenvolvimento da teoria dos direitos individuais dos acionistas.

2.2.2. Críticas. A teoria desenvolvida por V. BUONOCORE

A teoria de V. BUONOCORE comunga da mesma premissa negativa das teorias anteriormente examinadas (e.g. inderrogabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade), isto é, de que tais situações jurídicas representam um limite ao poder da sociedade de dispor de direitos dos sócios e um meio de proteger o acionista. Apesar disso, o autor entende que as classificações, esforços e argumentos defendidos pelos doutrinadores não foram suficientes para indicar um critério seguro e positivo que permitisse uma unívoca identificação do tema¹⁰²².

Para o autor, a doutrina societária concordava sobre a existência de direitos individuais no âmbito do ordenamento societário, considerando-os direitos subjetivos dos sócios frente à sociedade, sobre os quais esta não podia dispor, mas não chegava a um consenso quanto aos critérios de classificação, estruturação e individualização de tais direitos. Identificou, também, que não existia homogeneidade quanto à consequência jurídica decorrente da violação/disposição de um direito individual por parte da sociedade, apesar de, na teoria, a sanção dever ser a ineficácia do ato, com base nos princípios gerais que regem o tema da legitimidade¹⁰²³.

Por exemplo, para a corrente majoritária, cuja premissa de análise era a distinção entre (I) direito inderrogável por parte da assembleia, (II) direito irrenunciável por parte do

¹⁰²¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p.49/50.

¹⁰²² BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 54.

¹⁰²³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 54.

sócio, e (III) direito derogável/renunciável somente com o consenso unânime dos acionistas, as sanções seriam as seguintes: (I) para a primeira categoria haveria uma ausência absoluta de legitimidade por parte da sociedade, de modo que qualquer ato dispositivo acarretaria sua nulidade, por ser contrário a uma norma de ordem pública; (II) para a segunda e terceira categorias, a sanção ingressaria no campo da anulabilidade da deliberação majoritária, com base no artigo 2.377 do Código Civil italiano¹⁰²⁴⁻¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 55. A redação do art. 2.377 do Código Civil italiano dispõe: “Art. 2.377 Invalidità delle deliberazioni (I) Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti (2.437); (II) Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altresì dai soci con diritto di voto limitato (2.351), entro tre mesi (2.964 e seguenti) dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese entro tre mesi dall'iscrizione; (III) L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti, sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione; (IV) L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la liberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dell'atto costitutivo (2.416, 2.486, att. 209).”

¹⁰²⁵ O presente trabalho não pretende tratar do complexo sistema jurídico das invalidades das deliberações de assembleia geral das sociedades anônimas, o que demandaria um novo estudo monográfico. O tema está regulado pelo art. 286 da Lei 6.404/76: “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”. A leitura do artigo dá a entender que o legislador considerou que todas as deliberações assembleares são anuláveis, o que não é verdade. A correta exegese do sistema posto pela Lei n. 6.404/76 conduz à conclusão de que se deve admitir a existência de deliberações nulas (aplicando-se a elas os arts. 166 e 168 do CC/02) e também ineficazes *stricto sensu* (discute-se a existência de deliberações inexistentes) no ordenamento societário. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, em profundo estudo sobre o tema, refere que o legislador confundiu, na referida disposição legal, três espécies diversas de vícios, a saber: “(...) a) vícios 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) vícios 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) vícios do voto - nessa hipótese, 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 §§ 1º, do art. 115 e do art. 134, ou no § 2, do art. 228¹⁰²⁵)”. A natureza dos vícios agrupados no art. 286 são completamente diferentes levando, também, a consequências jurídicas distintas. (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85). Os critérios para determinação do efeito jurídico decorrente da violação (i.e. nulidade, anulabilidade ou ineficácia) são distintos, multifacetários e diretamente relacionados à situação em questão. Dentre eles estão: (i) a natureza do interesse tutelado pela norma (e.g. acionistas atuais e/ou futuros, terceiros, interesse público); (ii) a necessidade de garantir a estabilidade e a segurança jurídica da deliberação assemblear; (iii) o caráter permanente ou momentâneo da infringência; (iv) a natureza legal ou estatutária da norma violada, bem como seu caráter cogente ou dispositivo; (v) a titularidade do direito atingido pela deliberação assemblear, e assim por diante. O tema da invalidade das deliberações assembleares teve destacado tratamento no direito comparado (LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998) e, especialmente, entre nós (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999). Há recente estudo processual sobre a matéria que também merece referência: PEREIRA, Guilherme Setoguti. *Impugnação de deliberações de assembleia de S/As*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

Na visão de BUONOCORE, tais argumentos eram inexatos para enquadrar os direitos individuais dos acionistas na categoria dos direitos subjetivos. Mas não apenas isso: na tentativa de criar uma solução de compromisso, sustentaram que a deliberação assemblear que eventualmente violasse um direito individual daria margem a ação do direito comum, demandando o ressarcimento do dano, o que também não estaria correto¹⁰²⁶.

A contradição fundamental desse posicionamento está na correlação entre a existência de um direito subjetivo do sócio em face da sociedade e a sanção jurídica decorrente da violação de tal direito. A orientação defende que classificar de “nulo” ou “anulável” um ato de disposição de direito de sócio pela sociedade significa (I) equiparar a referida violação ao desrespeito de qualquer norma societária – cogente no primeiro caso e dispositiva no segundo; (II) desconsiderar o titular do direito tutelado, tratando o acionista, na relação societária interna, como se fosse um terceiro; (III) esvaziar, no plano da tutela jurídica, a categoria dos direitos individuais justamente no momento em que se afirma, em abstrato, a sua existência¹⁰²⁷.

A crítica de BUONOCORE é precisa: defender a nulidade/anulabilidade de determinada deliberação evidencia que o acionista não é titular de um direito subjetivo ou situação subjetiva interna, avaliável do ponto de vista substancial. No plano processual, significa reconhecer a possibilidade de se buscar a nulidade do ato, em virtude da violação de uma norma societária cogente, como poderia fazê-lo qualquer terceiro interessado¹⁰²⁸.

O autor defende que a sanção jurídica adequada para a disposição ilegítima de um direito subjetivo por outrem que não o seu titular é a da ineficácia¹⁰²⁹. Em termos societários,

¹⁰²⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 56.

¹⁰²⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 58.

¹⁰²⁸ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 57; BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 58.

¹⁰²⁹ A referência feita à sanção de ineficácia das deliberações tomadas pela maioria – quando envolverem direitos subjetivos (ou situações subjetivas) dos acionistas – conecta-se com a falta de legitimidade da sociedade para dispor de direito de terceiros – seus acionistas –, fortalecendo a incongruência de se buscar a nulidade ou anulabilidade do referido ato colegial. A opinião, no entanto, não está indene de críticas. Em sentido contrário, caminha a abalizada doutrina de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, fundada nas lições de VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, no sentido de que não se trata de ineficácia mas sim de nulidade e/ou anulabilidade, dependendo do tipo de violação, do conteúdo da regra violada, do momento da sua ocorrência e abrangência. Nas palavras do autor: “Outra hipótese de nulidade absoluta ocorre no que tange às deliberações que objetivam dispor de direitos de terceiros ou dos acionistas enquanto terceiros. Estão nesse caso as deliberações que, por exemplo, pretendam modificar ou extinguir direitos de terceiros ou impor a estes novas obrigações. No que diz respeito ao acionista, também poderá ele estar na posição de terceiro perante a companhia, seja como vendedor, mutuante ou trabalhador. Poderá, outrossim, ser titular de direitos que, embora tenham sua fonte no *status socii*, dele se destacaram, como o direito aos dividendos. Se a assembleia deliberar dispor desses direitos, o acionista estará protegido da mesma maneira que qualquer terceiro, na medida em que a soberania daquele órgão só atinge o acionista *enquanto tal*. Grande parte da doutrina enxerga, na hipótese de deliberação que tenha por objetivo dispor de direitos de terceiro ou do sócio como terceiro, um caso de *ineficácia stricto sensu* ou “irrelevância”, e não de nulidade propriamente dita, pelo que o interessado

poderia convalidar o ato (cf. Ascarelli, ob. ult. cit, p. 400-401; Donati, p. 132). Isto ocorreria por faltar à assembleia *legitimação* para dispor daqueles direitos (e a legitimação consiste, precisamente, no poder de disposição, o qual, por sua vez, é uma *condição de eficácia* dos negócios jurídicos; cf. Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração...* cit, p. 156). Sucede que, consoante ficou esclarecido no capítulo anterior (itens 8 e 15), a assembleia não estabelece relações com terceiros, mas apenas a sociedade, através de seus diretores. Resulta daí, portanto, que a assembleia não poderia mesmo jamais, como observa, com agudeza. Lobo Xavier, interferir em quaisquer relações com aqueles, pelo que, antes de lhe faltar legitimação para tanto, faltar-lhe-ia *competência* (art. 139 da Lei n. 6.404). Em suma, à *sociedade* é que faleceria legitimação nos exemplos apontados, e não à assembleia (que, conforme também se viu, não se confunde com a sociedade). Daí sustentar Lobo Xavier, com razão, que a hipótese não é de ineficácia, mas sim de nulidade verdadeira e própria do ato, já que, "exorbitando da competência do órgão, nenhuns efeitos é suscetível de produzir" (ob. cit., p. 133, continuação da nota 26). É diferente, contudo, o caso (que examinaremos, mais adiante, no texto), da deliberação que elimina ou modifica *direitos especiais* do acionista. "Decerto", diz o ilustre jurista lusitano, "a disposição destes direitos supõe também, além da manifestação de vontade do titular, a aquiescência da sociedade. Mas, tratando-se agora de direitos pertinentes à esfera social, a hipótese não é de *representação* da sociedade perante terceiro: não é o órgão administrativo que tem de pronunciar-se, mas sim a assembleia geral, à qual compete a modificação do ordenamento corporativo. Resultando, portanto, a mencionada disposição conjugadamente da deliberação da assembleia e da renúncia do sócio, esta deliberação não é evidentemente nula, mas sim ineficaz enquanto o mesmo sócio não lhe vier dar o seu assentimento" (ob. cit., pp. 133-134) (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109 e NR 104). A análise é pormenorizada por LOBO XAVIER: "Notar-se-á ainda que aos direitos a que até aqui temos aludido devem ainda assimilar-se aqueles outros que, tendo embora a sua matriz na qualidade social, dela se autonomizaram entretanto, radicando-se na esfera jurídica do titular: tal o caso do direito a dividendos já definitivamente aprovados pela assembleia geral. (...) A deliberação que afecta estes últimos direitos também não vinculará o sócio, independentemente do recurso à acção anulatória, a qual não tem aqui cabimento. (...) Pelo que toca a nossa doutrina (...) são concordes em que, face a hipóteses destas, o sócio em causa não precisa de lançar mão da acção regulada pelos citados art. 146 e art. 46 e seu § 1º, para evitar a lesão dos respectivos direitos extra-sociais (dos chamados Gläubigerrechte): os efeitos a que tende a deliberação não podem produzir-se contra a vontade daquele associado. Mas, se o acto não é, assim, meramente anulável, qual então o seu exacto tratamento e qualificação? (...) Os defensores da tese da ineficácia alegam geralmente a circunstância de os efeitos da deliberação que disponha de direitos de terceiros (ou de um sócio enquanto terceiro) deverem produzir-se com o assentimento destes. (...) A eficácia do acto não estaria desta forma absolutamente excluída, mas apenas suspensa, o que, obviamente, afastaria a solução da nulidade. Nem pode-se dizer contra isto que, ainda quando o terceiro venha posteriormente consentir na disposição do direito à qual visava a deliberação da assembleia, tal disposição não é de imputar à mesma deliberação integrada pelo consentimento do titular do referido direito, mas única e simplesmente à vontade deste último – sendo portanto, o acto insusceptível, em rigor de produzir quaisquer efeitos. (...) Nesta conformidade, a disposição dos direitos creditórios de um terceiro (ou de um sócio como terceiro) tem sempre a natureza contratual, o que quer dizer que exige sempre uma manifestação de vontade também por parte da sociedade. Teremos então que dar razão a quem sustenta a doutrina da ineficácia (stricto sensu)? Apesar do que deixamos dito, afigura-se-nos que não. Com efeito, a manifestação de vontade da sociedade a que aludimos não pode provir da assembleia geral – que, como, órgão interno, não representa, a corporação (cfr., supra, nota 7 deste capítulo) – mas sim do órgão administrativo: será uma declaração deste último órgão – conquanto apenas tácita –, e não uma deliberação da assembleia, que há-de integrar o contrato tendente à disposição de direitos em referência (Justamente no sentido de que, no acordo com o sócio acerca do reembolso dos suprimentos, é à administração e não à assembleia geral que compete representar a sociedade (...). Por isso, parece poder concluir-se que a deliberação da assembleia que vise suprimir ou alterar direitos obrigacionais de um terceiro (ou de um sócio enquanto terceiro) não é um acto com eficácia suspensa – e dependente do consentimento do referido terceiro – mas antes um acto nulo, já que, exorbitando da competência do órgão, nenhuns dos efeitos é suscetível de produzir. (Diferente é o caso da deliberação que elimina ou modifica direitos especiais do sócio, à qual nos referimos na nota 10 deste Capítulo. Decerto, a disposição destes direitos supõe também, além da manifestação de vontade do titular, a aquiescência da sociedade. Mas, tratando-se agora de direito pertinentes à esfera social, a hipótese não é de representação da sociedade perante terceiro; não é o órgão administrativo que tem de pronunciar-se, mas sim a assembleia geral, à qual compete a modificação do ordenamento corporativo. Resultando, portanto, a mencionada disposição conjugadamente da deliberação da assembleia e da renúncia do sócio, esta deliberação não é evidentemente nula, mas sim ineficaz enquanto o mesmo sócio não lhe vier dar o seu assentimento" (Cf. LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 131-134, NR. 26).

narra que a tese da ineficácia do ato de disposição de um direito individual do acionista adveio na Itália para superar a contradição das formulações anteriores e teve na figura de ARIBERTO MIGNOLI o principal difusor da sua aplicação no âmbito das sociedades anônimas.

Essa teoria foi o estopim do processo pendular de deslocamento da extremidade negativa – sobre a qual a base teórica em torno dos direitos individuais vinha sendo esculpida – para a extremidade positiva, da qual deriva a possibilidade de determinar quais são os limites de aplicação da teoria da ineficácia nas relações societárias.

Como referimos, a construção de MIGNOLI defendia que (I) a única teoria unitária sustentável deve considerar que os direitos indisponíveis dos acionistas, na condição de direitos subjetivos, não têm origem contratual, mas sim da *Mitgliedschaft*, isto é, da posição de sócio, qualidade da qual o indivíduo não pode ser destituído, especialmente por um sujeito sem legitimidade para tanto – a sociedade; (II) o poder da assembleia geral, como órgão da sociedade, tem seus limites, sendo um deles o direito individual dos acionistas, exercitável em face da sociedade, cuja legitimidade para dispor é reservada ao sócio singularmente considerado; (III) a identificação de tais direitos como subjetivos e individuais dos acionistas faz com que a sanção para sua violação seja a de ineficácia, e não a de nulidade ou anulabilidade¹⁰³⁰.

V. BUONOCORE reconhece a notável contribuição que A. MIGNOLI deu para o estudo do tema, mas refere que o autor não se preocupou em resolver uma questão elementar sobre a matéria: o problema da definição do critério de individualização do direito individual, o qual envolve, substancialmente, a demonstração da existência ou não de tal direito como categoria jurídica apartada. Em outras palavras, a teoria continua definindo os direitos individuais em função de um critério negativo, a partir de uma suposta semelhança dessa nova categoria – direitos indisponíveis – com a dos direitos subjetivos, sem aprofundar seus aspectos nucleares¹⁰³¹.

A dificuldade reside na necessidade de compreender o elemento positivo e o núcleo formador do direito individual do acionista, como direito subjetivo ou situação subjetiva, resultante da sua participação em uma sociedade e exercitável em face desta, do qual somente o seu titular – o acionista – pode dispor, e não um terceiro – a sociedade. Outrossim, na explicação da contradição existente entre a natureza dos direitos individuais dos acionistas e a sanção posta para sua violação (nulidade/anulabilidade *versus* ineficácia) há

¹⁰³⁰ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 179-188; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 59/60.

¹⁰³¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 60-61.

um hiato ainda sem solução: como desvincular a violação de um interesse do acionista da violação de uma norma societária imperativa, isto é, justificar, de forma autônoma, a existência de um limite subjetivo ao poder da sociedade distinto do limite objetivo posto pela norma societária imperativa¹⁰³².

Por meio de exemplos, tais como a nulidade do pacto leonino (aquele que exclui um ou mais sócios da participação dos lucros ou das perdas da sociedade¹⁰³³) e de cláusula que derroga a regra da responsabilidade limitada no âmbito das sociedades anônimas¹⁰³⁴, BUONOCORE sustenta a inutilidade do argumento que classifica como direitos subjetivos dos acionistas algumas normas societárias inderrogáveis, irrenunciáveis ou renunciáveis, mas também ressalta a dificuldade de aplicar nas relações societárias internas a teoria da ineficácia¹⁰³⁵.

O autor resume seu raciocínio da seguinte forma:

Postular a nulidade ou a anulabilidade do ato de disposição por parte da sociedade de um preteso direito do sócio equivale a destruir a categoria dos direitos individuais dos acionistas justamente no momento em que se afirma a sua existência: em primeiro lugar, porque uma vez admitida a existência dos direitos subjetivos dos sócios em face da sociedade, os únicos princípios aplicáveis são aqueles da legitimidade para dispor, e a única sanção para sua violação é a da ineficácia do ato de disposição de direito alheio. Em segundo lugar, porque equiparar de *iure* e de *facto* a violação de um preteso direito individual a violação de uma norma inderrogável ou mesmo dispositiva equivale a frustrar a função prática para a qual a categoria dos direitos individuais foi criada: a de impor limites ao poder da sociedade, especialmente a proteção dos interesses dos acionistas, obviamente diferente do limite já estabelecido pelas normas societárias. Em terceiro lugar, porque reportar o problema da violação dos direitos individuais com base no sistema da invalidade das deliberações assembleares significa excluir da categoria eventuais direitos de sócios que podem ser violados sem que haja uma deliberação do órgão assemblear¹⁰³⁶.

¹⁰³² BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 61-62.

¹⁰³³ Art. 1.008 do Código Civil: “É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”.

¹⁰³⁴ Art. 1.º da Lei 6.404/76: “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”.

¹⁰³⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 66.

¹⁰³⁶ Tradução livre da seguinte passagem: “Postulare la nullità o l’annullabilità dell’atto di disposizione da parte della società su di un preteso diritto del socio, equivale a distruggere la categoria dei cc.dd. diritto individuali dell’azionista nel momento stesso in cui se ne afferma in linea di principio l’esistenza: in primo luogo perchè, una volta ammessa l’esistenza di diritti soggettivi del socio nei confronti dell’ente sociale, gli unici applicabili sono quelli in tema di legittimazione a disporre e, l’unica sanzione alla violazione, postulabile, è quella dell’ineficacia dell’atto di disposizione del diritto altrui. In secondo luogo perchè equiparare de iure e de facto la violazione di un preteso diritto individuale alla violazione di una norma inderrogabile o dispositiva che sia, equivale a frustare la stessa funzione pratica, per cui la categoria dei cc.dd. individuali è stata creata: quella di limite al potere della società, ovviamente differenziato dal limite già costituito dalle norme societarie, a protezione degli interessi degli azionisti. In terzo luogo perchè riportare il problema della violazione dei cc.dd. diritti individuali nell’alveo del sistema, di invalidità delle deliberazioni assembleari significa escludere dal novero degli eventuali diritti del socio quelli che possono essere violati anche senza che intervenga una

A questão se resume, então, à necessidade de delinear, de forma autônoma, os direitos individuais dos acionistas como verdadeiros limites ao poder deliberativo do ente social. Desenhar de forma independente tal ordem de restrição significa garantir a capacidade de desvinculá-los completamente (I) das normas societárias inderrogáveis ou derogáveis e (II) do sistema originário de vícios das deliberações assembleares, de modo a justificar, nas bases do atual sistema societário, a ausência de legitimidade da sociedade para dispor de tais direitos, de forma distinta dos limites que o poder deliberativo já encontra nas normas societárias existentes¹⁰³⁷.

BUONOCORE enfatiza que somente assim será possível falar em direitos individuais dos acionistas no âmbito da coletividade de sócios e em relação a esta. Em nenhum momento, o autor nega ou diminui a relevância ou a função desempenhada pelo princípio majoritário no contexto das deliberações assembleares. Pelo contrário, reconhece sua importância, mas sustenta a ausência de legitimidade do ente social para dispor de direitos de particulares em uma sociedade, sempre que existirem normas que prescrevam determinada forma de tutela desses interesses¹⁰³⁸.

Na linha defendida por BERTINI, BUONOCORE ressalta que o problema do ordenamento vigente consiste no seguinte: o acionista que se considerar prejudicado em razão de uma deliberação ou de um ato da sociedade poderá buscar judicial a declaração da sua não conformidade - nulidade ou anulabilidade. No caso de nulidade, o acionista será tutelado por meio de normas tidas como inderrogáveis por parte do ente social, prescindindo da existência de qualquer situação subjetiva; nas hipóteses de anulabilidade do ato/deliberação, a não conformidade do ato/deliberação será em relação a normas derogáveis, desde que presentes determinados pressupostos¹⁰³⁹.

deliberazione dell'organo assembleare" (BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 67).

¹⁰³⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 67/68.

¹⁰³⁸ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 68.

¹⁰³⁹ Nesse particular, V. BUONOCORE concorda com as lições de A. BERTINI: "L'azionista dunque che ritenga pregiudicati da una deliberazione i suoi interessi, nel campo dei rapporti societari, può far valere la non conformità della deliberazione alla norma ed invocare o la nullità o l'anullabilità dell'atto, esercitando rispettivamente, un potere di natura meramente processuale o un potere di natura anche sostanziale. E, ammesso che via stata effettivamente non conformità alla norma, la questione, in base a quanto detto in precedenza, sarà lo stabilire se vi è stata inosservanza di norma statutaria, di norma integrativa o di norma assoluta. Inutile sarebbe tuttavia per l'azionista invocare la inderogabilità di pretesi diritti 'societario' in quanto nessuna norma è dato ritrovare nel sistema del codice che tuteli, di fronte alla deliberazione di assemblea, questi pretesi diritti in quanto tali o in altre parole che ponga detti diritti quali limiti della potestà dell'ente sociale esplicantesi tramite l'atto dell'organo assembleare. Il punto va esattamente inquadrato. Se si tratta di rapporti in cui azionista ed ente sociale stanno di fronte come terzi qualsiasi, hanno vigore, ovviamente, i principi generali della legittimazione a disporre, per cui non è concesso, di regola, a un soggetto privato di determinare, con atto

Grande parte da doutrina, com raras exceções¹⁰⁴⁰, defende (I) a matriz teórica jusnaturalista como pressuposto e fundamento para a existência dos direitos individuais, conectada à proteção do indivíduo em face do Estado¹⁰⁴¹ e, em razão disso; (II) o direito do sócio como limite à capacidade dispositiva do ente, divergindo, é verdade, nos critérios de individualização, mas alcançando, substancialmente, os mesmos resultados, especialmente sob o ponto de vista da sanção pela violação desse direito por parte da sociedade¹⁰⁴².

unilaterale, un mutamente sfavorevole nel patrimonio altrui. Lo stesso deve dirsi se si tratta di rapporti che, seppure aventi origine societaria, sono destinati a vivere di vita autonoma come è il caso del diritto al dividendo deliberato. Se poi si tratta di rapporti societari e non sia questioni di deliberazione (ad. es. rifiuto dell'ente di permettere l'ispezione del libro dei soci) spetta agli azionisti agire secondo i principi generali per ottenere la condanna alla prestazione dovuta, l'esecuzione in forma specifica, il risarcimento dei danni. Ma se si rimane nell'ambito dei rapporti societari e si fa questione delle eventuali conseguenze di una deliberazione, del tutto influente appare l'affermazione di pretesi diritti soggettivi, ammesso per pura ipotesi che veramente come tali essi possano qualificarsi, sul che, taluni di essi, gravi dubbi leciti; i corrispondenti interessi infatti ricevono tutela in un caso (nullità della deliberazione) unicamente in forza di norme che l'ordinamento valuta inderogabili da parte dell'ente sociale, prescindendo da qualsiasi situazione soggettiva; nell'altro caso (annullamento di deliberazione viziata) in forza dell'esercizio di un potere dell'azionista che fa riferimento esclusivamente alla non conformità di un atto dell'ente sociale a norme derogabili solamente nell'esistenza di determinati presupposti. Se, nel sistema del codice, non è concesso derivare dalla pretesa esistenza di diritti soggettivi l'invalidità della deliberazione, non meno ammissibile sarebbe il contrario procedimento e cioè quello di dedurre l'esistenza di diritto soggettivo della invalidità delle deliberazioni che intendessero coinvolgere determinati interessi degli azionisti. La mera mancanza della potestà dell'ente sociale – che in ciò si risolve la nullità della deliberazione – o il venir meno della potestà dell'ente sociale – che in ciò si risolve l'annullamento della deliberazione in seguito ad impugnazione – non è infatti sufficiente a dimostrare l'esistenza di tali situazioni soggettive, ma occorre che le situazioni stesse risultino già costituite in modo positivo ed autonomo in base all'ordinamento giuridico (...)” (Cf. BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 59/62). Para estudo do tema ver, com conclusões relevantes para sua compreensão ver: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 86-136; LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 87-264.

¹⁰⁴⁰ Entre elas: ASCARELLI, Tullio. L'interesse sociale dell'art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e Il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 542/543; BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 61-62.

¹⁰⁴¹ BUONOCORE ressalta a relevância histórica e teórica dessa visão, mas critica sua sustentação prática, especialmente a necessidade de a teoria respeitar as premissas do ordenamento societário estabelecido pelo legislador: “Il fondamento dei diritto individuali dell'azionista sarebbe – é vero – l'único e solo modo possibile di dare una base all'esistenza di tali diritto nella collettività; ma il fatto è che giustificare l'esistenza dei diritto individuali del socio tout court in chiave giusnaturalistica può valere unicamente e soltanto a fini descrittivi, o, tutt'al più, come compiacimento storico. No sembra necessario in questa sede scendere ad un esame comparativo tra la situazione del cittadino cui siano assicurati certi diritto fondamentali in dipendenza dello status civitatis e la situazione del socio, che, in base ad un atto di volontà e ad un apporto patrimoniale, entri a far parte della società. Sembra solo opportuno far notare come, se pure sul piano storico non sia del tutto inesatto postulare un avvicinamento tra diritti degli azionisti e diritti del cittadino ed individuare di conseguenza la fonte dei diritto spettanti al socio in una concezione giusnaturalistica della società, va però de plano che, sul piano del diritto positivo, tale concezione deve pur trovare il conforto di norme che suffraghino: in altre parole deve essere implicitamente o esplicitamente recepita in un determinato ordinamento a base corporativa. Ma il fatto stesso che non a tutti i membri dei vari ordinamenti a base comunitaria siano concessi gli stessi diritti, e che neache nell'ambito dei vari tipi di società commerciali i soci godano degli stessi privilegi dimostra la precarietà dell'accostamento. A ci si aggiunga che di alcuni tra i più importatni principi relativi ai rapporti tra cittadino e Stato non è dato trovare traccia nelle leggu sulle società, mentre altri sono espressamente contraddetti da norme di diritto positivo” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 70-71).

¹⁰⁴² BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 69.

BUONOCORE se propõe a examinar o tema a partir de novas diretrizes. Em primeiro lugar, aprofunda as consequências de conceber os direitos individuais como direitos subjetivos, identificando as características que formam essa categoria jurídica, isto é, (I) a prevalência da vontade do sujeito, inclusive quanto à renúncia ou disposição, (II) a definição do interesse particular protegido pelo ordenamento jurídico, (III) a subjetivação do indivíduo no imperativo em que consiste a norma, (IV) o agir lícito em busca de seu interesse e, ainda, (V) o interesse diretamente tutelado por uma norma na relação com outros sujeitos¹⁰⁴³.

Em segundo, concluiu que (I) o reconhecimento da figura do direito subjetivo representa a existência de uma posição jurídica subjetiva atinente à esfera exclusiva de interesse do indivíduo, sobre a qual o titular tem um poder mínimo de disposição e de oposição *erga omnes*; (II) a liberdade para dispor desse direito e a discricionariedade no seu exercício, tanto nos efeitos quanto nos fins, deve respeitar os limites postos pelo ordenamento; (III) não há intervenção externa sobre a titularidade desse direito, seja na sua disposição ou no seu exercício; (IV) o direito subjetivo, como situação jurídica material, não pressupõe, necessariamente, como o poder e o direito potestativo, alguma outra situação subjetiva; (V) a aceitação, em abstrato, do conceito de direito individual, como situação jurídica subjetiva, cuja disposição não se estende à sociedade, pressupõe, também, a concordância com a tese de que a sanção para a violação de tal direito por parte da sociedade é a ineficácia do ato com relação ao titular do direito¹⁰⁴⁴.

Estabelecidas essas premissas, BUONOCORE parte do pressuposto de que o principal efeito do contrato de sociedade é a aquisição da qualidade de sócio (*status socii*), ou melhor, do direito a ser sócio. Com base nisso, entende necessário examinar se, a partir dessa situação material, é possível identificar outros direitos ou situações subjetivas nas relações dos sócios entre si e em face da sociedade e, por conseguinte, delinear um critério positivo para sua individualização. O objetivo do autor é averiguar se o reconhecimento de uma situação subjetiva material que tenha como ponto de partida a qualidade de sócio e como ponto de chegada a aquisição de situações de plena autonomia em face da sociedade é compatível com a estrutura da sociedade anônima e com as normas que regulam o seu funcionamento¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p.72-76

¹⁰⁴⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 75/76; BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 34-40.

¹⁰⁴⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 104.

a) Interesse e qualidade de sócio: critério positivo para a individualização de direitos

O primeiro equívoco da corrente doutrinária que buscou conceber uma categoria dogmática autônoma de direitos individuais (inderrogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis) foi não ter suficientemente enquadrado e definido a relação existente entre o sócio e a sociedade, tendo afirmado, sem o devido aprofundamento, que a sociedade não tem legitimidade para dispor de situações subjetivas dos acionistas, atribuindo natureza diversa ao ato de disposição, com consequências relevantes nas relações societárias internas. Essa concepção estritamente negativa dos direitos individuais fez com que fossem, de um lado, igualadas situações subjetivas de conteúdo, natureza e regulamentações absolutamente distintas e, de outro, fundido o sistema de violação de normas societárias cogentes com o sistema de violação de direitos subjetivos dos sócios¹⁰⁴⁶.

O segundo equívoco diz respeito à confusão entre duas hipóteses: (I) a disciplina da posição jurídica do acionista em si com (II) a norma que subtrai a discricionariedade da assembleia geral para dispor de determinado direito. Escorado na visão de ASCARELLI, BUONOCORE esclarece que o problema discute a possibilidade de a assembleia geral estabelecer uma disciplina diversa para determinada situação e a necessidade de a deliberação assemblear observá-la no caso concreto.

O conflito nasce justamente da circunstância de que (I) em determinados casos a não observância pela assembleia de uma norma que tutela o acionista acaba por materializar sua reivindicação individual; (II) mas a falta de distinção entre tais situações confunde a posição jurídica de acionista com a da reivindicação em si, a qual, com o advento de certos fatos, acaba por se materializar. Isso faz com que a posição jurídica de acionista não seja mais concebida como um pressuposto para a constituição de direitos, poderes e obrigações, mas como uma denominação complexa de direitos diversos e autônomos entre si. Há,

¹⁰⁴⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 104. A confusão, de fato, existe e não passou despercebida pela doutrina pátria. Veja-se, por exemplo, comentário de FÁBIO K. COMPARATO sobre a conclusão de que certos direitos individuais de os acionistas representam elementos típicos do contrato de sociedade: "(...) certos direitos individuais correspondem a prerrogativas essenciais do sócio, em qualquer tipo de sociedade mercantil, de tal arte que, sem elas, pode-se dizer, não há sociedade. É o caso paradigmático do direito de participar dos lucros sociais, com a correlata regra da nulidade das sociedades 'leoninas' (art. CCom. 288). Já o mesmo não ocorre quando o direito individual é reconhecido em lei unicamente para a proteção do interesse minoritário, a modo de contrapeso ao princípio do governo social pela maioria. Exatamente, porque não se cuida, aí, de prerrogativa ligada à própria essência da sociedade, nem todas as legislações consagram tais direitos, ou os alçam à categoria de direitos intangíveis. É dessa última espécie o direito de recesso." (Cf. COMPARATO, Fábio K. O valor do reembolso das ações do acionista dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 226).

portanto, confusão entre o pressuposto para aquisição de uma posição, a regra em si e os efeitos jurídicos dela¹⁰⁴⁷.

Isso ocorre porque, a rigor, não é possível extrair um direito subjetivo do acionista de cada norma do sistema jurídico que disciplina as sociedades. No preciso apontamento de ASCARELLI, fala-se em direito subjetivo do acionista somente nas hipóteses em que seja possível individualizar uma reivindicação autônoma à posição de acionista, que ocorre justamente por ter como pressuposto a qualidade subjetiva de membro/participante daquele contrato de sociedade.

Nas palavras de ASCARELLI:

Non ha voluto nel paragrafo precedente parlare di ‘diritti individuali’ appunto perchè – seppure spiegabile e magari opportuno per accentuare la rilevanza della tutela dell’azionista – la tradizionale tendenza a parlare di violazione di diritto individuali nei confronti delle norme poste a tutela dell’ interesse individuale dell’azionista non me sembra interamente esatta. Violazione di un diritto individuale potrà darsi solo considerando un ormai concretizzata pretesa dell’azionista a una prestazione nei suoi confronti individuali (II-bis), pretesa perciò ormai autonoma nei confronti dei limiti posti alla disciplina che possa essere deliberata circa la posizione di acionista.

Questa pretesa avrà poi come soggetto passivo ora organi sociali, ora la società (rivolgendosi allora in via definitiva contro gli altri soci); appunto in quanto la pretesa concretizzata ha per contenuto una prestazione nei confronti individuali, diviene possibile prospettare l’ipotesi di una deliberazione che risulta inefficace nei confronti di un azionista, pur potendo continuare a spiegare la sua efficacia nei confronti degli altri. Violazione del diritto individuale vi potrà così essere del maturato diritto d’opzione nei confronti di un determinato aumento di capitale (e in quanto non escluso a termini dell’art. 2.441; la deliberazioni di aumento di capitale senza conferimento in natura e con emissione di azioni ordinarie rappresenta (sic) il fatto costitutivo del diritto d’opzione; delibera di esclusione il fatto impeditivo); pel diritto di intervento e di voto durante una determinata assemblea; pel diritto di recesso quando si verificano le fattispecie all’uopo previste. In questi casi l’azionista vanta ormai un’autonoma pretesa a una prestazione nei propri confronti (...)¹⁰⁴⁸.

O pensamento põe em relevo a compreensão de interesse na esfera societária. Como referido na Parte II, Capítulo II, Item 1, há dois principais ângulos para examinar a situação subjetiva do acionista com relação à sociedade, especialmente no que concerne à tutela de seus interesses: (I) como terceiro, quando a sua qualidade de sócio não importa para a resolução do problema, ou quando seu vínculo já foi extinto, o que não nos interessa; (II)

¹⁰⁴⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 104-105.

¹⁰⁴⁸ ASCARELLI, Tullio. L’interesse sociale dell’art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 540-542).

como membro da sociedade, situação que produz uma série de posições de interesse do sócio em relação à sociedade, tuteladas de várias formas pelo ordenamento jurídico¹⁰⁴⁹.

Costuma-se afirmar, de forma um tanto quanto apressada, que quando o interesse individual do sócio está presente a sociedade não tem legitimidade para impor sua vontade. A afirmação está teoricamente correta, mas deve ser examinada com cautela, haja vista que a complexidade da deliberação social, como ato colegial, reside justamente no processo de formação da vontade coletiva e nos limites sobre os quais a vontade dos sócios vale como vontade da sociedade, prevalecendo sobre os interesses individuais existentes, e vinculando tanto os ausentes como os dissidentes¹⁰⁵⁰.

Em última análise, a disciplina jurídica das deliberações é responsável pela imposição do limite sobre o qual o interesse individual pode ser sacrificado pelo social, expresso pela vontade da maioria. Esse limite, no entanto, segue uma lógica própria, já que o sócio tem seu interesse protegido justamente pelo ordenamento que regula a sociedade. O problema reside, portanto, em disciplinar a posição de sócio como membro dessa coletividade e não em contraposição a ela, com a ressalva de que nem toda a norma societária que tutela um interesse individual do acionista lhe atribui uma situação de direito subjetivo¹⁰⁵¹.

A construção de ASCARELLI esclarece seu raciocínio:

La dottrina corrente parlando genericamente di violazione di ‘diritti individuali’ confonde appunto, a mio modesto avviso, due ipotesi: la disciplina della posizione di azionista e le norme all’uopo sottratte alla discrezionalità dell’assemblea, problema che a sua volta concerne la possibilità dell’assemblea di dettare una diversa disciplina e la necessità della deliberazione di osservarla nel caso concreto; la pretesa dell’azionista a una prestazione nei propri confronti sorta in seguito alla realizzazione della fattispecie prevista dalla norma. Nella mancanza di questa distinzione si finisce per confondere la posizione di azionista (...) con le autonome pretese che poi, nel concorso con particolari fattispecie, ne derivano e cioè per concepire la posizione di azionista non già un presupposto per la costituzione di diritti, poteri o obblighi, ma come una denominazione complessiva di diritti diversi e autonomi.

Ecco perchè non mi sembra possa parlarsi a rigore di “diritto” dell’azionista nei confronti delle norme che, nella disciplina della società, pur sono poste nel suo interesse e escludono la possibilità di divergenti clausole statutarie o divergenti

¹⁰⁴⁹ BUONOCORE refere outros contextos de interesse, mas que não nos parecem relevantes para os fins deste estudo: BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 106/107.

¹⁰⁵⁰ ASCARELLI, Tullio. L’interesse sociale dell’art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 532; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 107.

¹⁰⁵¹ ASCARELLI, Tullio. L’interesse sociale dell’art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 540-541; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 107.

deliberazioni maggioritarie, tesi questa che porterebbe a concepire direttamente un autonomo diritto dell'azionista in corrispondenza con ogni norma della disciplina della società; di "diritto" dell'azionista si potrà parlare solo nelle ipotesi nelle quali sia possibile individuare una pretesa ormai autonoma rispetto alla posizione di azionista e che, pur avendo come suo presupposto la posizione di azionista, riposa a sua volta sull'occorrenza di una peculiare fattispecie¹⁰⁵².

O ponto que se quer frisar é o de que a proteção dos interesses individuais dos sócios não pode subverter os princípios que regem o ordenamento societário, suas deliberações, e, ao fim e ao cabo, sua lógica de funcionamento, fundada no princípio majoritário. O que se defende, como se verá a seguir, é a existência de algumas situações subjetivas ativas dos sócios que positiva e autonomamente constituem autênticos direitos subjetivos, representando, assim, uma zona de respeito por parte da sociedade que, conseqüentemente, subtraem sua legitimidade para nela ingressar e dispor das prerrogativas ali estabelecidas¹⁰⁵³.

O ordenamento societário prevê direitos que estão ao alcance dos sócios e que tutelam interesses disponíveis no caso concreto, não podendo, portanto, ser tratados, do ponto de vista da legitimidade, como se representassem a disposição de um direito por um sujeito alheio. Em síntese, tais direitos, ainda que individuais, admitem derrogação por parte da assembleia geral, desde que cumpridos os requisitos previstos na lei, dentre os quais pode estar o consenso do respectivo titular¹⁰⁵⁴.

Avançando na linha defendida por MIGNOLI¹⁰⁵⁵, BUONOCORE busca deslocar o debate do campo da tomada de decisão – por unanimidade ou por maioria – para o da irradiação dos efeitos dessa decisão perante os acionistas e a sociedade. Por exemplo, na primeira perspectiva exigir uma deliberação assemblear unânime significa dizer que a sociedade não está autorizada a dispor de direitos de titularidade do sócio, ao passo que, na segunda perspectiva, significa dizer que os sócios dissidentes poderão sustentar sua ineficácia. De um lado, a exigência de uma deliberação assemblear unânime está diretamente relacionada à concepção dos direitos individuais como um limite à regra da maioria, ao passo

¹⁰⁵² ASCARELLI, Tullio. L'interesse sociale dell'art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 542/543; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 105.

¹⁰⁵³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 108.

¹⁰⁵⁴ ASCARELLI, Tullio. L'interesse sociale dell'art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 535-536; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 107-108.

¹⁰⁵⁵ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 189-193.

que, de outro, a demonstração da existência prévia de tais direitos faz com que eles constituam um limite de eficácia à deliberação da sociedade¹⁰⁵⁶.

Em outras palavras, quer demonstrar que (a) exigir unanimidade em determinados casos (sempre relacionados à violação de direitos individuais), ao invés de uma deliberação majoritária; e (b) concluir pela invalidade da deliberação, nos casos em que a unanimidade não é atingida, significa deslocar um problema que é de (i) legitimidade do sujeito para dispor de direito alheio para o plano da tomada de decisão, em sede assemblear. Olvida-se, assim, que o sócio, com o seu voto favorável na deliberação, não apenas poderá concorrer para a formação da vontade social (para a qual, por ser social, seria suficiente a maioria), mas aquiescerá positivamente e de modo contextual a um ato social de disposição de um direito seu¹⁰⁵⁷.

Isso significa que não há alternativa entre maioria e unanimidade, pois são situações excludentes entre si; isto é, ou a sociedade tem poder e legitimidade para deliberar sobre determinado direito ou a sociedade não pode e não tem legitimidade para deliberar sobre determinado direito. Se a sociedade está autorizada a deliberar, manifestando, portanto, a sua vontade, esta não poderá ser obtida de outra forma senão pela regra da maioria, não sofrendo tal princípio, salvo em alguns casos, exceção, devendo-se considerar nula a cláusula estatutária que exige deliberação unânime para tais matérias¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 108-109.

¹⁰⁵⁷ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 190; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 109.

¹⁰⁵⁸ São dignas de registro as ponderações de A. MIGNOLI “!Si parla di ‘diritto rinunziabile’, in vece di parlare correttamente di ‘diritto disponibile col consenso del suo titolare’: cambiata in tal modo la prospettiva, si conclude per la possibilità di una rinunzia tacita (il fatto di non aver impugnato nel termine del 2377), contro il principio che la rinunzia non si presume e contro quello che si desume dalla norma dell’art. 1399, 4° comma. La questione viene così spostata sul piano negativo (della renunzia, intesa come mancato esercizio dell’azione di impugnazione), mentre andrebbe risolta sul piano positivo del consenso prestato di un proprio diritto da parte del titolare di questo, se non si vuole confondere un requisito di efficacia con una condizione di validità. (...) In altri termini: postulare la necessità dell’unanimità in dati casi (Sempre di violazione di un diritto individuale) invece che della regola maggioritaria, e concludere – ove l’unanimità non sia raggiunta – per l’invalidità della deliberazione, per un vizio nel procedimento di formazione, significa spostare sul piano della ‘presa della delibera’ (la c.d. ‘Beschlussfassung’ della dottrina tedesca) quello che è un problema di legittimazione, riducendo così tutta la questione a un numero maggiore o minore di voti, e dimenticando che il socio, con il voto favorevole alla deliberazione, non solo concorre a formare la volontà sociale (per la quale è necessaria e sufficiente la maggioranza), ma dà positivamente, e in modo contestuale, il suo consenso ad un atto sociale di disposizione di un suo diritto. (...) La società può o non può: se non può, non sarà una maggioranza rinforzata o l’unanimità che le renderanno possibile la presa di una certa deliberazione. Non così però va impostata la questione, ché altrimenti si arriverebbe a dire, come del resto qualche autora ha fatto, che la presenza di un diritto individuale (anche non irrinunziabile) renderebbe impossibile (e quindi nulla, a sensi dell’art. 2379) una deliberazione che lo volesse violare. La verità è che la società può: la sua volontà non può che formarsi a maggioranza. Il principio è quello maggioritario, il quale non soffre alcuna eccezione: dovendo rifiutarsi, come nulla, quella clausula statutaria che prescriverebbe sempre e per ogni delibera l’unanimità e dovendo configurarsi la necessità dell’unanimità, che per talune deliberazioni fissasse lo statuto, come un diritto di veto del singolo socio a che una determinata deliberazione sia presa. La deliberazione sociale, presa

Nessa sistemática, a deliberação por maioria, apesar de válida, poderá ser ineficaz, quando dispuser de direito próprio de sócio (em relação a ele mesmo), sem contar com a sua concordância¹⁰⁵⁹. Para BUONOCORE, escorado nas lições de MIGNOLI, a relevância dessa construção teórica está no distanciamento de eventual violação de direitos individuais do plano da invalidade da deliberação, evitando, assim, que uma questão de legitimidade seja reduzida a um procedimento de tomada de decisão¹⁰⁶⁰.

secondo il principio maggioritario, sarà inefficace ove non intervenga il consenso del titolare del diritto, di cui essa ha disposto. Se la deliberazione verrà presa all'unanimità, questa sarà una circostanza di fatto: significherà che il titolare del diritto avrà prestato il suo consenso, e non potrà ricondursi a una diversa disciplina della tenuta dell'assemblea e della presa della deliberazione. Le cose sembrano coincidere, ma vanno tenute concettualmente distinte, per evitare le gravi conseguenze (cui l'opposta dottrina perviene), quando una questione di legittimazione viene idotta ad una semplice regola del procedimento della 'Beschlussfassung'. MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 192; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 109. Ver, também, VENDITTI, Antonio. *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1955, p. 77 e ss.

¹⁰⁵⁹ Em sentido contrário, caminham as ponderadas críticas de PINTO FURTADO: “(...) não deverá fazer-se corresponder a ineficácia *stricto sensu* ao vício da deliberação consistente na falta de unanimidade exigida para sua aprovação. É certamente estabelecer uma destriça fundamental e impostergável entre as especiais maiorias exigíveis para a aprovação de uma proposta sobre certo assunto e o consentimento ou assentimento do sócio, ou sócios, para que possa ser aprovada determinada deliberação – sendo inadmissível, portanto, a assimilação da exigência de tais maiorias, designadamente a de unanimidade, ao requisito de eficácia do consentimento dos sócios e seu regime. O voto de cada sócio ou acionista não se esgota num simples assentimento à proposta submetida à votação. Se assim fosse, a deliberação necessariamente unânime teria a natureza de um contrato – e todos rejeitam, como se viu, semelhante conclusão. Se, pois, a proposta de deliberação não é uma proposta de contrato, e o voto não representa a aceitação dela, mas uma declaração negocial que, fundida com as emitidas no mesmo sentido, numa expressão maioritária ou unânime, conforme a deliberação – parecerá, aos nossos olhos, naturalmente, carecida de rigor dogmático a ideia de subtrair à regra geral de anulabilidade a deliberação considerada como positiva, mas indevidamente, por ter logrado apenas maioria, quando para a sua aprovação se exigida a unanimidade. As ilustrações de ineficácia *stricto sensu* conformadas pelo consentimento de determinado sócio ou categorias de sócios (ou de todos eles) terão, pois, de destriçar-se daqueles casos que propriamente se integram na *facti species* legal de uma deliberação para que se requeira a unanimidade” (Cf. PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 513-514).

¹⁰⁶⁰ Nas palavras de MIGNOLI, citado por BUONOCORE: “Ed occorre, onde sgombrare il campo, prendere posizione su di un altro problema, già precedentemente adombrato. Quando si è detto nel paragrafo precedente che la risoluzione del problema della tutela degli interessi dell'azionista non doveva sovvertire i principi propri dell'ordinamento azionario e delle sue deliberazioni, si voleva alludere ad un punto preciso. È chiaro che quanto si dirà in seguito sarà volto a dimostrare l'esistenza o meno di situazioni del socio che, positivamente e autonomamente costituite come diritti soggettivi, implicino una zona di rispetto da parte della società e la conseguente mancanza di legittimazione a disporre di questa: ciò vuol dire essenzialmente che il discorso tralascerà di considerare d'ora in poi quelle soluzioni che, per giustificare una impossibilità di disposizione su eventuali diritti del socio dapgte dell'ente, postulano una deliberazione unanime; e si fermerà a dimostrare essenzialmente se e quando una delibera possa considerarsi inefficace. Aver postulato fin ora l'unanimità è dipeso dal modo di concepire i diritti individuali come attinenti ad un limite della regola maggioritaria (167), mentre, ove se ne dimostri l'esistenza, essi sono un limite all'efficacia della delibera della società; e «postulare la necessità della unanimità in dati casi (sempre di violazione di un diritto individuale) invece che della regola maggioritaria, e concludere —ove l'unanimità non sia raggiunta — per l'invalidità della deliberazione, significa postare sul piano della presa della delibera (la c. d. Beschlussfassung della dottrina tedesca) quello che è un problema di legittimazione... dimenticando che il socio con il suo voto favorevole alla deliberazione, non solo concorre a formare la volontà sociale (per la quale è necessaria e sufficiente la maggioranza), ma dà positivamente e in modo contestuale, il suo consenso ad un atto sociale di disposizione di un suo diritto » (168). Onde non vi sarà alternativa tra maggioranza ed unanimità, perché « la società può o non può » (169) e se può la sua volontà non potrà essere se non quella espressa dalla maggioranza: non soffrendo questo principio, salvo

Para a aplicação prática dessa construção teórica o autor situa, na base do raciocínio, os direitos individuais como aqueles sobre os quais a sociedade não tem legitimidade para dispor, o que pode ser alcançado, do ponto de vista normativo, por meio do estabelecimento de (I) normas de caráter geral que definam os direitos individuais; (II) normas de caráter específico que regulem situações subjetivas do acionista; (III) uma tutela concreta das situações nas quais seja possível depreender a prevalência do interesse do acionista sobre o interesse da sociedade, e nas quais haja obrigação específica desta com relação àquele¹⁰⁶¹.

Ocorre que a legislação (nesse caso nem a italiana nem a brasileira) não fornece elementos suficientes para delinear um conceito, ainda que aproximado, de direito individual como direito subjetivo, limitando-se a qualificar como direitos, em algumas normas, nem todas inderrogáveis, hipóteses espalhadas de poderes, faculdades e interesses diversamente tutelados. O Código italiano (nesse particular contrário à Lei n. 6.404/76) sequer estabeleceu normas prevendo a indisponibilidade de tais direitos por parte da sociedade, nem delineou a subtração do poder da sociedade em algumas situações, tidas como direitos subjetivos e pertencentes à esfera única e exclusiva dos sócios. A ausência dessa diretriz normativa dificultou o processo de construção de uma categoria de direitos individuais dos sócios que consistiria, na prática, em um verdadeiro suporte para justificar e legitimar a sanção de ineficácia de ato de disposição da sociedade de direito do sócio¹⁰⁶².

Sem esse mínimo amparo do ordenamento jurídico, BUONOCORE menciona que o acionista cujos interesses foram prejudicados por uma deliberação ou ato da sociedade não pode invocar, como suporte de base, a inderrogabilidade do seu pretense direito individual societário. Na prática, essa sistemática faz com que a situação subjetiva do acionista prescindia de uma proteção normativa direta, já que sua tutela decorre de um efeito reflexo de outras normas constantes no ordenamento societário. Por exemplo, (I) no caso da nulidade, a proteção resulta de normas que o ordenamento reputa como inderrogáveis por parte do ente social; e (II) no caso de anulação da deliberação viciada, a proteção decorre do

che in due casi, eccezione alcuna, e giustamente ritenendosi nulla la clausola statutaria che prescrive per ogni delibera l'unanimità (170). La deliberazione presa a maggioranza, pur valida, potrà essere inefficace, ove abbia disposto del diritto di un socio, nei confronti di questi, e sempre che non intervenga comunque manifestato il suo consenso. Questo importa l'automatico sganciamento della violazione degli eventuali diritti individuali dal sistema di invalidità delle delibere, ed evita che « una questione di legittimazione venga ridotta ad una semplice regola del procedimento della Beschlussung » (171)” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 109).

¹⁰⁶¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 110.

¹⁰⁶² BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 110/112.

exercício, por parte do acionista, de um poder de exigir da sociedade o cumprimento de determinados pressupostos legais para derrogar determinada norma¹⁰⁶³.

Observa-se, com isso, que o legislador não atribuiu aos direitos individuais dos acionistas o mesmo tratamento legal destinado a outros tradicionais instrumentos de limite ao poder da sociedade, como as hipóteses de conflito de interesse e os direitos de minoria. Na verdade, os direitos individuais, juntamente com essas outras ferramentas de proteção, deveriam constituir uma barreira conjunta ao poder da maioria, especialmente porque a violação dessas três ordens de limites não resulta na mesma consequência jurídica; senão vejamos: (I) a nulidade e a anulação para a violação de normas que regulam os conflitos de interesse e os direitos de minoria; e (II) a ineficácia para as violações dos direitos individuais¹⁰⁶⁴.

A ausência de um conceito de direitos individuais positivo, real e aderente à realidade interna da sociedade não permite que essa sistemática prevaleça, especialmente no que concerne às consequências da violação de um direito individual que, como vimos, acarreta a nulidade ou anulação do ato, dependendo do caso em questão, e não a ineficácia. Não se trata, portanto, de mera divergência hermenêutica ou exegética, mas sim de um distinto tratamento normativo (e também de importância da matéria).

Ainda nesse insuficiente contexto normativo, o sustenta que existem outras questões que põem em dúvida a possibilidade de sustentar a existência de efetivos direitos subjetivos de sócio nas relações societárias internas: (I), a irrenunciabilidade de tais direitos por parte de seus titulares – acionistas; (II), a sua intangibilidade, que, no plano posto pelo legislador, assume caráter meramente relativo e precário, cuja consequência, na maioria dos casos, é a subordinação do interesse dos acionistas ao interesse da sociedade, tal como ocorre com o direito de voto¹⁰⁶⁵.

Em sede de conclusão, BUONOCORE afirma que a lei societária não tutela adequadamente a ausência de legitimidade da sociedade para dispor de direitos individuais dos sócios a partir da existência de direitos subjetivos. Na verdade, a impossibilidade objetiva da sociedade de derrogar tais normas decorre do seu suposto caráter de ordem pública, sem que se distingam as normas que protegem direitos individuais das normas que

¹⁰⁶³ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 59; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 113.

¹⁰⁶⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 113/114.

¹⁰⁶⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 117-120; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 13. ed. A cura de Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino: Utet, 2011, p. 326.

protegem o núcleo duro do fenômeno societário. E mais: quando há violação desses limites por parte da sociedade, o argumento que vem à tona diz respeito à violação de normas imperativas e não à violação de direitos subjetivos dos acionistas¹⁰⁶⁶.

Na prática, significa que a supressão de direitos individuais inderrogáveis estabelecidos pela lei – tais como participar dos lucros sociais e do acervo da companhia, em caso de liquidação – por meio de cláusula estatutária ou deliberação assemblear acarretará a nulidade da cláusula ou da deliberação, mas essa sanção não decorrerá da violação de um eventual direito subjetivo do acionista, mas sim da contrariedade do ato ou da deliberação a uma norma imperativa. O argumento se estende aos direitos derogáveis, já que, por se tratar de norma dispositiva, a eventual derrogação deve ser realizada de acordo com os requisitos previstos na lei societária e, tratando-se de uma sociedade anônima, por meio de uma deliberação majoritária qualificada¹⁰⁶⁷.

De tudo o que foi dito, podemos esboçar algumas conclusões parciais sobre o estudo realizado por BUONOCORE:

- (I) o sistema de normas que regula a sociedade anônima é inspirado (para não falar dominado por ela) na prevalência do interesse da sociedade sobre o interesse individual dos sócios, sendo este tutelado, na grande maioria das vezes, de forma indireta por meio da tutela do interesse social, comum a todos os sócios;
- (II) o interesse primário do sócio é satisfeito no momento em que ele, no exercício da sua autonomia privada, ingressa na sociedade, adquirindo, assim, sua qualidade de sócio; nessa estrutura, seu interesse individual será subordinado ao interesse da comunhão de sócios, enquanto perdurar a sociedade;
- (III) as normas do ordenamento societário não contêm um conceito de intangibilidade, concebido a partir da atribuição de direitos intangíveis ao sócio, de maneira que mesmo as normas que garantem direitos individuais se referem, em caso de violação, às normas de caráter geral; a intangibilidade se refere aos elementos que caracterizam a comunhão de

¹⁰⁶⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 125/126.

¹⁰⁶⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 128.

interesses, caracterizada pelo respeito aos pontos nucleares que formam determinado tipo societário¹⁰⁶⁸;

(IV) os únicos limites impostos à atividade deliberativa da sociedade dizem respeito, de um lado, às normas inderrogáveis, pertencentes ao núcleo duro de determinado tipo societário, e, de outro, à observância de certos pressupostos para derrogação de normas dispositivas;

(V) no atual panorama legislativo, é complexo sustentar a existência de direitos subjetivos dos sócios, ou melhor, uma categoria autônoma de direitos individuais no âmbito interno da coletividade, diante das quais cesse a legitimidade da sociedade;

(VI) isso não decorre apenas da diversidade intrínseca das posições individuais, mas também do fato de o limite da capacidade dispositiva do ente ser indiferente com relação a todas as normas; além disso, esse limite não decorre da ilegitimidade de dispor da sociedade, mas sim da necessidade de observar as normas positivas, sendo irrelevante a coerência sistemática da sanção que decorre da respectiva violação;

(VII) a sociedade não pode suprimir o direito de preferência, ou declarar que jamais irá distribuir dividendos, limitar direito a informação ou deliberar que os sócios responderão subsidiariamente pelas dívidas sociais; todavia, essa impossibilidade decorre da natureza inderrogável de tais normas, as quais restringem, já no momento da constituição, a capacidade dispositiva do ente, fixando limites e características próprias à comunhão de interesses; em outras palavras, abolir uma regra dessa natureza parece ser o mesmo que dizer que a sociedade não pode tolher a categoria da assembleia geral extraordinária ou extinguir a diretoria, como órgão social, não decorrendo a proibição legal da existência de direitos subjetivos dos acionistas¹⁰⁶⁹.

Em síntese, o limite da capacidade dispositiva da sociedade é indiferente à existência de situações subjetivas subjacentes à norma positivada, sendo determinado pelo caráter da norma em si que, se for derrogável, respeitará a deliberação por maioria e, se for

¹⁰⁶⁸ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 13. ed. A cura de Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino: Utet, 2011, p. 326.

¹⁰⁶⁹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 129/131.

inderrogável, poderá gerar nulidade. Não é possível depreender da regulamentação em vigor um limite à referida capacidade de disposição com base na atribuição de direitos subjetivos aos sócios e postular que a sanção para sua violação seja a ineficácia¹⁰⁷⁰.

É imprescindível, no entanto, reconhecer a distinção entre (I) a tutela da posição de acionista (ou direito à qualidade de sócio), (II) as normas societárias inderrogáveis, não passíveis de derrogação pela assembleia, e (III) as normas derogáveis, passíveis de derrogação, desde que respeitados certos pressupostos, podendo-se falar em ineficácia do ato, como consequência jurídica possível da violação de direitos individuais, somente quando não se puder falar de violação de norma inderrogável ou derogável¹⁰⁷¹.

A fórmula construída por BUONOCORE na tentativa de chegar a um conceito de direito individual foi hipotizar, na linha inicialmente proposta por ASCARELLI¹⁰⁷², uma situação em que seja possível desvincular o direito concreto do acionista da norma societária em si e, sobretudo, justificar a ausência de legitimidade da sociedade para dispor de tais direitos de forma distinta da capacidade dispositiva contida na norma, distanciando a violação de um direito subjetivo do sistema ordinário de invalidade das deliberações societárias¹⁰⁷³.

Nas palavras de BUONOCORE:

L'alternativa in definitiva è la seguente: o si sostiene – e non saprei con quale utilità – che l'azionista ha um diritto corrispondente ad ogni norma dell'ordinamento societario; oppure si deve convenire che sulla base delle norme, non è possibile ipotizzare diritti soggettivi del socio verso la collettività, in corrispondenza dei suoi interessi nella società; ciò desumendosi innanzi tutto dal sistema di tutela accordato al socio per la protezioni dei medesimi. Pare quindi conseguente l'affermazione che per costruire um concetto di diritto individuale bisognerà far capo ai principi generali, ipotizzando una situazione che permetta di svincolare il diritto stesso dalle norme societarie e soprattutto di giustificare una mancanza di legittimazione a disporre dell'ente differenziata dal limite alla capacità dispositiva costituito dalle norme stesse; svincoli in altri termini la violazione del diritto soggettivo del socio dal sistema ordinario di invalidità delle delibere¹⁰⁷⁴.

BUONOCORE sustenta que o acionista, ao ingressar em uma sociedade, não se torna titular de direitos individuais específicos, a não ser do direito à qualidade de sócio daquele empreendimento societário; o indivíduo, na verdade, passa a se contrapor com o ente social

¹⁰⁷⁰ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 131.

¹⁰⁷¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 133.

¹⁰⁷² ASCARELLI, Tullio. L'interesse sociale dell'art. 2.441 Cod. Civile. La teoria del diritto individuali e Il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. In: *Problemi giuridice*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 542 e ss.

¹⁰⁷³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 131.

¹⁰⁷⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 131.

enquanto membro deste, sendo o seu interesse de permanecer na sociedade o único tutelado desde o início pela lei como direito subjetivo, e também o único direito oponível *erga omnes* que passa a compor o seu patrimônio pessoal¹⁰⁷⁵.

O direito à qualidade de sócio é, enquanto tal, produtor de uma série de interesses tutelados de várias formas pelo ordenamento societário, variando de sócio para sócio, sendo caracterizado, na grande maioria das vezes – mas não necessariamente –, pela atribuição de situações subjetivas iguais aos participantes de um negócio societário.

Em apertada síntese, essa é a sua conclusão. Vejamos, agora, como BUONOCORE divide as posições de interesse do acionista no interior da sociedade.

b) Regulamentação e divisão das posições de interesse do acionista

O contrato de sociedade atribui ao acionista a titularidade de uma série de posições jurídicas subjetivas de interesse que estão ora incindivelmente conectadas à sua qualidade de sócio, ora indiretamente tuteladas por meio do reconhecimento ao seu titular do poder de invocar a eventual violação das normas estabelecidas para o seu exercício. Nessa sistemática, a categoria dos direitos subjetivos chega ao acionista em caráter residual, durante a vida da sociedade, desde que cumpridas algumas condições, mas sempre depois do que BERTINI corretamente chamou de “concretização de uma situação subjetiva”, representada pelo momento terminal do processo por meio do qual a norma transita de um modo abstrato para um modo concreto de ser¹⁰⁷⁶.

Com relação a tais posições de interesse, BUONOCORE defende que elas são formadas por: (I) normas que disciplinam a atividade social, as quais correspondem aos poderes do sócio na coletividade; (II) normas relativas aos interesses materiais dos acionistas no âmbito interno da sociedade, que correspondem à categoria de “interesses ocasionalmente tutelados” (“*gli interessi occasionalmente protetti*”); (III) normas que se subjetivam em favor do sócio, garantindo a ele uma pretensão autônoma frente à sociedade, as quais correspondem aos chamados direitos subjetivos¹⁰⁷⁷.

(I) Poder atribuído aos acionistas em razão da sua qualidade jurídica de sócio

¹⁰⁷⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 132-134.

¹⁰⁷⁶ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 30; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 134. Em sentido contrário: CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 171-172 e p. 249-252 (nota de rodapé 237).

¹⁰⁷⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 134.

Como já referido no item 1.1.1 deste Capítulo, o estudo das sociedades mercantis sob a ótica do poder sempre foi algo estranho à doutrina jurídica tradicional¹⁰⁷⁸. BUONOCORE, comungando do mesmo ceticismo, refere que os doutrinadores inexplicavelmente atribuíram pouca relevância à distinção entre o poder do sócio na coletividade e o direito dos sócios em relação a essa mesma coletividade. Esse descaso fez com que essas duas figuras distintas fossem tratadas, juridicamente, sob o mesmo manto dos direitos individuais – supostamente exercendo a mesma função, isto é, impor limites substanciais e formais ao poder da sociedade de deliberar por maioria – dando azo à distinção entre direitos irrenunciáveis e direitos renunciáveis, a qual, como vimos, não é suficiente para resolver o problema em questão¹⁰⁷⁹.

O correto tratamento da questão exige a compreensão do comando normativo que subjaz à atribuição de um direito ou de um poder ao sócio. Para tanto, é necessário lembrar que se, por um lado, o poder jurídico é definido pela sua extensão e pela finalidade em função da qual foi criado, consistindo na aptidão para produzir efeitos na esfera jurídica alheia, independentemente da colaboração do sujeito passivo; por outro, o direito subjetivo outorga ao seu titular o direito de receber uma prestação de um terceiro. Dessas premissas teóricas é depreende-se que todo poder jurídico pode ser reduzido, em última análise, a um poder-função, cujo exercício se conecta a um determinado fim ou interesse maior, o que não ocorre com o direito subjetivo¹⁰⁸⁰⁻¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ FÁBIO K. COMPARATO concluiu, com coerência, seu raciocínio sobre as sociedades mercantis e sua relação com o poder jurídico: “Autores e tribunais preferiram interpretá-las com base na teoria do contrato, ou sob o ângulo institucional. Na primeira hipótese, o pressuposto era de que os sócios se colocavam em pé de igualdade e resolviam as questões societárias de comum acordo, aceitando, todos, o princípio majoritário fundado na titularidade do capital, tal como expresso no pacto de fundação. Na segunda hipótese – exclusivamente aplicada à sociedade anônima –, a organização da pessoa jurídica e as funções próprias de cada um de seus órgãos obedeceriam à ‘vontade’ da lei, não sendo objeto de um negócio jurídico contratual. Sem dúvida, tais interpretações, embora parciais, não são totalmente errôneas, servindo, até certo ponto, como justificativa lógica para a solução de vários conflitos de interesse no campo societário. O que lhes falta, porém, é a consideração do elemento englobante, que reúne ambas as perspectivas num todo compreensível. Esse elemento é o poder decisório. Nas sociedades ditas de pessoas, em que o caráter contratual é dominante, senão exclusivo, a relação de poder se estabelece diretamente entre os próprios sócios. Diferentemente, na anônima, cujo conteúdo institucional é mais saliente, o elemento dinâmico, que põe em marcha o mecanismo societário e empresarial, é um poder que se exerce indiretamente entre os sócios, através dos órgãos impostos pela lei: é o controle.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. IX).

¹⁰⁷⁹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 136.

¹⁰⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 557; COMPARATO, Fábio Konder. A fixação do preço de emissão das ações no aumento de capital da sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 81, jan.-mar. 1991, p. 79-86, p. 79/80; COMPARATO, Fábio K. O direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*. Ano 71. Vol. 558. São Paulo: Abril, 1982, p. 33-40, p. 39.

¹⁰⁸¹ Sobre o tema lúcidas são as observações de LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES: “A diferença entre o direito e o poder consiste essencialmente em que o titular de um direito subjetivo usa de seu direito como de

Adotando a linha defendida por BERTINI, BUONOCORE concorda com a divisão de que as normas do ordenamento de uma sociedade anônima se distinguem, em relação ao seu conteúdo e função, em materiais e instrumentais¹⁰⁸². Por definição, a norma material dá origem a situações subjetivas ativas e passivas, enquanto a norma instrumental atribui ao sujeito a possibilidade de, conforme o caso, estabelecer preceitos gerais ou especiais, modificá-los, extingui-los ou, ainda, investir outro sujeito com essas mesmas prerrogativas. Em razão dessas características peculiares, a norma instrumental é chamada de norma de poder, razão pela qual se qualifica a situação jurídica correspondente de poder jurídico ou *potestà*¹⁰⁸³.

O acionista, em virtude da sua qualidade jurídica de participante de um negócio societário, passa a ser titular de uma série de poderes na coletividade da qual participa, devendo utilizá-los para tutelar tal situação subjetiva e, também, para proteger os interesses legítimos que passa a ser titular¹⁰⁸⁴. Esses interesses resultam de normas instrumentais, cuja função é limitar a autonomia dispositiva do ente social (sem, entretanto, subverter os princípios basilares do ordenamento societário) e disciplinar o exercício da atividade social, seja por meio da estruturação da organização interna dos órgãos sociais, seja pela delimitação de suas funções, competências, conteúdo e forma de seus atos¹⁰⁸⁵.

Visto sob uma perspectiva subjetiva, isto é, do sócio de uma sociedade, o nível de poder atribuído por uma norma jurídica instrumental determinará a conduta a ser realizada em face da atividade social e o efeito jurídico irradiado por ela. Essa norma não atribui margem para que o titular tenha pretensões autônomas (individuais) em face dos demais sujeitos, residindo justamente nesse particular outra grande diferença entre as categorias do

uma ‘propriedade’, para seus interesses individuais, enquanto o titular de um poder não pode usar dele senão no interesse de outrem, por conta de quem age. O poder seria assim uma prerrogativa que permite a uma pessoa, seja governar outras pessoas no interesse de um grupo comum, seja gerir os negócios de uma outra pessoa em nome e por conta desta. Se se trata de prerrogativas que pertencem a alguém relativamente à própria pessoa ou a seus próprios bens, cabe falar em direito e não em poder. Esses poderes não podem ser exercidos pelo titular em seu interesse pessoal” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 296).

¹⁰⁸² BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 140-141.

¹⁰⁸³ Para aprofundamento ver: BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 34-35.

¹⁰⁸⁴ Deve-se entender poder, nesse contexto, como a possibilidade de produzir, com um ato jurídico, uma modificação em determinado universo jurídico, cuja fonte são normas instrumentais (em oposição às normas materiais), que, de um lado, limitam a autonomia do ente e regulam a atividade social – sem subverter os princípios do ordenamento societário – e, de outro, atribuem aos acionistas força suficiente para influenciar de maneiras diversas as relações sociais. (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 137/138).

¹⁰⁸⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 139/142 e 223/224

poder jurídico e do direito subjetivo – enquanto o último pressupõe por definição um âmbito de liberdade e de disposição absoluta do agente, o primeiro estabelece uma conduta de discricionariedade, dentro dos critérios definidos pela lei¹⁰⁸⁶.

Na precisa conclusão de BERTINI, a discricionariedade reclama sempre uma predeterminação dos fins a alcançar e dos interesses a tutelar; já a liberdade do direito subjetivo segue os limites postos pela lei¹⁰⁸⁷. Dessarte, os poderes dos acionistas, enquanto tais, não têm autonomia jurídica e teleológica, sendo decorrentes diretamente de um direito subjetivo à qualidade de sócio, funcionando este como condição de legitimidade para o exercício do poder atribuído pela norma instrumental em função da atividade/interesse social¹⁰⁸⁸.

A titularidade subjetiva da situação material – posição jurídica de sócio – constitui, portanto, uma condição para que os efeitos dos atos de disposição sobre uma obrigação possam ser eficazmente propagados por força da norma instrumental, legitimada em função da atividade social para a qual foi concebida¹⁰⁸⁹.

Disso decorre uma conclusão importante quanto à relação entre a vontade expressa pelo sócio e o desenvolvimento de uma atividade pela sociedade: a possibilidade de o acionista renunciar ou não ao poder a ele atribuído, bem como a disponibilidade ou a indisponibilidade da sociedade sobre uma norma de caráter instrumental, não parecem ser questões relevantes para a compreensão do problema da legitimidade do ente social para dispor de direitos individuais em função da atividade social, já que o eventual consenso de todos os acionistas será irrelevante tanto no caso de uma norma derogável – porque a derrogação deverá respeitar a forma estabelecida no ordenamento societário (maioria absoluta ou qualificada) – quanto no caso de uma norma inderrogável, pois a unanimidade não poderá alterar o fato de que a matéria de fundo tem relação com o exercício da atividade social, e não com o interesse do sócio singularmente considerado, mantendo, portanto, seu caráter imperativo¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 143.

¹⁰⁸⁷ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 34.

¹⁰⁸⁸ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 34.

¹⁰⁸⁹ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 39.

¹⁰⁹⁰ Dentre as situações que BUONOCORE classifica como poder do acionista estão o poder de voto, o poder de participar da assembleia, o poder de examinar os livros, o poder de resolver o contrato de sociedade e o poder de impugnar deliberações. (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 144/145).

Dessarte, no que concerne à compreensão do poder jurídico no âmbito das sociedades anônimas, o problema primordial não é mais o da legalidade do seu exercício, deveras reconhecido na letra da lei, mas sim o seu fundamento axiológico, isto é, a legitimidade do seu exercício, elemento inerente a todo e qualquer fenômeno de poder, dentro de certos limites¹⁰⁹¹.

Em síntese, o poder jurídico atribuído aos acionistas por meio de normas instrumentais – cuja origem é sua qualidade jurídica de sócio, adquirida quando do ingresso na sociedade – tem como função e finalidade o exercício da atividade e o atingimento do interesse, razão pela qual existe uma relação legítima de subordinação do interesse individual do acionista ao interesse social da sociedade, não se podendo cogitar, em tais situações, da existência de direitos subjetivos do acionista ou de ilegitimidade do ente social para dispor de tais direitos¹⁰⁹².

Em razão disso, correto o raciocínio de FÁBIO K. COMPARATO, para quem “No exercício do poder com observância das formalidades e dos requisitos legais, concorre uma

¹⁰⁹¹ Ressalta COMPARATO que: “O poder ilegítimo, embora legal e efetivo, será sempre marcado de bastardia; para sua defesa em momentos de crise, só poderá contar com as suas próprias forças e nunca com a adesão dos comandados. Sem dúvida, a transformação da força em direito é uma tendência isopitável de todo o detentor de poder, não por razões de ordem ética, mas essencialmente prática” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 556/557).

¹⁰⁹² Ao tratar do direito de preferência para subscrição de ações, previsto no art. 109, inc. III, da Lei 6.404/76, como um dos direitos essenciais dos acionistas, FÁBIO K. COMPARATO ressalta a referida opção como “(...) verdadeiro poder, categoria do direito subjetivo que confere ao seu titular a prerrogativa de atuar, unilateralmente, sobre a esfera jurídica alheia. Mais precisamente, trata-se de um poder de criar relação jurídica, um direito formador (*Gestaltungsrecht*), segundo a doutrina germânica ou direito potestativo, de acordo com os autores italianos. Ao exercer a opção de subscrição, o acionista faz atuar a deliberação autorizadora do aumento de capital social pela assembleia e, portanto, interfere na estrutura patrimonial da pessoa jurídica. Ele não tem, no caso, simples direito subjetivo a uma prestação da companhia, como, em matéria de dividendo. Perante o acionista que exerce a opção de subscrição, a sociedade anônima se encontra na situação passiva denominada sujeição, tendo que suportar, em seu patrimônio, os efeitos jurídicos do exercício do poder pelo subscritor. Se a lei modelou essa prerrogativa acionária de forma tão robusta, como poder jurídico e não como direito a uma prestação da companhia, e se o legislador atribui-lhe, tradicionalmente, a eminência de ‘direito essencial do acionista’ (Lei n.º 6.404/76, art. 109, IV), é porque a sua função deve aparecer como primordial na economia societária. E, de fato, o direito de opção à subscrição de novas ações de aumento de capital constitui elemento indispensável à preservação do *status* ou posição jurídica do acionista na companhia. Esse *status*, como sabido, compreende, do lado ativo, tanto direitos patrimoniais quanto direitos políticos, isto é, de participação no governo social e fiscalização da atividade administrativa. Uns e outros acham-se diretamente ligados à posição acionária do capital da companhia. De acordo com o princípio capitalístico, rigorosamente seguido na sociedade anônima, o *status socii* é determinado pelo número de ações possuídas em relação à totalidade da mesma espécie de ações em que se divide o capital social.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Fideicomisso acionário e direito de subscrição em aumentos de capital. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 170-203, p. 177/178).

presunção de legitimidade, a qual somente pode ser afastada mediante cumprida prova em contrário pela pessoa que se submete ao poder¹⁰⁹³”.

(II) *Interesses occasionalmente tutelados* (“*Gli interessi occasionalmente protetti*”)

Ao lado do poder atribuído aos acionistas para atuar no interesse social, BUONOCORE importou da doutrina do direito público, especificamente do direito administrativo¹⁰⁹⁴, as categorias dos “interesses occasionalmente protegidos” (“*gli interessi occasionalmente protetti*”) e dos “interesses legítimos¹⁰⁹⁵”.

O autor defende que as regras relativas aos princípios fundamentais comuns a cada ordenamento coletivo, bem como as normas referentes ao conteúdo de certos atos da sociedade e as que disciplinam aspectos concretos da vida social acabam por tutelar indireta e occasionalmente interesses materiais dos acionistas, porém não constituem uma concreta,

¹⁰⁹³ COMPARATO, Fabio Konder. A fixação do preço de emissão das ações no aumento de capital da sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n.º 81, jan.-mar. 1991, p. 79-86, p. 83.

¹⁰⁹⁴ Segundo COMPARATO, o clássico exemplo utilizado pela doutrina administrativista para explicar a categoria decorre do direito de vizinhança: “Essa categoria jurídica foi elaborada, pela primeira vez, no âmbito do direito administrativo, designando posição do administrado que, embora não tendo direito a determinado bem, pode, no entanto, agir contra a Administração Pública pela inobservância das normas legais que regem a sua atividade, relativamente à produção daquele bem, ou à prestação de determinado serviço. Exemplo sempre citado é o da vista panorâmica de determinado imóvel, que pode ser eliminada pelo prédio vizinho, mas desde que respeitem escrupulosamente as posturas municipais relativas à construção. Como se vê, a proteção jurídica a esse tipo de interesse é meramente indireta.” (Cf. COMPARATO. Fabio Konder. O direito ao lucro nos contratos sociais. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 150-158, p. 152).

¹⁰⁹⁵ Para BUONOCORE: “(...) Alla base dell’interesse legittimo vi è sempre la tutela dell’interesse della collettività e del singolo alla legalità dell’atto amministrativo, per cui tale interesse riceve dalla invalidazione dell’atto per effetto dell’impugnativa sempre una tutela completa, l’interesse c.d. materiale del singolo riceve una tutela soltanto riflessa o per dirla con altri soltanto eventuale.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. Le situazioni soggettive dell’azionista. Napoli: Morano, 1960, p. 148). No mesmo sentido, ALBERTO CANDIAN: “Qual è l’interesse che può legittimare l’azione del socio, secondo il principio generale per cui, per proporre una domanda in giudizio è necessario avervi interesse? Un socio può essere sollecitato ad agire in quanto egli sia stato ingiustamente escluso dalla assemblea (sempre ché, si intende, la situazione non sia tale che il suo voto avrebbe impedito il formarsi di una maggioranza, trattandosi allora di nullità); un socio può essere sollecitato ad agire in quanto il suo voto sarebbe stato diverso se non si fossero verificati errore o dolo o violenza; un socio può essere sollecitato ad agire in quanto una delibera, violando l’atto costitutivo, priva gli azionista per uno o più esercizi del dividendo, oppure li priva del diritto di opzione in un aumento di capitale; per converso, un socio può essere sollecitato ad agire in quanto l’assemblea non è stata regolarmente convocata o ha deliberato su oggetti non compresi nell’ordine del giorno o è stato rifiutato il rinvio dell’art. 2374, o sono stati ammessi a partecipare alle deliberazioni dei non soci o esclusi dei soci (senza spostamento della maggioranza, che altrimenti si avrebbe nullità), ecc. Si vede l’acchito un dualismo di categorie, il cui coefficiente differenziale è dato da una diversa posizione del socio rispetto all’interesse violato. Nella ipotesi della prima serie (anticipato così la proposizione in cui si raccoglie a mio giudizio la formula risolutiva del problema), l’azionista fa valere un vero e proprio diritto soggettivo. Nella ipotesi della seconda serie egli fa valere quel che chiamerei, mutuando una espressione della scienza del diritto amministrativo, un interesse occasionalmente protetto.” (Cf. CANDIAN, Aurelio. *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 146).

autônoma e legítima reivindicação do acionista em relação à sociedade, e, portanto, não podem ser enquadrados na categoria de direitos subjetivos¹⁰⁹⁶.

Destaca-se, nesse particular, a teoria desenvolvida por AURELIO CANDIAN acerca da possibilidade de diferenciar a natureza da norma jurídica única e exclusivamente pelo interesse que inspira a tutela do ordenamento. Para o autor, o interesse do sócio é o propulsor de todas as suas ações, independentemente do fato de que sua conduta também possa satisfazer, de forma simultânea, o interesse de outros sócios ou da sociedade. Logo, se o escopo da regra for tutelar um interesse da sociedade, qualquer sócio terá interesse na aplicação da adequada sanção em caso de violação, ao passo que se o escopo da norma for tutelar um interesse exclusivamente do sócio, somente ele, individualmente, terá direito à adequada sanção em caso de violação¹⁰⁹⁷.

Para distinguir a categoria dos interesses legítimos do sócio daquela dos seus direitos subjetivos, CANDIAN entende não ser possível examinar a questão apenas sob a perspectiva da outorga de uma ação ao titular do direito violado, seja subjetivo ou legítimo, já que o critério pode favorecer ambas as categorias. É preciso extrair da norma o interesse que ela busca proteger; por exemplo, os interesses legítimos dos sócios são tutelados por normas relativas à competência da assembleia, à formação da vontade social, à forma e ao conteúdo dos atos, ao passo que os direitos subjetivos são tutelados por normas referentes à participação do acionista na assembleia, ao recebimento de lucros, ao exercício de opções, e por outras que assegurem ao indivíduo que adquiriu a qualidade de sócio – a satisfação do seu próprio interesse¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 155. Para críticas à adoção dessa concepção em matéria societária, ver: BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 62-67.

¹⁰⁹⁷ CANDIAN, Aurelio. *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 146-147; BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 150.

¹⁰⁹⁸ Na visão de CANDIAN: "(...) quando si fa valere un diritto soggettivo del socio, è questo l'oggetto immediato della tutela, mentre è presente come oggetto mediato l'interesse della società. Che ciascun socio possa esercitare compiutamente e senza contrasti il suo diritto di partecipare alle assemblee, di votare, di esigire dividendi e simili, è interesse primario del socio, ma è interesse anche della società in quanto da quella normalità di funzione ad essa deriva incremento di prestigio, di credito, di contributi individuali alla vita collettiva. Per converso, quando si fa valere un interesse legittimo del socio, l'oggetto immediato della tutela è l'interesse della società, mentre è presente come oggetto mediato l'interesse del socio. Che la vita sociale si svolga attraverso una successione di atti conformi alla legge, all'atto costitutivo e allo statuto, cioè in costante aderenza ai precetti della legittimità (rispetto della competenza, delle norme di procedimento, ecc), è interesse primario della società, ma è interesse anche del socio, in quanto dalla normalità giuridica dell'agire dell'ente sociale rifluisce, a vantaggio di lui, una garanzia di miglior raggiungimento degli scopi sociali (non c'è bisogno di ripetere che alla base dell'azione deve essere l'assunto di un danno effettivo)." (Cf. CANDIAN, Aurelio. *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 154).

BUONOCORE concorda com a ideia de que a base inicial para discutir a individualização de um direito é o interesse que subjaz à norma protetiva, mas, em contraposição à perspectiva de CANDIAN¹⁰⁹⁹, entende que o interesse a ser considerado deve ser essencialmente concreto – não abstrato ou gerador de uma simples expectativa –, já que deve se relacionar diretamente com o seu titular, o acionista, e não com a norma criada para tutelar seu eventual interesse. Defende, em primeiro lugar, que não é seguro depreender do fato de uma norma individualizar determinado interesse um argumento robusto e suficiente para dar origem a um direito individual subjetivo em favor do tutelado, especialmente no âmbito das sociedades anônimas, no qual é possível visualizar um intrincado conjunto de interesses em jogo – dos acionistas, dos credores, dos empregados, da sociedade – e a necessidade de subordiná-los ao interesse social¹¹⁰⁰.

Em segundo, pondera que está na essência de um ordenamento societário a premissa de que o interesse individual não se contrapõe, necessariamente, ao interesse da sociedade em si. Pelo contrário, contribui concretamente para a formação deste, pela regra da deliberação por maioria. Vislumbra, no entanto, a possibilidade de existirem direitos subjetivos no âmbito societário, mas ressalta que o surgimento de tal categoria jurídica pressupõe (I) uma norma ou um ato de autonomia privada que outorgue ao seu titular uma reivindicação autônoma em face de outro sujeito, neste caso a sociedade¹¹⁰¹; (II) a impossibilidade de um terceiro – ente social –, no exercício legítimo de seus poderes, interferir na esfera de interesse do seu titular¹¹⁰².

Em síntese, conclui que enquanto o interesse do sócio não constituir uma concreta e autônoma reivindicação individual em relação à sociedade não será considerado um autêntico direito subjetivo pelo ordenamento societário e receberá tutela indireta de normas de organização da sociedade, dos seus princípios essenciais e, ainda, de normas que disciplinam aspectos concretos da vida social. Nesse contexto, a subordinação e, por ricochete, o sacrifício do interesse individual do acionista em face do interesse da sociedade

¹⁰⁹⁹ CANDIAN, Aurelio. *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 154 e ss.

¹¹⁰⁰ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 152.

¹¹⁰¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 154.

¹¹⁰² Ilustra seu raciocínio afirmando que há uma norma que resguarda o interesse do sócio de exigir dividendos da sociedade; mas isso não é suficiente para concluir que o sócio tem um direito subjetivo aos dividendos. Se, por um lado, o interesse de exigir dividendos constitui tanto um interesse primário do sócio quanto da sociedade – enquanto resultado da sua função econômica, incremento do seu prestígio, do seu crédito; de outro, a construção não é suficiente para demonstrar a existência de um direito subjetivo, já que a reivindicação autônoma do sócio em face da sociedade será materializada somente quando a distribuição de dividendos for deliberada pela assembleia geral. (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 154-155)

é uma consequência direta do seu ato de autonomia privada de ingressar em uma sociedade¹¹⁰³.

O autor distingue essa proteção indireta em três categorias: (I) os interesses correspondentes aos princípios comuns a cada ordenamento coletivo e da sociedade anônima especificamente; (II) os interesses estritamente patrimoniais; (III) os interesses que derivam de normas que disciplinam aspectos concretos do exercício social, que são extraordinários na atividade da sociedade, distintos, portanto, das normas de organização que representam, como vimos, poderes dos acionistas¹¹⁰⁴.

São exemplos de direitos enquadrados na primeira categoria: (I) o direito à igualdade de tratamento¹¹⁰⁵; (II) o direito à responsabilidade limitada e o direito ao escopo de lucro¹¹⁰⁶ (típicos das sociedades anônimas). Na segunda categoria, o autor insere (I) o

¹¹⁰³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 159.

¹¹⁰⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 159/160.

¹¹⁰⁵ Para ALESSANDRO GRAZIANI: “Carattere solo naturale, e non requisito essenziale, delle azioni è che esse (art. 2348 c. I fine) ‘conferiscono ai loro possessori uguali diritti’: infatti, ex c. II art. cit. Ai possessori di determinati categorie di azioni possono conferirsi diritti diversi, in forza di apposite disposizioni dell’atto costitutivo, o di successivo modifiche allo stesso.” (Cf. GRAZIANI, Alessandro. *La società per azioni*. Morano: Napoli, 1948, p. 90). Entre nós o tema foi explorado, com fartas referências bibliográficas, por: ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: ____ (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185-215, p. 191; _____. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. 436 p. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 87 ss.; SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 202.

¹¹⁰⁶ Sobre a diferença entre direito ao lucro social e direito ao dividendo são insuperáveis as lições de FÁBIO K. COMPARATO: “Importa aqui, antes de tudo, fixar a distinção, nessa situação subjetiva do acionista, entre o direito aos lucros sociais e direito ao dividendo, pois é do desconhecimento prático dessa distinção que costumam decorrer vários contrassensos de interpretação dos textos legais. Deve-se partir da diferença fundamental entre lucros sociais e dividendos para se chegar à diferente caracterização do direito a uns e a outro. A diferença intercorrente não é tanto, na verdade, de gênero a espécie, quanto de origem a produto. O dividendo, como a própria forma gerundiva indica, é o lucro que deve ser dividido, isto é, repartido entre os acionistas. Mas, obviamente, se não pode haver dividendo sem lucro (por inexistência de algo a repartir), nem todo lucro pode ou deve ser distribuído aos acionistas sob a forma de dividendo. Justamente, a gestão do patrimônio, em função da disciplina legal de preservação dos direitos concorrentes acima mencionados, torna impossível a transformação de todo o lucro social, anualmente apurado, em dividendo. Há, em primeiro lugar, lucros distribuíveis e outros não distribuíveis. A parcela destinada à formação da reserva legal, por exemplo, constitui um lucro não distribuível, exatamente porque objetiva o reforço do capital social, como garantia básica dos terceiros credores. Na categoria dos lucros distribuíveis, há os não destinados aos acionistas (cf. art. 190 da Lei n.º 6.404/76) e os que lhe são destinados. O dividendo, obrigatório ou não, provém, exatamente, dessa última subespécie. Ora, o acionista não tem apenas um direito ao dividendo, mas também um direito aos lucros sociais, de modo geral. Quando a lei (art. 109, I) caracteriza o direito de ‘participar dos lucros sociais’ como essencial, do qual não pode ele ser privado nem pelo estatuto nem pela assembleia geral, está englobando, na mesma expressão, ambos os direitos cuja distinção se acaba de traçar. Vale dizer que o texto legal consagrou, elipticamente, um direito do acionista de participar dos lucros sociais, *segundo as diferentes formas que essa participação assume*, na lei. E, de fato, a participação do acionista no lucro da sociedade não se realiza, apenas, sob a forma de distribuição de dividendo, mas de outras maneiras, segundo a sistemática legal de destinação dos lucros. O direito genérico do acionista consiste em não ser privado do benefício econômico gerado pela apuração de lucros no patrimônio social. Tal benefício econômico, no patrimônio individual dos acionistas, traduz-se, também, pelo aumento do valor patrimonial das

ações de que são titulares, ainda que não aumentado o capital social com a consequente distribuição gratuita de ações, que a prática anglo-saxônica denomina, sugestivamente, *stock dividends*. Ocorre que entre ambos esses aspectos do benefício econômico que os lucros sociais representam, para o acionista – percepção de dividendos e aumento do valor patrimonial de suas ações – deve sempre haver um justo equilíbrio. Se todo o lucro fosse, sistematicamente, destinado à capitalização ou à formação de reservas, o incremento do valor patrimonial da ação, sobretudo nas companhias fechadas, acabaria não se traduzindo, proporcionalmente, em seu valor venal ou de mercado; e o acionista seria lesado em seu direito ao aproveitamento individual dos lucros sociais. Se, ao revés, todo o lucro do exercício fosse, sempre, distribuído sob a forma de dividendo, a saúde econômica e financeira da companhia ficaria irremediavelmente comprometida, o que acabaria se refletindo não só na diminuição relativa (i.e., não incremento) do valor patrimonial da ação (prejuízo grave em conjunturas inflacionárias), como também na baixa de sua lucratividade e na decorrente redução ou não distribuição ulterior de dividendos. O acionista tem, pois, genericamente, um direito aos lucros sociais, consistente em ver rigorosamente observadas as regras legais de apuração e destinação dos lucros. Além disso, tem ele, também, um direito ao dividendo; não só à distribuição de parte do lucro (dividendo obrigatório), como igualmente ao pagamento do dividendo declarado. Assim, pois, enquanto o direito genérico aos lucros sociais engendra a impugnação de contas e, eventualmente, a pretensão de ver decretada a nulidade de lançamentos aprovados pela assembleia geral, o direito específico ao dividendo redunda numa pretensão de cobrança, como autêntico crédito, que é. Ora, dividendo é conceito genérico que engloba espécies determinadas, como o dividendo prioritário e o dividendo obrigatório. A fixação do dividendo genérico deve ser feita pelo estatuto social, em função do lucro ou do capital social, ou ainda de qualquer outro critério, contanto que seja com precisão e minúcia, sem sujeitar o acionista minoritário ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria (art. 202, §1.º). (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A constituição de reserva a realizar e o dividendo obrigatório. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 146-164, p. 151/153). Para aprofundamento sobre o tema ver: GOMES, Fátima. *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011.

diritto à distribuição de lucros¹¹⁰⁷ e dividendos¹¹⁰⁸ e (II) o direito de participar do acervo da companhia em caso de liquidação¹¹⁰⁹. Na terceira categoria, estão (I) o direito de dissolver

¹¹⁰⁷ Na visão de BUONOCORE: “Ritenere che la natura di diritto soggettivo del diritto agli utili è confermata dal ‘fatto che l’azionista può ad esso rinunciare’ e contemporaneamente affermare che tale renuncia ‘non può estendersi tanto da trasformare la natura della società, cioè da far venire meno lo scopo di lucro, perpetua, in certo senso, la confusione tra norme societarie inderogabili e diritti soggettivi dei soci. (...) E l’inutilità del ricorso al concetto di diritto astratto o dell’aspettativa giuridica è confermata dall’impossibilità di qualsiasi concreto esercizio su di esso da parte del socio da parte della società; tale assenza di potere deriva dal fatto che il relativo precetto è contenuto in una norma inderogabile: la norma dell’art. 2247. Ancora una volta torna acconcio il richiamare la confusione che genera, in ordine ai diritti individuali, il subiettivizzare in testa al socio norme inderogabili relative ai principi che regolano la forma di ordinamento corporativo scelto. A meno che, cioè, l’assemblea non decida la soppressione del diritto agli utili in assoluto, il che val quanto dire la soppressione dello scopo di lucro, il socio, sulla base dell’art. 2350, non potrà mai far valere un’autonoma pretesa alla distribuzione dell’utile tutelabile come diritto soggettivo.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 265).

¹¹⁰⁸ Para BUONOCORE: “Sta per ora incontestabilmente, a prescindere dalla natura che si voglia attribuire alla delibera di distribuzione, che il socio non acquista diritto alcuno fino a quando la delibera non sia intervenuta, il che induce la stessa dottrina in esame a definire il diritto dell’azionista al dividendo come diritto potenziale o astratto. Di conseguenza, il problema si sposta sul terreno della potestà dell’ente sociale nella distribuzione degli utili, problema da tener nettamente distinto, dal diritto alla periodica distribuzione del netto lucrato; in altri termini il fatto che alla società possa essere interdetto di deliberare la devoluzione di utile a beneficenza non significa che il socio abbia diritto a quella parte di utili che non possono essere devoluti a tale scopo. Il problema della competenza dell’assemblea a deliberare sulla distribuzione è un problema ben diverso da quello del diritto alla percezione periodica del dividendo. Ed è perciò che mi pare vadano precisati alcuni punti. In linea generale non è illegittima a priori una destinazione di utili a fini diverse dalla distribuzione in beneficenza, non può dirsi vietato un accantonamento in riserve facoltative degli utili conseguiti nel corso dell’esercizio. (...) Se si volessero tirare brevi conclusioni, potrebbe dirsi che non esiste un diritto soggettivo del socio al dividendo non perchè manchi una norma gli dia forza di diritto soggettivo, nè perchè la legge non vieti, come ritiene una parte della dottrina, la costituzione di riserve occulte, mas perchè anche in questo caso, e forse mai come in questo caso, ci si trova in presenza di un semplice interesse occasionalmente protetto e tutelato indirettamente da quelle norme sulla chiarezza e sulla verità dei bilanci dianzi richiamate, da un lato, e dal limite generale costituito dal perseguimento dello scopo di lucro soggettivamente inteso, dall’altro. Non si nega quindi che la maggioranza assembleare abbia il potere di accantonare riserve palesi o di imputare riserve disponibili a capitale (art. 2442) quando ciò corrisponda all’interesse sociale – che, ben a ragione, si identifica con quello della maggioranza –, ma in questo caso sarà indirettamente e mediamente tutelato anche l’interesse patrimoniale del socio. (...) L’insussistenza come diritto soggettivo individuale del socio del diritto al dividendo potrebbe essere dimostrata anche con considerazioni di carattere economico e di carattere politico: potrebbe addursi la necessità dell’autofinanziamento, potrebbe dirsi che è interesse della società avere una buona scorta di riserve disponibili per far fronte ad ogni evenienza. Per non parlare poi delle considerazioni di tecnica aziendale, secondo cui occorre distinguere fra utili conseguiti e possibilità di distribuzione degli stessi.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 268-273).

¹¹⁰⁹ Segundo BUONOCORE: “È stato giustamente detto che l’interesse del socio al c.d. diritto alla quota di liquidazione si orienta in due direzioni, vale a dire sul *quantum*, avendo l’azionista interesse a ricavare il massimo possibile dal riparto finale, e sul *quando*, rappresentato dal termine finale della società che il socio può avere interesse ad aver fermo. Ma si è aggiunto che ‘in nessuna delle due direzioni l’interesse del socio riceve una tutela specifica nella vita attiva della società’ (...) ‘l’interesse del socio alla realizzazione della quota di riparto è completamente sottoposto all’illimitato potere della maggioranza, L’assemblea nell’esercizio del suo ampio potere di gestione dell’attività sociale, potrà illimitatamente influire sul *quantum* della quota di riparto, con le attività più improduttive, e le imprese economiche meno opportune, riducendo anche il patrimonio sociale a zero o a... sotto zero; e con la proroga del termine potrà procrastinare nel tempo la nascita del diritto alla quota di liquidazione e cioè fino all’eternità, come proterà anticiparlo senza alcun preavviso con una repentina deliberazione di scioglimento anticipato’. Anche in relazione a questo interesse del socio saranno le norme strumentali contenenti i poteri del socio e le norme relative al contenuto della delibera ad offrire quella tutela indiretta, di cui si è discusso in principio, con riguardo a tale specie di interessi dell’azionista.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 274-275).

(*scioglimento*) a sociedade¹¹¹⁰; (II) o direito de liquidar a sociedade¹¹¹¹; e (III) o direito de preferência do acionista¹¹¹²⁻¹¹¹³.

¹¹¹⁰ Secondo Buonocore: “(...) in quanto anche se è vero che nell’atto costitutivo è obbligatorio inserire un termine di durata, quest’ultima è sottoposta completamente alla valutazione della maggioranza della società.(...) Nè può configurarsi un diritto allo scioglimento come diritto all’osservanza dell’originario termine di durata inserito nell’atto costitutivo: la proroga espressa è nè più nè meno che una modificazione dell’atto costitutivo, come tale deliberabile a maggioranza sia pure qualificata.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 276).

¹¹¹¹ Para BUONOCORE: “Il problema dell’eventuale diritto alla liquidazione si ricollega da un lato al problema della revocabilità dello stato di liquidazione e dall’altro al problema del diritto del socio alla quota di liquidazione. *Nulla quaestio* in relazione a quest’ultimo problema: si è visto in precedenza come il diritto individuale ma appartenga al socio in quanto terzo; come esso nasca dopo il deposito del bilancio finale di liquidazione, per cui pare superfluo aggiungere altro. I due problemi, in altre termini, risolto in quel determinato modo il quesito relativo al diritto alla quota di liquidazione, non risultano interdependenti. Strettamente collegati appaiono invece il problema della esistenza di un diritto individuale a che la liquidazione venga effettuata con il problema della possibilità di revoca dello stato di liquidazione; è chiaro infatti che, una volta dimostrata la possibilità di revoca dello stato di liquidazione a maggioranza, non sarà di conseguenza possibile parlare di un diritto individuale soggettivo del socio azionista alla liquidazione. (...) Ne consegue, che una volta ammessa la revocabilità della liquidazione, non esistono ancora il diritto del socio alla quota di riparto finale, la valutazione non può prescindere dal termine interesse sociale; e giudice di ciò che convenga alla società sarà solo la maggioranza, così come avviene in delibere che incidono altrettanto fortemente sulla struttura della società stessa. In altre termini, la mancanza di divieti espressi e l’esistenza del divieto di nuove operazioni, fanno rilevare che esiste soltanto un interesse del socio all’ordinato svolgimento del procedimento di liquidazione: una volta intervenuta una delibera di revoca tale interesse alla stabilità e alla definizione dei rapporti sociali cessa.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 277-283).

¹¹¹² Na visão de BUONOCORE: “Dire che, dato il tenore imperativo dell’art. 2441, è ‘indubbio che l’assemblea non può escludere l’offerta in opzione prima di aver deliberato l’aumento, e, quindi, a fortiori, non può escluderla per tutti gli aumenti futuri ed eventuali’; affermare che l’esclusione del diritto astratto di opzione non può essere validamente decisa da tutti i soci e che essa non è consentita nemmeno all’atto della stipulazione dell’atto costitutivo; ritenere che una rinuncia in assoluto a tale diritto astratto da parte dei soci sia nulla’, rappresentano espressioni che perpetuano la confusione netta ed inequivocabile esistente tra norme inderogabili e disciplina della posizione di azionista all’interno della società. Non si può non essere d’accordo sul fatto che è inibito ai soci e alla società, sia nell’atto costitutivo che attraverso delibere successive, di disporre del c.d. diritto di opzione: ma ciò – è chiaro – equivale ad affermare la sottrazione alla disposizione della società e dei soci di tutte le norme inderogabili dettate in tema di società, e non significa dimostrare la subordinazione di una norma in testa al socio. Il problema della distinzione tra la disciplina della posizione di azionista e le norme all’uopo sottratte alla discrezionalità dell’assemblea è un problema che ‘a sua volta concerne la possibilità dell’assemblea di dettare una diversa disciplina e le necessità della deliberazione di osservarla nel caso concreto; il diritto dell’azionista sorto in seguito alla realizzazione della fattispecie prevista dalla norma’. E la mancanza della suddetta distinzione provoca la confusione tra ‘la posizione di azionista... con gli autonomi diritti che poi concorso di particolari fattispecie ne derivano’. Ciò che rileva in astratto non è il diritto, ma la fattispecie legalmente prevista. Orbene la disciplina del diritto di opzione è innegabilmente una disciplina che parte ispirata dalla prevalenza dell’interesse individuale dell’azionista, ma ciò non basta a dimostrare l’esistenza di un diritto individuale dello stesso. Esiste cioè una disciplina dell’opzione, ma tale disciplina non costituisce legalmente una pretesa autonomia dell’azionista all’opzione nei confronti della società, sussistendo la possibilità ex lege che il diritto di opzione resti escluso in determinate ipotesi, sia tassativamente determinate dalla stessa norma, sia per disposizione della stessa società, quando l’interesse sociale lo esiga. (...) Ergo si ricade nel principio generale secondo cui tutte le deliberazioni della società devono essere conformi all’interesse sociale: e se il legislatore ha sentito il bisogno di esprimere esplicitamente questo principio è stato solo in funzione dell’attribuzione all’assemblea di una legittimazione a disporre nell’ambito di una norma ispirata indubbiamente all’interesse dell’azionista. Ciò non vuol dire – lo si ripete – l’affermazione di un diritto individuale dell’azionista, in quanto fino a quando l’assemblea non abbia deliberato l’aumento di capitale con attribuzione del diritto di opzione, l’azionista medesimo non è titolare di alcuna pretesa autonoma nei confronti della società: egli potrà tutt’al più impugnare la delibera di aumento con esclusione non per violazione del suo diritto individuale, ma per insussistenza dell’interesse sociale nel caso concreto. Dal legislatore, in altri termini, si riconosce nella norma dell’art. 2441, che esiste un interesse del socio a conservare la stessa rappresentanza

Sem qualquer pretensão de esgotar a questão, examinaremos abaixo as principais razões expostas por BUONOCORE na tentativa de afastar da categoria dos direitos individuais (e subjetivos) dos acionistas os direitos à igualdade de tratamento, à responsabilidade limitada e ao escopo de lucro, inseridos na categoria dos princípios comuns a cada ordenamento coletivo, mais especificamente da sociedade anônima.

Em primeiro lugar, o autor sustenta que tais direitos representam princípios essenciais do ordenamento societário, motivo pelo qual é absolutamente supérfluo caracterizá-los como direitos individuais para fins de tutelar os acionistas; seu conteúdo representa um tipo de poder do titular de exigir que o ente social não viole regras que lhe garantem proteções especiais, o que, em outras palavras, significa adentrar na esfera da legitimidade da sociedade para a prática do ato. Mas não apenas isso: no caso de uma deliberação assemblear ditar regras contrárias a tais direitos, a pretensão de anulação da deliberação teria como regra de suporte a violação de normas do ordenamento societário e não o desrespeito a direitos subjetivos. Por último, o acionista titular de tais direitos não tem nível mínimo de liberdade para deles dispor, inclusive no que se refere à renúncia em abstrato ou em concreto.

Ao tratar especificamente de cada um desses direitos, BUONOCORE ressalta:

(I) A igualdade de tratamento, apesar de ser uma característica peculiar das estruturas associativas, inclusive das sociedades anônimas, não é um princípio absoluto, já que a própria lei relativiza sua aplicação ao permitir, por exemplo, que a sociedade crie categorias de ações com direitos diversos e limitados. Ademais, sua aplicação se relaciona sempre com a posição interna do sócio na sociedade e não com a posição do sócio como parte litigante em face da sociedade, como deveria ser caso fosse um direito subjetivo. Postular que existe um direito subjetivo do sócio à igualdade de tratamento significa sustentar que a sociedade deve tratar todos os sócios indistintamente, inclusive na distribuição das ações. Essa

e la stessa proporzione di partecipazione in assemblea in ipotesi di aumento di capitale, ma tale interesse in concreto prevalente – quello della società – non si sovrapponga al primo. Ma se la esclusione è legittima, l'interesse del socio diventa assolutamente irrilevante. E ciò non contrasta con quanto si è prima affermato circa la tutela accordata, attraverso l'opzione, al diritto alla qualità di socio: non si è infatti detto che il diritto di opzione tutela direttamente e immediatamente il diritto alla qualità di socio: ma si è semplicemente precisato che una prova ulteriore di come la posizione di socio all'interno della società sia tutelata può essere offerta dalla stessa norma sul diritto di opzione. La posizione del socio nella società, con o senza attribuzione del diritto di opzione, non è assolutamente lesa.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 285-290).

¹¹¹³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 159.

conclusão iria de encontro à letra e ao espírito da lei, ao passo que a sua violação ensejaria a anulação de deliberações que criassem classes distintas de ações ou limitasse o exercício de certos direitos¹¹¹⁴.

(II) *A responsabilidade limitada* é consagrada pela doutrina como cânone fundamental das sociedades anônimas, um direito intangível do acionista, incindível da sua qualidade de sócio. Contudo, se o princípio da responsabilidade limitada representa um elemento típico da sociedade anônima, não pode representar, ao mesmo tempo, um direito subjetivo do sócio¹¹¹⁵. E mais, o fato de a lei outorgar, como forma de temperar a perda do benefício da responsabilidade limitada – típico caso de transformação do tipo societário – ao sócio ausente ou dissidente da respectiva deliberação o direito de se retirar da sociedade, corrobora a tese de que inexistente um direito subjetivo do sócio à responsabilidade limitada. Em síntese, o sócio não tem direito à responsabilidade limitada, seja porque as normas imperativas (art. 2.498 e art. 2.437 do Código italiano) prevalecem sobre a norma de definição e não permitem individualização dessa posição em favor do sócio, seja porque o direito do acionista em si tem como fonte o ordenamento de determinado tipo de sociedade, que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente da sua vontade¹¹¹⁶.

(III) *O escopo de lucro*, como objetivo de uma sociedade anônima traz à tona a discussão em torno da diferença entre sociedade e associação. A caracterização do direito ao escopo lucrativo como direito subjetivo adquire relevância na possibilidade de transformação de uma sociedade em associação, que, por sua vez, ingressa na esfera de a deliberação de

¹¹¹⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 251/252.

¹¹¹⁵ Sobre a discussão do conteúdo e do efeito do contrato de sociedade, bem como se os direitos individuais decorrem ou não desse instrumento, BUONOCORE refere que: “Nel considerare il problema della fonte dei cc.dd. diritti individuali si è solo superficialmente considerato il ruolo che il contratto sociale svolge a questo riguardo: o affermando che tutti i diritti individuali derivano, in quanto connessi allo status di socio, dall’atto di autonomia privata; o sostenendo che tali situazioni di diritto soggettivo sono assolutamente indipendenti dal predetto contratto. Se a tale seconda posizione, pur riconoscendosene la sostanziale esattezza, può farsi carico di non aver sufficientemente approfondito il concetto di Mitgliedschaft, soprattutto dal punto di vista del contratto di società, la prima opinione non può assolutamente condividersi. (...) E concludi dicendo, “(...) che il effetto reale del contratto di società è l’acquisito di questa situazione giuridica di diritto soggettivo: situazione materiale e presupposto indispensabile per l’acquisito di ogni altra situazione giuridica nella e contro la società.” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 78/79 e 102).

¹¹¹⁶ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 78/79 e 258/259.

transformação ser passível de aprovação por unanimidade, por maioria ou sequer passível de votação pela assembleia de sócios. O argumento aqui, extensível aos demais direitos examinados, decorre dos princípios adotados por um determinado ordenamento. Ora, postular como reflexo de tais princípios outros tantos direitos individuais significa defender a ideia da imutabilidade do tipo societário, o que o legislador visivelmente afastou ao regular, por exemplo, a possibilidade de os sócios transformarem o tipo da sociedade. A existência dos direitos individuais depende da sua consagração pelo ordenamento do qual derivam, mas não é aceitável que possam por em risco à própria dignidade desse ordenamento. O interesse do sócio de perseguir um escopo lucrativo, isto é, de perceber o lucro gerado na atividade explorada pela sociedade existe até o momento que a sociedade se transforma em associação. Tanto é verdade que é garantido aos sócios o direito de se retirar da sociedade e receber sua parcela no patrimônio social. Se assim não fosse, o interesse individual do sócio prevaleceria sobre o interesse comum, expresso pela maioria¹¹¹⁷.

A título de conclusão, esclarecedoras são as lições de FÁBIO K. COMPARATO ao examinar a categoria dos direitos ocasionalmente protegidos e sua aplicação na esfera societária:

Em contraste com a força do direito individual, assinalam-se algumas situações subjetivas em que o interesse particular é protegido, mas por via reflexa, isto é, quando há violação de normas gerais pelo sujeito concorrente. É o caso mencionado da proteção do interesse do proprietário de prédio urbano, relativamente ao vizinho, no que tange às construções levantadas por este. Não é o direito individual de propriedade que está aí em jogo, mas o interesse do proprietário em gozar de certa vantagem econômica ou estética, que não constitui objeto do seu direito, e que só pode ser protegida indireta e eventualmente, por meio da estrita observância das posturas municipais relativas à construção. Daí ter sido analisado, em doutrina, como uma situação substancial de vantagem inativa.

A categoria do interesse ocasionalmente protegido – por alguns impropriamente denominado “interesse legítimo” – assim como a dos “direitos enfraquecidos” (*diritti affievoliti*), tais como os concessionários de serviços públicos, por exemplo, teve origem no direito administrativo, marcando a predominância do interesse público relativamente ao privado, toda vez em que não está em causa um direito individual. O seu aproveitamento no âmbito do direito privado, notadamente o direito societário, fez-se rapidamente, nas relações de

¹¹¹⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 259/261.

concorrência entre o interesse social e o particular (...) mas igualmente nas situações de inexistência de direitos individuais, ou mesmo, como sustentam alguns, de direito subjetivo *tout court*. Surgindo um direito individual, não há concorrência possível entre o interesse particular e o social, porque o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo é meio como realização do interesse social, salvo a hipótese de abuso¹¹¹⁸.

Em artigo que examina o direito ao lucro nos contratos sociais, FÁBIO K. COMPARATO volta a examinar o tema, mas agora de forma mais específica. Para o autor, a posição jurídica dos sócios no tocante aos lucros sociais é variável e depende do estágio em que se encontra a produção de lucros no patrimônio social:

Numa primeira fase, os lucros ainda não foram produzidos, mas podem sê-lo. Num segundo estágio, os lucros já surgiram no patrimônio social, como excedente positivo no balanço de ingressos e dispêndios, mas ainda não se deliberou a sua distribuição entre os sócios. Finalmente, numa última fase, já houve a deliberação social no sentido de se distribuírem entre os sócios os lucros apurados.

Continua:

O direito dos sócios aos lucros somente existe, propriamente, nas últimas duas fases: direito de participar dos lucros sociais já apurados e direito de crédito ao pagamento de sua quota-parte nos lucros cuja distribuição foi deliberada. Na primeira fase, ou seja, quando existe tão só a possibilidade ou expectativa de lucro, os sócios não têm direito subjetivo algum em relação a ele. Não podem exigir um resultado que é, pela própria natureza, aleatório. Aliás, de quem exigiriam esse resultado, senão uns dos outros? Ora, todos os sócios encontram-se na mesma posição de igualdade de direitos e deveres, nesse particular. Todos correm o risco da empresa. O que há, apenas, na pessoa de cada sócio, é o que se denominou de “interesse legítimo”, ou, em termos menos ambíguos, “interesse ocasionalmente protegido”.

E finaliza dizendo que:

O conceito de “interesse ocasionalmente protegido” foi, em seguida, ensaiado na teoria geral do direito privado e, especificamente, no direito societário. Reconheceu-se, assim, que os sócios têm esse tipo de interesse não só em matéria patrimonial, mas também no campo extrapatrimonial. Exemplo deste último tipo é o interesse do acionista em eleger administradores: se se trata de um acionista minoritário, a única proteção ao seu interesse é a concernente ao respeito devido às regras legais e estatutárias que disciplinam a manifestação do órgão deliberativo: assembleia geral ou conselho de administração.

O interesse dos sócios em que a sociedade tenha lucros é, também, incontestavelmente, desse gênero. A lei o protege assegurando a todo e qualquer sócio, independentemente do valor de sua quota de capital, o direito de exigir sejam exercidas regularmente as atividades da empresa no sentido da produção de lucros: que os sócios controladores não façam concorrência à sociedade; que

¹¹¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene: estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 64/65.

os administradores exerçam suas funções com a diligência com que cuidam, habitualmente, de seus negócios¹¹¹⁹⁻¹¹²⁰.

(III) *Direito à qualidade de sócio como autêntico direito subjetivo*

As discussões sobre o tema foram esparsas na doutrina comercialista italiana, especialmente porque o estudo da situação subjetiva do acionista na sociedade concentrou seus esforços nas consequências que derivam da referida posição, com o objetivo de garantir uma proteção individual eficiente do sócio em face da sociedade. A rigor, isso explica a crítica inicial de BUONOCORE no sentido de que a produção legislativa italiana caminhou mais no sentido de atribuir/elencar aos sócios garantias subjetivas do que de delimitar seus limites e precisar suas características¹¹²¹.

Ainda hoje a corrente doutrinária dominante qualifica a posição como um verdadeiro *status* ou posição jurídica de sócio em face da sociedade, sem, entretanto, esclarecer se configura ou não direito subjetivo¹¹²². Seguindo as lições de ASCARELLI,

¹¹¹⁹ COMPARATO. Fabio Konder. O direito ao lucro nos contratos sociais. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 150-158, p. 152/153.

¹¹²⁰ Nesse sentido também se manifesta LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES ao distinguir os direitos subjetivos dos chamados “direitos reflexos”: “O direito tem orientação finalista, e os fins que protege são os que o legislador considera dignos disso. Certamente, dessa forma, se protegem as próprias pretensões e necessidades dos indivíduos, mas essa proteção não obstante a vontade contrária dos titulares, ou direitos protegidos desconhecidos do seu titular. E isso explica, também, por que cabe distinguir os direitos reflexos dos verdadeiros direitos subjetivos: enquanto nestes a lei garante um fim por meios individuais, naqueles tem em vista finalidades coletivas, ou individuais globalmente consideradas, e as protege em conjunto por meios gerais” (Cf. LEAËS, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 299).

¹¹²¹ A doutrina tem qualificado o direito à qualidade de sócio de diversas maneiras, dentre as quais: (I) uma posição jurídica em uma coletividade; (II) um pressuposto para a aquisição de direitos individuais; (III) uma denominação que compreende direitos, poderes, obrigações e faculdades na sociedade. Os autores que a consideram como uma subespécie de uma posição jurídica de direito subjetivo, a qualificam como (I) um direito de permanecer sócio até a extinção da sociedade; (II) um direito à quota; (III) um direito a uma participação. Do ponto de vista dogmático, falou-se em (I) direito de crédito; (II) direito *sui generis*; ou (III) direito aparentemente *tertium genus*. (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 172-174).

¹¹²² ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE faz críticas à concepção da participação social como estado ou posição jurídica e sustenta a necessidade de realizar uma revolução doutrinária nos conceitos atualmente vigentes para caracterizá-la corretamente: “(...) definir a figura recorrendo a conceitos vagos e imprecisos (como estado ou posição jurídica complexa) é de comprovada inutilidade e em nada contribui para o estudo da mesma. Sem pretensões de solucionar, de forma definitiva, a questão, parece-nos que a complexidade e originalidade da mesma só se coaduna com uma revolução doutrinária dos conceitos vigentes para outros ramos do direito. Dessa forma, entendemos que o caminho certo passará pela construção de novos modelos e figuras, aplicáveis, em exclusivo, para o domínio societário. O desenvolvimento coerente e sustentado que se pretende para o direito das sociedades terá de partir da sua própria autonomia dogmática, por oposição aos restantes direitos privados. O mesmo se fez já em relação ao princípio majoritário, uma das poucas exceções no privado aos dogmas da autonomia privada e ao ‘pacta sunt servanda’. Tratou-se, como vimos, de uma exigência dos condicionalismos próprios deste ramo do direito.” A despeito disso, o autor entende que as dificuldades em classificar os direitos individuais como direitos subjetivos – devido à complexidade da tarefa de determinar, em concreto, quais os direitos dos sócios que podem ser considerados inderrogáveis e, nessa medida, devem ser enquadrados nessa categoria – faz com que seja mais conveniente e eficiente partir do estudo do regime legal das situações jurídicas ativas dos sócios, enquanto membros de uma sociedade, do que discutir o excesso ou não de certas

BUONOCORE entende que somente é possível falar em direitos individuais dos acionistas, no sentido de direitos subjetivos propriamente ditos, quando o interesse do sócio seja efetivamente concretizado em uma reivindicação autônoma do indivíduo em relação à sua qualidade de acionista, que para ser atingida depende do cumprimento de três etapas prévias: (I) a aquisição da qualidade de sócio, obtida quando do ingresso na sociedade; (II) a ocorrência de um fato legalmente previsto¹¹²³ ou a subjetivação da norma em favor do sócio em razão do exercício de um poder pela sociedade¹¹²⁴; (III) a aquisição de um direito por parte do acionista, na qual a sociedade ou um órgão social seja o sujeito passivo legitimado¹¹²⁵.

Essa concepção acerca dos direitos individuais dos acionistas é (I) compatível com a estrutura de uma sociedade; (II) capaz de superar a dicotomia maioria-unanimidade, a partir do conceito de legitimidade; e (III) eliminar alusão às categorias de direito abstrato e expectativa de direito, trazendo o debate para uma perspectiva concreta, na qual é possível (IV) conciliar o conceito de direito subjetivo com o de direito individual e permitir a efetiva renúncia, quando oportuno, por parte do sócio¹¹²⁶.

qualificações. De uma forma simplista, defende que os direitos individuais são os que pertencem a cada sócio, individualmente considerado, sem outras exigências para além dessa qualidade (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 49, 51-52).

¹¹²³ Nesse particular, esclarece BUONOCORE: “La differenza tra le due ipotesi non è sostanziale, ma è in qualche modo rilevante in relazione al socio: nel caso delineato sub 1) il diritto, cioè la pretesa verso la società, si acquisterà in testa al socio indipendentemente dalla volontà della società ed in conseguenza del verificarsi di un certo fatto costitutivo cui la legge collega determinante conseguenze: esempio rilevante può essere costituito dal diritto alla restituzione dall’eventuale residuo dei conferimenti già effettuati dal socio, nelle ipotesi di nullità dell’atto costitutivo, successiva all’acquisto della personalità giuridica, e sempre che siano stati soddisfatti i creditori sociale” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 164).

¹¹²⁴ E continua: “Nel caso delineato sub 2) invece l’acquisto del diritto dipende essenzialmente da un atto di esercizio della potestà sociale, val quanto dire nella maggior parte dei casi da una deliberazione della società, attraverso la quale nasce una certa pretesa del socio verso la società verso organi di essa. C’è solo da notare che la deliberazione può o non può essere qualificata dalla specifica intenzione di attribuire un vantaggio, sotto forma di diritto, all’azionista: questo elemento è assolutamente irrelevante sulla sorte dell’attribuzione, perché – come si è avuto modo di dire in precedenza – il socio può acquistare un diritto anche se la deliberazione della società è chiaramente ispirata dal perseguimento di un interesse della società. Val la pena di s’piegarsi con un esempio: l’assemblea che, giusta il disposto dell’art. 2433, deliberando sulla distribuzione degli utili ai soci, decida di attribuire agli stessi un certo dividendo, compie certamente un atto di esercizio della potestà sociale chiaramente ispirato all’interesse del socio: la ratio stessa della delibera è la volontà di attribuire al socio un certo diritto” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 164).

¹¹²⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 163.

¹¹²⁶ Sobre esse ponto o autor enfatiza: “Potrebbe sembrare che l’aver qualificato come poteri o come interesse legittimi quelli che sono, pressoché unanimemente considerati come diritti soggettivi, costituisca una questione puramente terminologica e che di conseguenza abbia unicamente carattere descrittivo, senza alcuna utilità o mutamento concreti. Non mi pare però che un’eventuale obiezione in tal senso sarebbe esatta. Ache una pura esigenza di ordine sistematico, sia pure soggettiva ed opinabile, sarebbe sufficiente a giustificare il lavoro. Ma le conseguenze sul piano pratico non mi sembrano trascurabili. È inutile ricordare in fine di questo capitolo i punti salienti dal ragionamento che ci ha portati ad escludere dall’ambito dei cc. dd. diritti individuali

Com relação à harmonia entre o conceito de direito subjetivo e a concepção de direito individual do acionista, o autor destaca que: (I) o sócio deve ter plena e absoluta disponibilidade sobre a titularidade e o exercício dos direitos; (II) deve haver plena autonomia na circulação do direito e na consequente oponibilidade perante terceiros; (III) a sanção para deliberação que dispuser de tais direitos é a ineficácia; (IV) deve existir obrigação precisa e determinada da sociedade para com o sócio¹¹²⁷.

Para dar fechamento à sua construção, o autor ressalta as diferenças substanciais acerca da violação das situações subjetivas anteriormente examinadas:

(I) os pactos que suprimirem situações subjetivas, como o poder e os interesses ocasionalmente protegidos constantes em normas societárias inderrogáveis são nulos: (a) com relação aos poderes, sua violação dará margem à possibilidade de invalidação do ato que violou sua prerrogativa, como é o caso do direito de voto¹¹²⁸; (b) com relação aos interesses materiais dos sócios na coletividade, como no caso do direito de preferência¹¹²⁹, o remédio legal é semelhante, qual seja, a anulação do ato;

quelli che tali sono consideratti dalla dottrina: l'esigenza di una soluzione coerente tra riaffermazione di diritto individuali come diritti soggettivi e forma di sanzione postulata per la loro violazione, il pericolo di creare inutile doppioni in ordine alla violazione dei diritto individuali e delle norme societarie, la natura stessa della comunione di interesse creata con il contrato di società, la necessità di far collimare la nozione di diritto soggettivo con quella di diritto individuale, al considerazione degli effetti giuridice conseguenti alle singole situazioni, la constatazione della inesistenza di un criterio sicuro epr qualificare come diritti soggettive gli interesse dell'azionista nella società sono alcune delle ragioni che hanno animato l'indagine" (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 167.) No mesmo sentido, PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, p. 128, NR 56.

¹¹²⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 166/167; ASCARELLI, Tullio. L'interesse sociale dell'art. 2.441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari. *Problemi giuridici*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 521-547, p. 540 e ss..

¹¹²⁸ O autor enfatiza: "Si faccia anzi l'ipotesi che il presidente dell'assemblea neghi ad uno dei soci l'esercizio del diritto in una determinata assemblea. Si potrà sostenere l'inefficacia della delibera cui non abbia partecipato il socio, perchè impeditone dal presidente? Al lume dei principi in tema di società non mi pare: l'azionista potrà impugnare la delibera relativa per far accertare se l'esclusione sia avvenuta legittimamente (presunto conflitto di interesse, mancanza delle condizioni di legittimazione, presunta morosità) o illegittimamente, mas non potrà certo chiedere al tribunale che la delibera sia dichiarata inefficace nei suoi confronti; mancherebbe al magistrato adito ogni e qualsiasi base normativa per sancire tale forma di sanzione" (BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 168).

¹¹²⁹ O autor ressalta: "Si è visto che la fattispecie costitutiva di tale diritto, della pretesa cioè ad avere in offerta le nuove azioni, ha come seconda fase la delibera di aumento di capitale senza esclusione o senza che ricorrano quei casi determinati in cui l'opzione è vietata. Si potrà parlare di violazione del diritto di opzione e consequentemente di inefficacia dell'atto per la delibera che aumentando il capitale decida contemporaneamente l'offerta delle azioni ai vecchi azionisti? Anche qui non mi pare che la tesi sia sostenibile. Il socio potrà eventualmente impugnare la delibera per far accertare se l'esclusione sia stata o meno legittima: e il problema 'investe la legittimità della deliberazione o, se così vuolsi, la sussistenza o meno della fattispecie impeditiva della costituzione del diritto; non investe affatto una pretesa disposizione del costituito diritto di opzione da parte della società'. Così come non potrà parlarsi di violazione del diritto al dividendo o del diritto alla liquidazione e consequentemente di inefficacia dei relativi atti c.d. di disposizione, in ordine a quelle delibere

(II) não se pode falar na ineficácia de deliberação que violar norma posta em defesa do interesse do acionista, mas apenas de ineficácia da deliberação que violar reivindicação concreta do acionista em face da sociedade¹¹³⁰.

Em síntese, o núcleo central da concepção de BUONOCORE sobre os direitos individuais dos acionistas como direitos subjetivos está na aquisição da qualidade de sócio por parte do indivíduo que ingressa em uma sociedade¹¹³¹, sujeitando-se às normas impostas pelo ordenamento jurídico e pelo contrato social¹¹³². A visão sustenta a ideia de que a ação,

che per un esercizio stabilissero la costituzione di riserve facoltative, previa accantonamento degli utili conseguiti, o la proroga della società dopo la verifica di una causa di scioglimento. Nessuno contesta (data da diversità di opinioni) che le delibera medesime possano essere impugnate, ma nessuno potrà sostenere in questi casi che vi sia stata disposizione di diritto altrui” (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 169).

¹¹³⁰ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 169.

¹¹³¹ Para uma visão crítica a essa concepção, especialmente diante da possibilidade de a sociedade despojar o sócio dessa posição subjetiva em determinadas situações, ver: TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 239-246. Entre nós, o tema foi objeto de profundo e qualificado estudo de LUIS FELIPE SPINELLI, no qual corretamente sustenta que a possibilidade de excluir o sócio da sociedade, em determinadas situações, legais ou contratuais, não enfraquece a qualidade de sócio como direito ou situação subjetiva, já que a possibilidade de afastamento do sócio decorre justamente dessa posição jurídica de membro de uma sociedade. Nas palavras do autor: “Quanto à exclusão (ou expulsão, para quem preferir) do sócio da sociedade limitada, que é a perda da qualidade de quotista (*status socii*) contrariamente à sua própria vontade (ou seja, é o afastamento imposto a um sócio), tem-se que ela sempre se opera em razão de uma causa, podendo se dar de pleno direito ou de modo facultativo (opcional). (...) tem-se que a relação sócio-sociedade (a situação jurídica que cada sócio ocupa na relação jurídica societária ou, para quem preferir, o *status socii*, a qualidade de membro ou a membridade – *Mitgliedschaft*) é uma relação normalmente duradoura (destinada a prolongar-se no tempo) e complexa pautada por um feixe de direitos e deveres (que decorrem de lei ou do contrato) ou, melhor dizendo, posições jurídicas ativas (direitos, poderes e faculdades) e passivas (deveres, sujeições e ônus). E os deveres para com a sociedade começam imediatamente com o contrato (se não for estabelecida outra data) e terminam somente quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais (como determina o art. 1.001 do Código Civil – e como determinava o art. 329 do Código Comercial de 1850 e o art. 1.375 do Código Civil de 1916). A questão é que: ‘Os direitos que os sócios gozam inserem-se e são valorados no âmbito da organização do grupo criado pelo contrato de sociedade. A inserção do indivíduo em um grupo organizado justifica, por isso, a subordinação dos interesses individuais ao interesse comum do grupo (e até o sacrifício dos primeiros para a realização do último).’ E, diante de todo o exposto, tem-se que o cumprimento dos deveres de sócio não extingue a relação social, pelo contrário: a relação resta reforçada com o decorrer da sua execução, gerando, talvez, novos deveres embasados na confiança. Por outro lado, quando o sócio (pouco importando se se trata de um sócio pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeiro, originário ou tendo ingressado na sociedade após a sua constituição) descumpra um de seus deveres sociais (legais ou contratuais) em detrimento do interesse social (ocorrendo, então, o conflito de interesses *lato sensu*), existe, entre outras medidas possíveis, a viabilidade da resolução do contrato em relação à sua pessoa (extinção do vínculo social): ao adquirir o *status socii* (pouco importando como: se fundador, sucessor, adquirente de quotas, etc.), a pessoa acaba por se sujeitar às normas impostas pelo ordenamento jurídico e pelo contrato social, entre as quais se encontra a regra da exclusão de sócio em caso de descumprimento de seus deveres. No direito romano isso acarretava a dissolução da sociedade (D, 17, 2, 14), mas hoje pode ocasionar a exclusão de sócio. Assim, a exclusão de sócio por falta grave ou ato de inegável gravidade é instrumento de caráter privado assentado no seio do direito das obrigações, permitindo que a sociedade responda ao descumprimento grave de deveres por parte de um dos sócios por meio da resolução do vínculo contratual mantido com o quotista inadimplente – e não com a sua dissolução total” (SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 20, 37-39).

¹¹³² Dentre elas se encontra a regra da exclusão de sócio em caso de descumprimento de seus deveres. Sobre o tema asseveram WALDEMAR FERREIRA e CELSO DE ALVES ARAÚJO: “Entrando para a sociedade, seja de que

como unidade de participação do sócio na sociedade, carrega consigo uma série de situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas em concreto (i.e., voto, dividendos, preferência, integralização do capital social, etc.) e a forma de participação do sócio na sociedade¹¹³³.

BUONOCORE entende que o direito à qualidade de sócio na sociedade constitui um direito subjetivo pleno, destacando o caráter patrimonial dessa posição no âmbito interno da sociedade. Conclui afirmando que tal direito, como ocorre com outras situações subjetivas, tem caráter misto, podendo ser enquadrado no âmbito do direito obrigacional, se considerado do ponto de vista da satisfação do interesse do seu titular; e no campo dos direitos reais, se examinado sob a perspectiva da aderência do poder à coisa, sua publicidade e oponibilidade com relação a terceiros¹¹³⁴.

Sua visão tem impacto direto nas relações societárias internas, na medida em que dá sustentação teórica (I) ao interesse do acionista de permanecer na sociedade, sem possibilidade de a ele serem impostas novas obrigações de ordem patrimonial; e (II) à existência de uma esfera subjetiva de interesse exclusivo do acionista, na qual nenhum outro sujeito, nem mesmo a sociedade, pode dispor¹¹³⁵.

Especialmente com relação ao último item, vale reprisar a diferença entre deliberação unânime da sociedade e consenso unânime de todos os sócios com relação à determinada deliberação. Explica-se: cada ato ou deliberação da sociedade que dispõe de direito dos sócios na sociedade será tida como ineficaz com relação ao sócio titular da posição confrontada, se a sociedade não tiver legitimidade para tanto. O ponto em destaque diz respeito ao conceito técnico de legitimidade, aplicável a uma situação em concreto que trata de direito subjetivo do acionista, cuja consequência é a impossibilidade de deliberação por maioria¹¹³⁶.

tipo for, a pessoa natural aliena parte de sua independência. Renuncia a alguns direitos em benefício da pessoa jurídica, para cuja formação contribui ou de que coparticipa” (Cf. FERREIRA, Waldemar; ARAUJO, Celso Alves de. *O direito insurrecional do acionista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939, p. 6).

¹¹³³ SPADA, Paolo. *Dalla nozione al tipo della società per azioni*. Rivista di Diritto Civile, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132, p. 112/113.

¹¹³⁴ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 186/221. O autor trabalha com precisão algumas possíveis objeções acerca da natureza de direito subjetivo atribuída à qualidade de sócio de uma sociedade. Dentre elas estão: (I) a possibilidade de limitação da livre alienação das ações, que poderia ser considerada como forma de limitação da disponibilidade do direito; (II) a deliberação majoritária de liquidação antecipada da sociedade, que poderia ser considerada como forma de disposição do direito por parte de sujeito diverso (que não o seu titular); (III) a transformação da sociedade. Nenhum, no entanto, o demove da sua conclusão. (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 202-211).

¹¹³⁵ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 291.

¹¹³⁶ O ponto é bem destacado por BUONOCORE, alinhado com as considerações de MIGNOLI: “Il problema può essere risolto sol che si faccia capo al concetto di legittimazione, nel suo significato strettamente tecnico. Niente

Em resumo, os direitos individuais serão caracterizados como direitos subjetivos¹¹³⁷ quando (I) o interesse do sócio esteja materializado em uma reivindicação autônoma da sua posição de acionista em relação à sociedade – “direito de litigar em face da sociedade”¹¹³⁸ – e haja uma obrigação da sociedade de se comportar de determinada maneira, como forma de satisfazer aquele interesse em particular; (II) a reivindicação de direito subjetivo decorrer de uma hipótese legalmente prevista ou da subjetivação concreta em favor do sócio de uma norma em razão do exercício de um poder pela sociedade, como no caso do direito a dividendos¹¹³⁹.

O interesse que subjaz ao direito subjetivo à qualidade de sócio reside, portanto, na inalterabilidade da sua posição jurídica, e se realiza por meio da imposição de limites à esfera de discricionariedade da pessoa jurídica, sendo o comportamento omissivo do sujeito

è vietato – salvo si intende il limite delle norme inderogabili e l’osservanza di certi presupposti per la deroga delle norme dispositive – alla società, *recte* all’assemblea in quanto organo sovrano: si tratta però di vedere se la società medesima sia legittimata a deliberare in una determinata materia: se è legittimata non potrà che deliberare a maggioranza. Nella specie, alla società non è vietato di ridurre a zero il capitale sociale e di reintegrarlo contemporaneamente: ma è chiaro che occorrerà il consenso del singolo azionista, come consenso ‘prestato all’altrui atto di disposizione di un proprio diritto da parte del titolare di questo’ e ciò appunto allo scopo di non confondere un requisito di efficacia con una condizione di validità della delibera (107); e ‘la deliberazione sociale presa secondo il principio maggioritario, sarà inefficace ove non intervenga il consenso del titolare del diritto di cui essa ha disposto. Se la deliberazione verrà presa all’unanimità questa sarà una circostanza di fatto: significherà che il titolare del diritto avrà prestato il suo consenso, invece che fuori, nell’assemblea’ (108) (Cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 212).

¹¹³⁷ Essa parece ser a opinião de KARL LARENZ. O civilista alemão inclui os direitos resultantes da qualidade de sócio dentro de uma categoria específica de direitos subjetivos chamada de “direitos de cooperação”. Sobre essa categoria tece os seguintes comentários: “Com respecto a ellos se trata de derechos a la cooperación en la formación de la voluntad, así como a la participación en la actividad de una sociedad, de una asociación o de una corporación, los cuales se derivan de la condición de socio o miembro y, por lo regular, no pueden ser separados desta (v. supra §10, III, a). Por su estructura no son derechos de dominio ni créditos; la cooperación en la gestión de negocios de una sociedad, no constituyen una prestación debida al que coopera por los socios restantes. Von Tuhr habla de ‘la facultad de una persona, análoga a los derechos potestativos, para producir efectos en la esfera de otro sujeto de derecho mediante su voluntad jurídica negocial o para participar en la producción de tales efectos’. En realidad, los derechos de cooperación se hallan muy próximos a los derechos potestativos. Se distinguen de éstos en que non son derechos sólo en interés propio, sino ‘derechos orgánicos’, y que posibilitan, no la formación exclusiva de una relación jurídica por el titular, sino solamente su cooperación en la formación de una voluntad colectiva. Están sujetos a limitaciones derivadas del deber de fidelidad del socio frente a los demás, frente a la asociación o la corporación. Cabe poner en duda si los derechos a la participación y a la cooperación se deben denominar en general derechos subjetivos e no, más bien, facultades dependientes que están unidas a la condición de socio de una sociedad o corporación. La Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas arts. 134 y ss.), por ejemplo, habla, no obstante, del ‘derecho a voto’ en la Junta General. El derecho del socio a participar en la gestión de negocios tiene tal trascendencia que difícilmente se le puede escatimar la denominación de ‘derecho subjetivo’. También los derechos potestativos están unidos las más veces a la posición jurídica en una relación obligacional, y a respecto son facultades dependientes; no obstante, se ha impuesto generalmente la denominación de ‘derechos’ dada aquéllos. Los derechos de participación y cooperación, no obstante, apenas son inferiores en importancia a los derechos potestativos.” (Cf. LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 281/282).

¹¹³⁸ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 252.

¹¹³⁹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell’azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 291.

passivo da relação jurídica – sociedade – suficiente para satisfazer tal interesse. É necessário, no entanto, que os pressupostos antes referidos estejam presentes para que seja possível individualizar com segurança a presença de um direito individual-subjetivo ou, melhor, situações subjetivas do acionista em relação à sociedade e, por conseguinte, retirar dela a legitimidade para dispor de tais situações subjetivas¹¹⁴⁰.

2.2.3. Ordenamento societário: a visão de CORAPI

DIEGO CORAPI, a partir das lições de SOPRANO, BERTINI, ASCARELLI e BUONOCORE, ressalta que o problema da situação jurídica do acionista esteve na pauta de preocupações da doutrina e do legislador durante o processo de evolução da sociedade anônima como tipo societário, mas perdeu relevância em razão da expansão do modelo para grandes empreendimentos¹¹⁴¹.

Entende que as respostas para os problemas daí decorrentes não passam pela simples atribuição de direitos subjetivos individuais, raramente úteis e eficazes para a defesa dos acionistas minoritários, sendo necessário estabelecer obrigações de transparência e deveres estruturais aos controladores no exercício do poder de controle. Para tanto, o tema deve ser examinado a partir do ponto de vista do ordenamento societário, partindo do pressuposto de que a posição do acionista é um estado dinâmico (e não estático) resultante da subjetivação de uma série de normas do estatuto social¹¹⁴². Assim, reconhece-se o direito

¹¹⁴⁰ Dentre os direitos subjetivos dos acionistas elencados por BUONOCORE estão: (I) o direito à restituição do conferimento realizado em favor da sociedade no caso de nulidade do ato constitutivo, desde que satisfeitos os credores sociais (art. 2.332); (II) o recebimento de dividendos declarados pela assembleia de sócios; (III) a preferência na subscrição de novas ações no caso de aumento de capital, condicionada à ausência das exceções legais ao exercício desse direito (art. 2.441).

¹¹⁴¹ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano, Giuffrè, 1971, p. 245.

¹¹⁴² CORAPI discorda da diferença defendida por BUONOCORE entre situação subjetiva abstrata e direito subjetivo concreto. Para o autor definir uma situação subjetiva como abstrata até a superveniência da circunstância fática que a torna concreta representa uma forma indireta de explicar o conteúdo de determinada normativa, abstrata e geral, e diretamente relacionada à disciplina da situação concreta que se verifica no tempo. Essa relação entre fato concreto e norma abstrata remete à própria natureza do estatuto social, normativo interno da companhia, de onde decorre a situação subjetiva do acionista. Não se trata, portanto, de atribuir ou restringir determinado direito subjetivamente ao sócio, mas de definir os limites do ordenamento do qual ele é parte. Nessa lógica, não se poderia falar em situações subjetivas dos sócios intangíveis por parte da sociedade, pois intangíveis são os elementos que caracterizam a comunhão de interesses. O ordenamento societário pode atribuir situações subjetivas aos sócios no desenvolvimento da atividade social, mas esse fato é mero reflexo do ordenamento. Assim, não interessa indagar a natureza ou o número de tais situações subjetivas nos diversos tipos de sociedade, em particular nas anônimas, nem seu caráter suprimível ou insuprimível, mas de examinar a maneira pela qual elas estão reguladas no ordenamento societário do tipo em questão, que, sendo uma sociedade anônima, possui no estatuto uma norma particular de organização. Nas palavras do autor: “Parlare in termini di diritti ‘astratti’ (agli utili, al voto, all’intervento in assemblea, di opzione, ecc), può talvolta condurre a perdere di vista i veri termini del problema, che sono quelli della determinazione delle strutture di una comunione di interesse per l’esercizio di una attività. Parlare in termini di diritti ‘astratti’ può comportare il ricorso al presupposto di una posizione soggettiva del socio come sua sfera personale di libertà e di potere,

à qualidade de acionista, enquanto que as demais situações subjetivas que flutuam ao seu redor são reflexos diretos de previsões do ordenamento societário¹¹⁴³.

Nas palavras de D. CORAPI:

Si è visto, infatti, in che senso la società per azioni sia una organizzazione di carattere contrattuale per lo svolgimento di una attività comune. Ora dall'esame dell'aspetto normativo di tale organizzazione, si può cogliere la corrispondenza tra l'ordinamento che ne è espressione e le posizioni soggettive e gli organi che esso disciplina e si può trarre la conseguenza che queste ultime sono il riflesso delle norme poste da quello. Non esistono dunque nella società per azioni situazioni soggettive sopprimibili e situazioni soggettive insopprimibili, ma piuttosto norme statutarie modificabili e norme statutarie immutabili¹¹⁴⁴.

CORAPI afirma que os direitos decorrentes da posição jurídica de sócio têm pelo menos cinco prerrogativas que merecem atenção: (I) transferência da posição jurídica de

originaria ed irriducibile al regolamento contrattuale, anziché a quello di una normativa dettata per lo svolgimento in comune di un determinato tipo di attività e quindi per la costituzione di un determinato tipo di organizzazione. Si può perdere di vista, insomma, che non si tratta tanto di togliere o di attribuire qualcosa al singolo socio, quanto di definire i limiti dell'ordinamento di cui egli è parte. In questo senso si può riaffermare, dunque, che non vi sono situazioni soggettive del socio intangibili da parte della società: intangibili sono bensì gli elementi caratterizzanti quella determinata comunione di interessi. Certo, le norme dell'ordinamento societario possono dare vita nello svolgimento dell'attività sociale ad altrettante situazioni soggettive del socio, ma queste sono soltanto il riflesso di tale ordinamento. Qui non interessa, comunque, indagare sulla natura o sul numero di tali situazioni nei diversi tipi di società e in particolari nella società per azioni, nè sul loro carattere sopprimibile o insopprimibile, quanto piuttosto di esaminare in qual modo esse vengano determinate nell'ordinamento di quei tipi di società, tra cui è la società per azioni, che presentano negli statuti una particolare normativa di organizzazione." Para ilustrar seu posicionamento o autor trata da possibilidade de o estatuto social suprimir o direito dos acionistas preferencialistas, sem direito a voto, de comparecer à assembleia geral. Para CORAPI, não se deve discutir a natureza individual ou não do acionista, mas sim se é uma norma estatutária derogável ou inderogável: "Un esempio della influenza che la diversa impostazione spiega nella soluzione di un problema concreto nella vita della società per azione può esser fornito dalla recente discussione insorta intorno all'aspettanza e all'insopprimibilità del diritto di intervento in assemblea per i possessori di azioni privilegiate prive del diritto di voto. In un primo tempo, infatti, la impostazione della questione in termini di 'diritto individuale' degli azionisti non portava a risultati diversi da quelli cui avrebbe potuto portare da diversa impostazione in termini di norme dell'ordinamento societario (...) Successivamente, tuttavia, si è rilevato che, anche ammessa la spettanza del diritto di intervento degli azionisti privilegiati, il problema non è ancora risolto perchè, per vedere se si tratti di un diritto insopprimibile, bisogna far capo alla sua natura: è esso attribuito per la tutela di un interesse particolare dell'azionista (ed allora rinunciabile) ovvero è esso attribuito per la tutela di un interesse sociale (ed allora irrinunciabile). L'App. Venezia, 2 agosto 1967, ci ha assunto proprio questa posizione concludendo per la prima soluzione. A questo punto, tuttavia, si manifesta l'influenza della particolare impostazione del problema in termini di diritto individuale dell'azionista. Poichè infatti si tratta di un diritto dell'azionista, in ogni caso la sua sopprimibilità va configurata come 'rinuncia', come atto di disposizione da parte dell'azionista. Pertanto il diritto di intervento è legittimamente soppresso, soltanto con una clausola dello statuto originario o comunque inserita nello statuto prima dell'emissione delle azioni cui si riferisce, perchè soltanto allora si può postulare dell'adesione del sottoscrittore o dell'acquirente delle azioni l'atto di volontà con cui si esprime la rinuncia ad esso. Ora, questa costruzione appare oltre che artificiosa anche inutile e la soluzione è diversa, ove si parta invece della diversa impostazione dell'intervento del socio non come 'diritto individuale astratto' ma come una norma della disciplina del rapporto societario. Da questo punto di vista, invero, si tratterà soltanto di accertare se si tratta di norma derogabile o inderogabile, cioè di norma che fissa un elemento caratterizzante la struttura organizzativa di quella comunione di interessi tra soci oppure no. (...) (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 171-172 e p. 249-252 (nota de rodapé 237).

¹¹⁴³ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 246-247.

¹¹⁴⁴ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 247-248.

sócio; (II) preferência na subscrição de novas ações; (III) dividendos; (IV) voto; (V) participação na assembleia¹¹⁴⁵.

A despeito da clareza do raciocínio e da coerência dos bons argumentos que o sustentam, parece-nos que a construção teórica proposta por BUONOCORE (em certa medida aceita pela doutrina societária moderna, como é o caso de LOBO XAVIER¹¹⁴⁶) é mais sólida e

¹¹⁴⁵ CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 158-171.

¹¹⁴⁶ A despeito das críticas, o autor ressalta a relevância dos direitos individuais dos como categoria jurídica: “A presença no ordenamento legal de normas cogentes (*hoc sensu*) de proteção dos associados e o facto de algumas dessas normas respeitarem ao conteúdo da participação social ou socialidade (Mitgliedschaft) importa a existência dos chamados direitos irrenunciáveis dos sócios – de direitos (ou daquilo que como tais comumente se concebe: cfr. *Infra*, nesta nota) que, sobre serem inderrogáveis por deliberação maioritária da assembleia, nem sequer podem ser suprimidos ou coarctados com o consentimento do seu titular. Mas convém frisar que o âmbito da imperatividade das normas de proteção dos associados não se cinge, como por vezes parece pensar-se (cfr., por ex., Ascarelli, *Appunti*, cit., II, p. 216, e Trimarchi, p. 73 e ss), à zona de tais direitos irrenunciáveis. São sem dúvida cogentes preceitos como o art. 172 do CCom., que proíbe que os diretores das sociedades anônimas sejam eleitos por prazo ‘excedente a três anos’ (cfr., *infra*, nota 61 deste capítulo), e o art. 181 do CCom., que prescreve que a assembleia geral da mesma sociedade será convocada ‘com quinze dias de antecipação pelo menos’ (cfr. *Infra* nº seguinte e ai notas 79 e 80) – e, nesta conformidade, devem julgar-se nulas as deliberações que estabeleçam uma disciplina deles divergente. Não se vê, porém, que esteja aqui em causa algum direito dos acionistas. A menos, é claro, que queira fazer-se corresponder a toda e qualquer limitação ao poder da assembleia geral um direito do associado – direito deste modo considerado inderrogável: teríamos, assim, um direito dos acionistas – inderrogável e irrenunciável – a que a duração do mandato da direção não excedesse três anos ou a que a assembleia geral fosse convocada com antecedência de, pelo menos, quinze dias. Todavia, não há qualquer justificação para conceber as coisas pela forma descrita por última, a qual só viria complicar inutilmente, se não obscurecer, os temas das deliberações da assembleia e da posição dos sócios dentro da corporação. Como se exerceria, na verdade, aquele pretenso direito? Qual o seu preciso conteúdo? Nos exemplos apontados, apenas poderíamos construir o referido direito como um poder de exigir do ente social que se abstinhasse de deliberar a eleição dos administradores por tempo excedente a três anos ou a introdução no pacto social de uma cláusula que previsse a convocação da assembleia com antecedência inferior a quinze dias. E de modo idêntico, *mutatis mutandis*, haveria que configurar outras hipóteses concebíveis. Mas semelhante obrigação de prestação de facto negativo, cujo inadimplemento por parte da sociedade não daria lugar a qualquer indemnização, mostra-se claramente uma artificiosa e inadmissível construção (cfr. Bertini, *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*, Milão, 1951, p. 71 e seg.). Do que se trata aqui é muito simplesmente de um limite imposto por determinadas normas ao poder deliberativo do órgão em questão, limite que importa a invalidade do acto que o pretenda transpor. Apesar disto, não deixa de ser frequente nos autores a tendência para utilizar a referida formulação subjectivamente a propósito das mais variadas restrições que a lei ou os estatutos impõe aos poderes da assembleia geral: é assim que se fala, por exemplo, do direito ao acionista à limitação da responsabilidade (...) ou a que não lhe sejam impostas novas obrigações a acrescer à da entrada (...) ou do direito ‘a irretroatividade’ dos efeitos das deliberações sociais (...) ou à imodificabilidade do pacto social sem a maioria estatutariamente prevista. É muito comum também construir-se (o que já Von Turh, I, p. 554 criticava) um direito – dito, por ex., direito à qualidade de sócio (Schlpep, p. 97) –, a propósito do princípio de que o associado não pode ser excluído da corporação por mera vontade da maioria (...) Mas, em todas estas hipóteses, a linguagem usada é, conforme vimos, indefensável – como indefensável se mostra a fórmula amplíssima daqueles (...) que reconhecem ao sócio um ‘direito à observância dos preceitos legais e estatutários’ por parte da assembleia ou da própria corporação. Contra esta última fórmula, cfr. Candin, p. 147 e, em data já recuada, Alexander, p. 33, e Bachmann, p. 128 – que observa acertadamente que não é de direitos subjectivos que aqui se trata, mas de meros reflexos de disposições legais que limitam o poder da assembleia geral. Já não concebem forçosamente a categoria dos direitos inderrogáveis – também chamados, sobretudo nos países latinos, direitos individuais – e, dentro destes, dos direitos irrenunciáveis, com a extensão inaceitável que criticámos, os números autores que afirmam, por exemplo, que a deliberação que introduz uma cláusula estatutária ofensiva ao direito dos acionistas a votarem – ou, entre nós, a agruparem-se para o efeito do voto (...) ou a impugnarem deliberações contrárias à lei ou ao pacto social (...) é nula, pelo facto de o respectivo conteúdo vulnerar direitos irrenunciáveis dos sócios. Estas hipóteses são claramente diversas daquelas outras acima mencionadas, em que nos recusamos configurar um direito inderrogável dos acionistas: agora é efectivamente com direitos, como quer o entendimento tradicional

ou comum, ou, pelo menos, com determinadas posições ativas da socialidade que a deliberação visa interferir. (Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Pompeia, 1960, p. 125, não vê esta diferença entre os dois tipos de casos, e sustenta que, e, ambos, os mesmos motivos levam a excluir a presença de um direito inderrogável – ou irrenunciável – do sócio, frente à deliberação de conteúdo ilegal. O facto porém, é que, mesmo, quando restrita ao âmbito considerado por último, a categoria dos direitos inderrogáveis, e especialmente, dos direitos irrenunciáveis, não deixa de merecer objecções, do ponto de vista dogmático e terminológico. E um importante sector da moderna literatura italiana tem realmente movido uma séria crítica ao tradicional recurso à figura dos direitos individuais ou inderrogáveis como explicação para a invalidade de determinadas hipóteses de deliberações sociais – particularmente no que respeita aos direitos irrenunciáveis e às deliberações nulas – negando-se a reconduzir à existência de especiais situações subjetivas encabeçadas nos acionistas os limites ao poder da assembleia explícita ou implicitamente traçados por certas normas (...) De toda a maneira, não pode negar-se nem a correcção da generalidade das soluções que pretendem exprimir, em matéria de validade e eficácia das deliberações sociais, através dos conceitos de direito inderrogável e de direito irrenunciável, nem ainda – sem prejuízo dos reparos que, mesmo nesse plano, adiante faremos – o valor expositivo e didáctico destas classificações. (...) Tem-se dito, antes de mais, que, nas hipóteses em que se procura explicar a invalidade das deliberações pela ofensa dos chamados direitos inderrogáveis, o limite ao poder do órgão deliberativo reside, ao cabo e ao resto, em determinado preceitos do ordenamento societário, aparecendo assim os aludidos direitos como um inútil expediente justificativo (Buonocore, *idid*, p. 29, 32, 56 e s., 61, e *passim*). Mas esta consideração não depõe contra a legitimidade da figura em análise. Apenas contraria a posição de quem, como ainda hoje Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit, p. 303, concebe os direitos individuais como ‘um limite aos poderes da maioria que é ulterior àquele que as normas da lei já constituem’. É evidente (cfr. Por ex. Ascarelli, *Studi*, cit., p. 135) que os direitos individuais podem perfeitamente admitir-se fora de tal concepção. Isto muito embora, historicamente, a categoria discutida tenha surgido na doutrina latina e germânica como desvinculada de qualquer fundamento legal, quer porque a inderrogabilidade de todos ou alguns dos direitos nela incluídos não se encontrava consagrada em preceitos expressos, quer porque se recorria na matéria a uma justificação de tipo jusnaturalista, paralela à que na publicística se aduziu para a existência de uma esfera de direitos do cidadão subtraída ao poder da comunidade política; matriz teórica esta que, aliás, continuou até aos nossos dias a influenciar a exposição do tema (...). Faz-se notar, por outro lado, que a doutrina dos direitos inderrogáveis ou individuais aparece normalmente ligada – como a própria terminologia logo sugere – à ideia de uma tutela do interesse individual do associado face à corporação, o que de nenhum modo se concilia com o regime de alguns dos direitos comumente incluídos na categoria em questão. É justamente o interesse da corporação – ou, se quisermos, o interesse comum de todos os sócios – para além do interesse do próprio titular, que explica certos traços desse regime. Veja-se, por exemplo, o direito de voto. Como Feine, p. 550, observa a este propósito, quando um associado é indevidamente impedido de exercer tal direito na assembleia geral, a deliberação aí tomada padece de um vício que qualquer dos consócios – e não apenas o excluído – pode, em princípio, fazer valer. É bom de ver, porém, que esta reflexão, decerto exacta (pois ninguém hoje levanta dúvidas à solução exposta, conquanto impugnada noutros tempos por certos autores, v.g. Soprano, *L'assemblea*, cit, n. 75), não põe em causa a legitimidade da categoria dogmática dos direitos individuais, mas apenas uma particular concepção sobre a sua natureza, do mesmo passo que infirma a justeza da respectiva designação. Importa, por último, dizer alguma coisa sobre a posição adoptada, dentro do presente tema, por Ascarelli (seguido substancialmente por Pavone La Rosa), à qual já atrás aludimos. De harmonia com essa posição, a deliberação que estabelece uma disciplina estatutária segundo a qual, por exemplo, aos acionistas ou alguns de entre eles não caberá o direito de se agruparem para o exercício do voto ou o direito de impugnarem deliberações contrárias à lei ou ao pacto social, não ofende, bem vistas as coisas, qualquer direito, contrariando somente os preceitos que põem limites infranqueáveis ao poder da assembleia de regular, quanto aos pontos considerados, a posição dos acionistas. Para este entendimento, não deverá falar-se de direitos dos sócios senão a propósito de concretas pretensões ou poderes daqueles frente à sociedade, as quais têm por pressuposto a própria qualidade de sócio – a socialidade (*Mitgliedschaft*) – e surgem apenas por virtude da ocorrência de determinada *facti species*. Deste modo, por exemplo, a aludida alteração estatutária relativa à impugnação das deliberações irregulares não viola um direito do sócio, visto que na matéria em questão só se está em face de um verdadeiro direito quando ocorra uma concreta deliberação impugnável. Esta maneira de ver liga-se à particular concepção de socialidade (*Mitgliedschaft*) que Ascarelli defende, socialidade que não se traduziria num ‘feixe de direitos’ (Ferrer Correia, *ibid*, p. 70), num complexo de direitos (e eventualmente obrigações), como correntemente se pretende (...), mas antes num status, numa posição jurídica que é pressuposto do surgimento de direitos que dela se vão autonomizando. (...) Mas sempre diremos que, pelo menos, a tese de Ascarelli tem na sua base uma verificação exacta: ainda quem conceba à maneira tradicional a socialidade, isto é, como decomponível em verdadeiros direitos e não como fonte dos mesmos, não pode recusar-se a reconhecer a diferença entre os ‘direitos’ que se afirma integrarem a *Mitgliedschaft* e as pretensões e poderes concretos que nesta se filiam e que só vão surgindo no desenrolar da vida da sociedade.

adequada à categoria jurídica dos direitos subjetivos, permitindo a extensão plena de seus efeitos e consequências na esfera societária.

2.3. Nota sobre o abuso do direito individual de acionista

Uma vez examinados os requisitos que permitem o enquadramento de alguns direitos individuais concretos na categoria de direitos subjetivos, é necessário lembrar que tais prerrogativas, se exercidas além dos seus limites, podem vir a configurar um abuso, razão pela qual é importante traçar alguns contornos legais e doutrinários desse instituto jurídico. A figura do abuso de direito ganhou consistência no direito europeu no final do

Para exprimir a diversidade destes dois tipos de situações, fala-se, por vezes, em matéria de lucros, no direito abstracto ou potencial aos dividendos (...) em contraposição ao direito concreto ou actual aos dividendos relativos a cada exercício. (...) Seja como for, mesmo pondo de lado a crítica que referimos por último à figura dos direitos irrenunciáveis e aceitando, assim, que a posição do acionista dentro da sociedade se resolve em verdadeiros direitos, posto que ainda não concretizados ou actualizados, a designação correspondente não deixa de suscitar graves objecções. Desde logo, uma tal terminologia não se adequa a todas as soluções que os autores com ela visam exprimir. Quando se diz, por exemplo, que são irrenunciáveis o direito de impugnar deliberações contrárias à lei ou ao pacto social e o direito de voto (rectius, nosso sistema, o direito de agrupamento), pretende significar-se que estarão feridas de nulidade das deliberações mesmo aprovadas pela unanimidade dos acionistas, que privem de tais direitos não só as existentes, mas também aquelas que vierem a ser emitidas em execução de um aumento de capital; e ainda que são nulas as cláusulas dos primitivos estatutos que excluam os mencionados direitos. Simplesmente, nestes dois últimos casos não pode falar-se de renúncia a um direito, pois no momento do acto considerado, ainda não existem as acções – e portanto os direitos a que aquele se reporta. E, na hipótese do aludido aumento do capital, se as novas acções se destinarem a ser subscritas por terceiros, muito menos se pode dizer que os deliberantes renunciam a um direito – ou mesmo que renunciam a alguma outra coisa. Observemos ainda que a designação em causa tem o perigo de sugerir soluções errôneas e não deve, portanto, adoptar-se sem um cuidadoso esclarecimento acerca do seu alcance. Afirma-se, por exemplo, que é irrenunciável o direito de requer a anulação de deliberações ilegais ou anti-estatutárias. Ora, importa frisar que a afirmação só é exacta quando referida ao que podemos chamar ‘direito abstracto’, ou melhor, quando com ela se quer significar que é nula a cláusula estatutária ou a deliberação, mesmo unânime, que restrinja o âmbito do status socii em relação ao aspecto mencionado. Mas já o direito de impugnar uma determinada deliberação em concreto pode ser seguramente objeto de renúncia, ao menos quando esta tenha lugar depois de ocorrido o vício. (...) Por outro lado, como Feine, p. 547, justamente observa, nem toda a deliberação que ofende os chamados direitos irrenunciáveis é por esse facto nula, conforme por vezes se diz. (...) Assim, por exemplo, no âmbito destes direitos compreende-se comumente o direito de voto (ou mais exactamente, na nossa lei, o direito ao agrupamento). Ora só deve considerar-se nula a deliberação cujo conteúdo ofenda este último direito, não aquele que o viole através do respectivo procedimento: o vício traduzido, v.g. em não serem admitidos a votar os acionistas devidamente agrupados para o efeito conduz apenas à anulabilidade do acto. (...) Numa orientação idêntica à exposta aqui, embora sem justificação satisfatória, cfr. Ascarelli, *Problemas das sociedades* cit, p. 404 e s. Studi, p. 106, nota 8 e Problemi, cit. II, p. 536, nota 6, que considera nula a deliberação de alteração estatutária que exclua o direito legal de opção (para além da medida em que o art. 2441, als. 3º e 4 do Codice Civile consente esta exclusão) relativamente a aumentos de capital futuros; e apenas anulável a deliberação que, também em oposição ao citado preceito, ponha de lado o mesmo direito num caso concreto, ou seja, a propósito de um determinado reforço de capital (...) A este respeito, convém lembrar a distinção que alguns estabelecem entre o direito de opção abstracto, virtual ou potencial e o direito de opção concreto, actual; como já tem sido observado, a irrenunciabilidade de um direito abstracto não tolhe que lhe seja renunciável o correspondente direito concreto (para nos servirmos de uma linguagem frequentemente utilizada, a fim precisamente de raduzir soluções como as defendidas agora, em matéria de nulidade e anulabilidade das deliberações sociais. (Cf. LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 171-180, NR. 76-a, p. 227, NR 99-a).

século XIX e início do século XX, resultando de uma reação da doutrina e da jurisprudência contra o caráter absoluto e individual dos direitos subjetivos e a necessidade de valorizar sua função social ou coletiva¹¹⁴⁷.

Se é verdade que o direito subjetivo é uma categoria jurídica por meio da qual os indivíduos buscam a satisfação de interesses e necessidades particulares juridicamente tuteladas; também o é que não se pode invocar o exercício de tal direito para legitimar um comportamento inadequado capaz de violar a funcionalidade da regra e causar prejuízo a outrem¹¹⁴⁸.

Ao tratar do tema no direito português, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, embasado no magistério de JOSSERAND, refere que o “(...) o acto abusivo é o acto contrário ao fim da instituição, ao seu espírito e finalidade”¹¹⁴⁹. Mais além, destaca que: “Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem”¹¹⁵⁰.

A doutrina refere que há três critérios para sua caracterização: (I) o psicológico ou subjetivo – relacionado ao intuito prejudicial do agente que pratica o ato; (II) o critério moral ou objetivo – que diz respeito à relação entre o ato/conduta praticado pelo agente e as regras

¹¹⁴⁷ DUARTE, Teófilo de Castro. *O abuso do direito e as deliberações sociais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955, p. 3-5.

¹¹⁴⁸ Sobre o tema, lúcidos são os comentários do italiano PIETRO PERLINGIERI: “No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos de um ponto de vista lógico não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem para a identificação da sua essência, da sua função. As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência, de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito, somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido nem tutelado. Apresentam-se, assim, duas importantes figuras: o abuso da situação subjetiva e o excesso de poder” (Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121/122).

¹¹⁴⁹ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 17.

¹¹⁵⁰ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 43.

de boa-fé; (III) o funcional – que busca uma adequação entre o interesse individual e o da coletividade¹¹⁵¹.

O Direito brasileiro não se filiou a nenhum critério específico, adotando ora o critério subjetivo – fins ou propósitos dos agentes –, ora o objetivo – dos meios empregados e sua relação com a boa-fé. Nesse sentido, o art. 187 do Código Civil, inserido no Título que trata dos atos ilícitos, assim 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.”

Como leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, há um forte contorno ético por trás da figura do abuso de direito:

Expurgada a teoria de todas as suas nuances e sutilezas, resta o princípio, em virtude do qual o sujeito, que tem poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em cobrir todo exercício que tenha como finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede dessa maneira¹¹⁵².

O tratamento da matéria segue a mesma diretriz na seara societária, como se observa das ponderações de FÁBIO K. COMPARATO:

(...) a Lei 6.404/76 estabeleceu um critério finalístico (...) na definição do abuso do direito de voto, do abuso do poder de controle e do desvio do poder administrativo. Essa finalidade imposta pela lei é o interesse social *stricto sensu*, o interesse da empresa como um todo (incluindo os empregados), ou o da comunidade regional ou nacional (Lei 6.404/76, arts. 115, 116 – parágrafo único, 117 § 1.º, 154 e 238). Surge, assim, para o que invoca esse abuso, o ônus de provar o dolo específico do agente, como particular motivo de conduta, para nos servirmos de uma conhecida conduta do direito penal¹¹⁵³.

O tema não passou despercebido por ASCARELLI em estudo sobre os usos e abusos nas sociedades anônimas e o constante desafio do legislador em regulá-los de forma eficiente:

Usos e abusos das sociedades anônimas nascem assim de um mesmo parto: ambos, por assim dizer, constituem as duas faces da mesma moeda. A dificuldade

¹¹⁵¹ COMPARATO, Fabio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene: estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 63.

¹¹⁵² Ao tratar especificamente do art. 187 do Código Civil, o autor destaca que: “Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito à deliberação de malfazer – *animus nocendi*. É suficiente determinar que, sem essa indagação extremamente subjetiva, abuse de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de servir dele o titular, excendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes.” (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 577/578).

¹¹⁵³ COMPARATO, Fabio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene: estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 63/64.

para o legislador reside, pois, em reprimir os abusos sem comprometer os usos, em impedir os inconvenientes sem embaraçar as úteis funções da instituição, ou pelo menos em limitar estas últimas com cautela, de modo a obter o máximo resultado com o mínimo prejuízo. Pode-se dizer que toda história das sociedades anônimas, quer quanto à sua disciplina legislativa, quer quanto à evolução das praxes dos estatutos, é uma constante procura de soluções para esta antinomia, soluções que, como todas as coisas humanas, nunca podem ser senão provisórias e em função das diversas condições e das várias economias dos vários países¹¹⁵⁴.

Os direitos e garantias individuais dos acionistas formam um todo legislativo indissociável – e não programático. A proibição do seu exercício depende da ocorrência de um abuso, representado pela ausência de boa-fé, pela intenção não de satisfazer um interesse legítimo do titular, mas de prejudicar a sociedade ou os demais acionistas, como destaca FÁBIO K. COMPARATO:

Na configuração desse abuso, não basta arguir que o exercício do direito individual não representa a melhor solução para os interesses sociais, nas circunstâncias. (...) Exatamente porque se está diante de um direito individual, esse sacrifício da conveniência social corresponde à normalidade, desde que o titular do direito o exerça dentro dos limites inerentes à sua própria natureza. (...) O direito individual é mais forte que as conveniências sociais ou o interesse ocasionalmente protegido dos sócios¹¹⁵⁵.

Não obstante, em outro estudo sobre a matéria, o autor alerta para o risco do abuso no exercício de direitos individuais dos acionistas, especialmente do direito de recesso e da possibilidade de o acionista obter ganhos financeiros às custas da companhia:

Não é pelo fato de os direitos essenciais serem atribuídos pela lei em defesa de interesses próprios de seu titular que deixará de existir a possibilidade jurídica de abuso. Ele ocorre, justamente, quando o interesse visado pelo agente não coincide com o que a norma estabeleceu como razão de ser da prerrogativa. No caso do direito de recesso, importa assinalar, como já foi visto mais acima, que ele somente existe como remédio jurídico contra o prevalecimento do princípio majoritário, no rompimento das “bases essenciais” da relação societária. Tratando-se, portanto, de meio de defesa do acionista, não pode ser utilizado como fator de enriquecimento¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 12.

¹¹⁵⁵ E continua: “O proprietário de prédio urbano não pode impedir que o seu vizinho levante construção que lhe tolha a vista panorâmica, se essa construção obedece, rigorosamente, às normas legais e às posturas municipais. Da mesma forma, não pode a sociedade pretender, nem os sócios o podem, individualmente, que uma utilização de incentivos fiscais para integralização é abusiva, se ela se conforma, estritamente, às regras de proporcionalidade estabelecidas pela autoridade administrativa, e se foram obedecidos os trâmites internos que regulamentam o procedimento de aumento de capital social, como a prévia aprovação do orçamento-programa.” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela Sudene: estatutos sociais e acordo de acionistas. In: *Estudos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67, p. 62). Em sentido semelhante: DUARTE, Teófilo de Castro. *O abuso do direito e as deliberações sociais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1955, p. 94-99.

¹¹⁵⁶ COMPARATO, Fábio K. O direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*. Ano 71, vol. 558. São Paulo, abr. 1982, p. 33-40, p. 39. No mesmo sentido, CARVALHO DE MENDONÇA: “Se os direitos de sócio são respeitáveis, não menos importa conservar a sociedade e preservá-la dos ataques de uma

2.4. Regime jurídico da Lei n. 6.404/76

O tema dos direitos individuais dos acionistas não gerou entre nós o mesmo debate que se observou no direito europeu. Em grande medida, tanto a legislação quanto a doutrina nacionais¹¹⁵⁷, apesar de intimamente influenciados pela experiência europeia – e, portanto,

minoría turbulenta ou facciosa. Seria estabelecer a ruína da sociedade se se não garantisse à administração a tranquilidade tão necessária no exercício de suas funções. É mister muita cautela na conciliação dos interesses da sociedade com os dos acionistas individualmente considerados, e tem sido tema difícil definir o papel dos acionistas, em face dos órgãos da administração.” (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vols. III, livro II, parte III, 6. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 460).

¹¹⁵⁷ Por exemplo, ao comentar o art. 18 do Decreto 431, de 1891, SPENCER VAMPRÉ, com base na doutrina francesa de LYON CAEN et RENAULD, assevera: “Os direitos que tem por base a acção como unidade são: a) o direito do haver, nos lucros líquidos da sociedade, uma parte proporcional ao número das acções. Essa parte tem o nome de dividendo, palavra que significa – o que deve ser dividido; b) O direito a uma parte do activo social. Dissolvida o (sic) sociedade e pagas todas as dívidas sociaes, reembolsam-se, quando possível, os acionistas do capital de suas acções. Em seguida, o excedente, si houver, é repartido entre eles pro rata numero de acções de cada um. O reembolso das acções começa muitas vezes mesmo na duração da sociedade. Os estatutos estipulam então que uma parte dos lucros será anualmente aplicada ao reembolso de um certo numero de acções. Esse reembolso tem o nome de amortização; c) O direito de tomar parte nas assembleias geraes de acionistas, convocados para preencher certas formalidades anteriores á constituição da sociedade (sociedades constituídas) ou para examinar periodicamente as contas da administração e fixar o dividendo (assembleias ordinarias) ou para resolver sobre modificações propostas aos estatutos (assembléas extraordinarias); d) o direito de cada accionista de ceder a sua parte a terceiros e de substituir-se assim na sociedade sem consentimento dos outros accionistas; e) O direito de votar e ser votado para cargos em que a lei exige a qualidade de accionista; f) o de convocar a reunião dos accionistas, ou requerer a sua convocação, segundo as disposições dos estatutos; g) o de propor a liquidação da sociedade, ou require-la á assembléa geral, ou á autoridade judiciária. Os direitos enumerados sob as letras a) e d) são essenciaes; os outros podem ser derogados pelos estatutos, mas entendem-se existir no silencio destes. Aquelles direitos são essenciaes, por isso que, sem participação nos lucros, o accionista deixaria de ser associado, e desde que fosse incessível uma parte social esta não se poderia considerar uma acção.” Ao tratar da assembleia geral dos acionistas, o autor destaca que: “O direito da assembléa de modificar ou alterar os estatutos tem limites necessários, derivados da natureza mesma das cousas, da essencia da personalidade jurídica das sociedades anonymas (*Sonderrechte*). A essencia das sociedades anonymas consiste em que: “(1) O fim social é produzir fructos que devem ser partilhados. (2) A responsabilidade dos accionistas é limitada, e não se podem alterar as suas entradas tornando-as mais onerosas. (3º) Não se pode modificar o objeto essencial da sociedade.” (Cf. VAMPRÉ, Spencer. *Das sociedades anonymas*. São Paulo: Pocai-Weiss, 1914, pp. 52-53, 359). J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, também influenciado pelos ensinamentos da doutrina alemã, enfatizou que a opção do legislador brasileiro foi dotar os direitos individuais dos acionistas de uma característica essencial: sua insubordinação, seja quanto à existência ou seja quanto à função, à vontade expressa pela maioria. Para o comercialista, tais direitos estavam enumerados de forma taxativa na lei, como forma de não perturbar demasiadamente a efetivação dos negócios sociais, a saber: (a) o direito de conhecer o estado da sociedade, tomando conhecimento, antes da assembleia ordinária, do balanço, da lista de acionistas, do relatório da sociedade e do parecer da comissão fiscal. A partir deste direito básico, o comercialista extrai os seguintes especiais: (i) exigir dos administradores a reunião da assembleia-geral ordinária, se não retardam a convocação por mais de três meses além da época designada nos estatutos; (ii) convocar ele próprio a assembleia, se não for atendida pela administração, declarando esta circunstância no anúncio; (c) ser tratado no mesmo pé de igualdade de todos os outros acionistas, podendo opor-se a todos os atos e deliberações que ofendem esse princípio; (d) promover a anulação da sociedade constituída sem as condições e formalidades que a lei considera essenciais e buscar a responsabilização dos fundadores pelos danos resultantes dessa prática; (e) promover a anulação das deliberações das assembleias-gerais ordinária e extraordinária que infringirem a lei ou o estatuto, inclusive a que aprovar o balanço e as contas dos administradores se tal deliberação resultar de erro, fraude ou simulação; (f) haver dos administradores indenização por perdas e danos da violação da lei ou do estatuto, com exceção dos atos diretamente relacionados à gestão da sociedade; (g) requerer, por meio de ação ordinária, a dissolução da sociedade quando não preencher o seu fim, por insuficiência do capital ou por qualquer outro motivo; (h) pedir

cientes das discussões existentes – optaram por simplesmente importar as principais conclusões alcançadas pelo direito continental, cuja premissa teórica se materializou na necessidade de impor limites ao poder da maioria¹¹⁵⁸.

Lembra LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, um dos poucos autores nacionais que se dedicou com afinco ao estudo da matéria, que à semelhança dos direitos individuais dos cidadãos, cuja inviolabilidade é assegurada pela Constituição Federal (arts. 5.º e 60, § 4.º, inc. IV), a Lei n. 6.404/76, reproduzindo dispositivo da Lei anterior (art. 78 do Decreto-Lei n. 2.627/40¹¹⁵⁹), enumerou, em um único artigo (art. 109), o que se convencionou chamar de “direitos essenciais dos acionistas”¹¹⁶⁰.

Não é novidade que a lei societária brasileira criou algumas barreiras para proteger os acionistas que não exercem o poder de controle daqueles que o exercem. Uma delas é justamente o elenco dos direitos individuais dos acionistas, cujo fundamento teórico é a proteção de seus interesses particulares, invioláveis por qualquer terceiro, inclusive pela sociedade¹¹⁶¹, conforme aponta FÁBIO K. COMPARATO:

As legislações ocidentais, consagradoras das técnicas dos direitos individuais dos acionistas, incluem, nessa categoria, prerrogativas heterogêneas quanto ao seu conteúdo. Há, com efeito, direitos materiais, tendentes à obtenção de bens econômicos (direito aos lucros ou ao acervo líquido da companhia em caso de liquidação, p. ex.) e remédios jurídicos, isto é, meios ou recursos de realização

a exibição integral dos livros da sociedade nos casos previstos na lei; (i) apresentar queixa contra fundadores, administradores e membros do conselho fiscal pelos crimes definidos nos arts. 200 a 203 do Decreto 434/1891; (j) requerer a falência da sociedade no caso de perda de três quartos ou mais do capital social; (k) convocar assembleia-geral extraordinária se os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a requerimento motivado de acionistas em número não inferior a sete e representativos de um quinto do capital social. Em resumo, o autor destaca a necessidade de preservar os direitos individuais dos sócios, sem, no entanto, descuidar da preservação da sociedade. (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vols. III, livro II, parte III, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. pp. 457-460). WALDEMAR FERREIRA, também influenciado pela teoria alemã dos direitos próprios, destaca que: “Os direitos próprios dos acionistas são direitos individuais decorrentes da sua qualidade social. São intangíveis. Exercem-se nos êles por manifestação unilateral de sua vontade, sem que lhes possa opor embaraços de qualquer natureza.” (Cf. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 334). No mesmo sentido: VALVERDE, Miranda. *Sociedade por ações*, vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 30-37; MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29-38.

¹¹⁵⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vols. III, livro II, parte III, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. pp. 457-460; DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 120-121.

¹¹⁵⁹ MIRANDA VALVERDE, comentando o art. 78 do Decreto-Lei n.º 2.627/40, sustentou que há direitos sobre os quais: “(...) o acionista não pode abrir mão, porque inerentes à qualidade de sócio ou membro da sociedade e dela inseparáveis. (Cf. VALVERDE, Miranda. *Sociedade por ações*, vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 31).

¹¹⁶⁰ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 216; LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 302.

¹¹⁶¹ ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 20-21.

ou proteção de direitos materiais (p.ex., o poder de fiscalizar, na forma prevista em lei, a gestão dos negócios sociais). Por outro lado, certos direitos individuais correspondem a prerrogativas essenciais do sócio, em qualquer tipo de sociedade mercantil, de tal arte que, sem elas, pode-se dizer que não há sociedade. É o caso paradigmático do direito de participar dos lucros sociais, com a correlata regra da nulidade das sociedades leoninas (CCom, art. 228). Já o mesmo não ocorre quando o direito individual é reconhecido em lei unicamente para a proteção do interesse minoritário, a modo de contrapeso ao princípio do governo social pela maioria. Exatamente porque não se cuida, aí, de prerrogativa ligada à própria essência da sociedade, nem todas as legislações consagram tais direitos, ou os alçam à categoria de poderes intangíveis.

A demonstração de que a deliberação majoritária antagoniza o interesse social é facilmente dada, quando ocorre a transposição de certas barreiras postas em lei para a proteção dos que detêm o poder; os chamados “direitos individuais ou essenciais” do acionista. A ilegalidade da deliberação majoritária que viola esses direitos, é direta e imediata; ela transparece *in re ipsa*¹¹⁶².

A estratégia do legislador foi bastante clara: como contrapartida ao poder quase irrestrito outorgado à maioria para decidir questões relacionadas ao interesse comum – limite e critério de julgamento da atividade da maioria –, foi erigido um repositório de direitos e garantias intangíveis, irrevogáveis e irrenunciáveis, inerentes ao estado de acionista, que formam e sustentam a estrutura do ente societário, constituindo a base essencial de proteção dos sócios e, em alguns casos, determinantes para a própria existência do negócio jurídico societário, atuando como uma espécie de limitador e dosador do poder da assembleia geral dos acionistas¹¹⁶³.

¹¹⁶² COMPARATO, Fabio K. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 226.

¹¹⁶³ ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 12; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 302. ALFREDO LAMY FILHO faz breve relato sobre a evolução do tratamento do princípio da maioria e dos direitos essenciais dos acionistas na legislação societária brasileira: “No Brasil a Lei 3.150, de 1882, exigia para os casos de alteração estatutária, aumento de capital, dissolução, liquidação (art. 6) e constituição (art. 3) o quórum mínimo de 2/3 dos acionistas para validade da deliberação (art. 15, § 4.º). O Decreto 8.821, também de 1882, que regulamentou a lei, prescrevia, no art. 63, que ‘a assembleia geral tem poderes para resolver todos os negócios, tomar quaisquer decisões e deliberar, aprovar e ratificar todos os atos que interessam à companhia’. Nas suas faculdades, salvo cláusula em contrário, se incluem as de modificar e alterar os estatutos ou contrato social. Não lhe seria, porém, permitido mudar ou transformar o objeto essencial da sociedade. O Decreto 603, de 1891, repetiu a norma da Lei 3.150, no seu art. 179, sobre os poderes da assembleia geral. Ao dispor sobre a fusão votada pela maioria, assegurou aos dissidentes o direito de ‘reaver a quota do capital realizado e, ainda, a parte que a cada um possa tocar dos lucros porventura acumulados e reputáveis líquidos à vista do inventário e balanço da sociedade, que tiver servido de base para o cálculo da fusão, mediante arbitramento judicial. Mais ainda, prescreveu que o direito conferido à minoria dissidente deve entender-se subordinado à cláusula de não haver desfalque do capital, ocorrido anteriormente à fusão, pois, havendo-o ou não estando o capital reintegrado aos dissidentes só é lícito reclamar a quota que *pro rata* lhes possa caber’. O Decreto-Lei 2.627, de 1940, introduziu, com melhor técnica, uma enumeração dos direitos essenciais dos acionistas (art. 78) que ‘nem os estatutos sociais, nem a assembleia geral poderão privar qualquer acionista’. A Lei 6.404/76 manteve a orientação anteriormente firmada no decreto-lei e relacionou os ‘direitos essenciais dos acionistas’ (art. 109), admitiu o direito de retirada do acionista em várias hipóteses expressas – com ênfase nos casos em que há agravamento ou mudança de risco prefixado pela empresa ao obter a adesão do acionista.” (Cf. LAMY FILHO, Alfredo. O princípio majoritário – Os direitos essenciais dos acionistas –

Parte da doutrina entende que os direitos enumerados pela lei¹¹⁶⁴ (sendo esse um dos méritos da solução brasileira) constituem legítimos direitos subjetivos, pois consubstanciam situações subjetivas ativas conferidas aos acionistas para a satisfação de seus interesses, gerando, por conseguinte, obrigações e deveres à sociedade¹¹⁶⁵. Entre nós, FÁBIO K. COMPARATO e LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, respectivamente:

No direito societário deve-se distinguir entre direitos subjetivos *stricto sensu* e poderes do sócio. Os primeiros são créditos, ou direitos ao recebimento de uma prestação da sociedade, como o dividendo; enquanto os segundos configuram intervenções na esfera jurídica da pessoa coletiva. Dentre esses poderes salientam-se os chamados “direitos formadores” (*Gestaltungsrechte*, da dogmática alemã), que conferem ao seu titular a prerrogativa de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica¹¹⁶⁶.

Esses direitos, somados a poderes, ônus e obrigações atinentes aos acionistas, compõem o chamado *status socii*, que se define como a posição do sócio dentro da coletividade social e constante de tais direitos e deveres. Nesse complexo, os direitos mínimos enumerados constituem autênticos direitos subjetivos, pois consubstanciam poderes de ação conferidos aos acionistas para a satisfação de seus interesses, em conformidade com a norma jurídica. As objeções, contrárias a essa caracterização, e favoráveis à ideia de que essas situações mais se assemelham a simples poderes jurídicos ou meros direitos reflexos, sinceramente não colhem. (...) à guisa de conclusão, advirta-se que, admitir a existência de direitos subjetivos não é tomar partido em favor de uma doutrina individualista, e menos ainda legitimar um exercício abusivo e antissocial dessas prerrogativas. Ao contrário, sem o direito subjetivo, é a norma objetiva, isto é, a vontade dos governantes, que seria reputada absoluta¹¹⁶⁷.

O poder de controle e a proteção dos minoritários. In: _____. *Temas de S.A.: exposições e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195-202, p. 197).

¹¹⁶⁴ Para a discussão dos critérios utilizados pelo legislador para criar essa relação de direitos, ver: TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 52-59.

¹¹⁶⁵ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 217; MOSSA, Lorenzo, *Tratado del nuovo diritto commerciale*. Vol. IV. Padova: Cedam, 1951, p. 14.

¹¹⁶⁶ COMPARATO, Fabio K. O direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*. Ano 71, vol. 558. São Paulo, abr. 1982, p. 33-40, p. 39.

¹¹⁶⁷ E continua o autor: “Com efeito, baseado na conhecida distinção entre normas materiais e normas instrumentais, BERTINI sustenta que só as primeiras têm idoneidade para ditar deveres e obrigações, e, correlativamente, direitos subjetivos, enquanto as segundas, configurando normas de organização do ente social, se subjetivam como meros poderes ou direitos reflexos dos acionistas. Exemplificando com o direito do sócio ao lucro, argui BERTINI que se trata de uma tutela meramente objetiva realizada por uma norma instrumental de organização da sociedade (*Verfassungsrecht*); e as limitações que porventura existam em relação à determinação e à vocação dos lucros sociais seriam constituídas ‘não de uma norma material que impusesse um dado comportamento ao ente social, mas antes de uma norma instrumental que importaria, na hipótese de desrespeito, na nulidade ou anulabilidade da deliberação da assembleia, segundo o caso (...), o que não é suficiente para constituir um direito subjetivo.’ Ora, isso não é correto. Na primeira parte da presente dissertação, esforçamo-nos por mostrar que a determinação do lucro de balanço e a subsequente distribuição obedecem rigorosamente às prescrições do ordenamento societário, que, com clareza, delimitam a potestade do ente social no caso em apreço. Nessas condições, independentemente da qualificação do art 78 como material ou instrumental, a norma nele contida atribui ao acionista autênticos direitos subjetivos, e, correlativamente, obrigações à sociedade. Nas páginas que se seguem, focalizaremos mais de espaço o direito subjetivo do sócio ao lucro social ou ao lucro do balanço. (...) Aos adversários do conceito em tela, recorde-se o comentário candente de Pontes de Miranda: ‘A noção de direito subjetivo teve contra si a ânsia da

Ainda que a doutrina pátria insira boa parte dos direitos individuais dos acionistas na categoria jurídica dos direitos subjetivos (sem dar muito margem à discussão ou questionamento), endossamos as críticas de BUONOCORE¹¹⁶⁸, BERTINI¹¹⁶⁹ e, em certa medida de ASCARELLI¹¹⁷⁰ quanto às inconsistências teóricas de tal caracterização, especialmente diante da ausência do pleno poder de disposição dos sócios em relação a tais direitos e da impossibilidade de extrair um direito subjetivo de cada norma inderrogável do ordenamento societário.

Assim, parece-nos mais correto visualizar tais prerrogativas legais dos acionistas menos como direitos subjetivos em sentido próprio ou estrito e mais como uma situação jurídica subjetiva ativa, espécie de pressuposto de uma série de direitos e deveres, de natureza patrimonial e extrapatrimonial do sócio e da sociedade, as quais poderão se

originalidade, o brilho, semiparlamentar e semiacadêmico, de juristas franceses, e o influxo político ditatorial, alemão, italiano e russo, tendente a descolorir ou a apagar o direito mesmo. Por vezes, tomou-se por desaparecimento de direitos subjetivos o que era eliminação e todo o direito, subjetivado ou não, ou apenas criação ou desenvolvimento do campo administrativo ou operacional para se dar execução ‘àqueles mesmos direitos subjetivos’.” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 302-304).

¹¹⁶⁸ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 72-104 e 212.

¹¹⁶⁹ BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 80-82. As críticas de BERTINI são bem resumidas e combatidas por LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, especialmente no que concerne ao direito subjetivo do sócio ao lucro: “BERTINI e seus seguidores, na vã tentativa de reduzir todos os direitos dos acionistas a meros efeitos reflexos do ordenamento societário, negaram, como vimos, a natureza de direito subjetivo ao direito do sócio ao lucro, sendo que três foram os pontos importantes de que se valeram para justificar a tese. *Primo*, a doutrina dominante teria criado direitos subjetivos dos acionistas lá onde os interesses correspondentes recebiam unicamente a tutela por força de normas que o ordenamento quis inderrogáveis por parte do ente social, prescindindo de qualquer situação subjetiva. *Secundo*, constituiria o direito subjetivo como que zona em que a liberdade pessoal se afirma e se manifesta, pressupondo um âmbito, ainda que mínimo, de liberdade de exercício ou de disposição do direito, enquanto a doutrina fala inclusive em direitos individuais irrenunciáveis. (...) GUIDO ROSSI, respondendo com vivacidade às restrições acima, salienta que, se é exato que nem toda norma inderrogável por parte da sociedade dá lugar a direito subjetivo correspondente em favor dos acionistas, assim como nem sempre os chamados direitos individuais dos acionistas podem propriamente ser assim reputados, melhor se inscrevendo entre os efeitos reflexos do ordenamento societário, existem outras tantas normas que dão à luz autênticos e verdadeiros direitos subjetivos, em benefício dos acionistas, dentre os quais cabe destacar o direito ao lucro. Na verdade, se é certo que a destinação do lucro aos acionistas é a consequência da norma inderrogável que inscupe como objeto da sociedade anônima uma empresa de fim lucrativo, a ponto de constituir elemento essencial desse tipo social, certo é também que a referida norma da lei do anonimato é conexa àquela outra que expressamente reconhece ao sócio o direito de participar dos lucros sociais. Por outro lado, confirmaria a natureza de direito subjetivo do direito ao lucro o fato de o acionista poder renunciá-lo, se bem que essa renúncia, como é curial, não possa estender-se a ponto de transformar a natureza da sociedade, e alterar-lhe o escopo lucrativo, pois liberdade não é discricionariedade, sendo toda faculdade concedida pelo direito objetivo vinculada a um determinado fim legal” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 305-307).

¹¹⁷⁰ ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*, out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 18.

concretizar – tornando-se direitos subjetivos –, desde que ocorrido certo fato gerador que coloque a sociedade em posição jurídica passiva real em face dos acionistas¹¹⁷¹.

Como leciona o próprio ASCARELLI, esses direitos podem ser de natureza diversa, acrescidos de poderes, ônus e obrigações, também concernentes aos acionistas, de tal forma a compor o que se convencionou chamar de *status socii*, definido como a posição jurídica do sócio dentro de um negócio jurídico plurilateral associativo e pressuposto comum para o exercício de tais direitos e o cumprimento de deveres correlatos¹¹⁷². Nessa lógica, reconhece-se o direito subjetivo à qualidade de sócio, do qual irradia uma série de situações jurídicas ativas, que, para constituírem direitos subjetivos *stricto sensu*, necessitam de materialização em uma situação em concreto.

Entre nós, essa conclusão parece ser compartilhada por FÁBIO K. COMPARATO:

Sem dúvida, as companhias não são sociedades globais e necessárias, como as sociedades políticas. Ninguém é obrigado a ser acionista nem permanecer na companhia. Mas, em contrapartida, ninguém pode ser privado, de modo indevido ou abusivo, de sua condição de acionista; porque, se o pudesse, todo o sistema de defesa dos direitos e garantias essenciais dos acionistas seria vão e absurdo. O acionista controlador que desejasse, num assomo de prepotência, impedir ao minoritário o exercício do direito à exibição de livros (arts. 105 e 109, III), poderia, por exemplo, excluí-lo da companhia. Não importa que essa exclusão se fizesse com reembolso do valor das ações do acionista expulso (e tal seria que nem isso se desse); a indenização expropriatória não deixaria de ser o preço inadmissível de uma eliminação abusiva do sócio. É preciso, com efeito, reconhecer que todos os direitos essenciais do acionista, catalogados no art. 109 da Lei 6.404/76, fundam-se no mesmo pressuposto lógico: o direito ao *status* de acionista, o direito de permanecer sócio¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ Sobre o tema é importante trazer à baila a observação de PEDRO PAIS DE VASCONCELLOS: “A posição jurídica do sócio da sociedade comercial, além de situações jurídicas passivas, contém também situações jurídicas ativas. Estas situações jurídicas são usualmente designadas *direitos* dentro de uma tendência generalizada para referir, como tais, além dos direitos subjetivos propriamente ditos, também os poderes que os integram. A benefício de expressão e de comunicação não deixaremos de o fazer sempre que tal se revelar útil para a clareza do texto e a compreensão do leitor. Estas situações jurídicas ativas, em nossa opinião, são poderes, correspondem à disponibilidade de meios jurídicos para a prossecução do fim próprio do direito subjetivo global do sócio. Assim, em vez de direito ao lucro, melhor se deveria referir o poder de exigir e receber a quota parte do lucro da sociedade no termo do exercício ou na liquidação; melhor que direito de voto sealaria no poder de voto; assim sucessivamente nos parece mais correto referir o poder de participar nos órgãos sociais, o poder de exigir e obter informações, o poder de preferir na subscrição de aumentos de capital e de transmissão da parte social, o poder de dispor da própria parte social, o poder de exoneração da sociedade e os poderes especiais. Estes poderes não têm um sentido autônomo, sem a sua integração no âmbito mais vasto de um direito subjectivo do sócio, e não têm outra função ou utilidade senão enquanto meios susceptíveis de contribuir para o êxito desse direito. Como melhor se demonstra adiante, são poderes integrantes do direito subjectivo do sócio.” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 69).

¹¹⁷² ASCARELLI, Tullio. Posición del socio. In: *Sociedades e asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Mauricio L; Yadarola. Buenos Aires: Ediar, 1967, p. 125-143, p. 127.

¹¹⁷³ COMPARATO, Fabio Konder. Funções e disfunções do resgate acionário. In: _____. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 120-130, p. 123.

Ao examinar o sistema de garantias concebido para os acionistas e a impossibilidade de renúncia de seu titular em determinadas situações, ASCARELLI salienta que “(...) a autoproteção do acionista deveria em essência e de modo indireto proteger também o interesse geral, e é esta uma das razões que induzem com frequência a excluir a renunciabilidade por parte do acionista mesmo das normas elaboradas em seu favor¹¹⁷⁴”.

Forma-se, portanto, a categoria dos direitos individuais dos acionistas, de natureza irrenunciável, sobre os quais os participantes de um negócio jurídico societário não podem, de modo geral e definitivo, dispor. Em tais situações a irrenunciabilidade por parte do titular pode decorrer da coincidência da situação jurídica ativa atribuída ao acionista com o núcleo cogente do ordenamento societário ou do tipo em questão. Na medida em que a situação jurídica ativa se materializa em direito subjetivo, o poder de disposição retorna ao acionista (e.g. direito ao dividendo¹¹⁷⁵). Tais direitos são, também, inderrogáveis, não podendo a vontade coletiva, expressa pela voz ou pelo comando da maioria, ou pelo estatuto social, aboli-los, admitindo-se, em certos casos, a regulação legal da forma pela qual esses direitos serão exercidos¹¹⁷⁶.

Em termos legais, o art. 109 da Lei n. 6.404/76 elenca como direitos individuais dos acionistas, sobre os quais nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão dispor, os de: (I) participar dos lucros sociais; (II) participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; (III) fiscalizar, na forma prevista nessa lei, a gestão dos negócios sociais; (IV)

¹¹⁷⁴ ASCARELLI, Tullio. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*, out. Rio de Janeiro, 1941, p. 5-33, p. 22.

¹¹⁷⁵ Ainda que discordemos da classificação do direito ao dividendo como subjetivo antes da aprovação da distribuição pela assembleia geral de acionistas, elucidativas as lições de LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES: “O direito do acionista ao dividendo é direito expectativo (*spes debitum ire*): em havendo lucro, fixado pelo balanço de exercício, e determinado a assembleia geral o *quantum* e a maneira de sua distribuição (caso os estatutos já não o tenham feito), deixa de haver direito expectativo para nascer o direito expectado ao dividendo. DOMENICO PETTITI situa o problema em foco dentro dos mesmos parâmetros: ‘parece na verdade possível afirmar que, mesmo à vista das tendências mais restritivas, lá onde se depara com um dever de comportamento atribuído a determinado sujeito em relação a outra pessoa, por necessária correlação, estamos em presença de um direito subjetivo. O direito subjetivo do sócio ao dividendo (por deliberar) é ademais confirmado pelo recurso a tais indícios exteriores, tais como a disponibilidade do mesmo e a sua tutelabilidade. O que isso tem de particular é a conexão de meio e fim que subsiste entre esse direito e o direito deliberado; nesse sentido pode-se dizer que ele tem o caráter de direito preliminar, ou, segundo a terminologia de uma recente doutrina, de direito eventual, entendendo-se por tal o direito de um sujeito à aquisição de um outro direito (definitivo), categoria na qual se inscreve uma variedade de hipóteses como a que se refere à situação daquele que conclui contrato preliminar, do herdeiro necessário na sucessão legítima, etc.” (Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 312-313). Em sentido contrário, ver as já mencionadas ponderações de: COMPARATO, Fábio Konder. A constituição de reserva a realizar e o dividendo obrigatório. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 146-164, p. 151/153.

¹¹⁷⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, pp. 30, 31, 34-35; ASCARELLI, Tullio. Posición del socio. In: *Sociedades e asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Mauricio L; Yadarola. Buenos Aires: Ediar, 1967, p. 125-143, p. 135.

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; (V) retirar-se da sociedade nos casos previstos nessa lei.

Frente a esse rol de direitos individuais irrenunciáveis e inderrogáveis¹¹⁷⁷, o poder da maioria se torna inoperante, pois sua modificação viria a alterar situações subjetivas ativas dos acionistas e, em alguns casos, os próprios fundamentos e garantias ínsitas à formação de uma sociedade. Sobre o tema são precisas as lições de MODESTO CARVALHOSA:

Os direitos individuais propriamente ditos, situados na primeira categoria, são, como referido, inderrogáveis, intangíveis e imutáveis. Cabe reiterar que nem o estatuto nem a assembleia geral podem privar o acionista desses direitos. Porém, a lei ordinária pode modificá-los, quando não se trate de direitos declarados constitucionalmente. Ademais, deve-se entender o caráter relativo de alguns desses direitos, quando a própria lei estabelece limites e exceções a eles, como é o caso, v.g. do direito de preferência (art. 172), que foi restringido pela redação dada ao art. 172 pelo §2º do art. 8º da Lei 10.303/2001. Por outro lado, como também referido, os direitos individuais são irrenunciáveis e indisponíveis. Cuida-se de normas de ordem pública cuja derrogação não pode ocorrer em virtude de consentimento do acionista.

A privação desses direitos, portanto, é impossível, seja pela vontade dos controladores em assembleia geral ou através do estatuto, seja por vontade do próprio titular da prerrogativa, seja ainda pelo estatuto. Cabe aqui fazer uma distinção entre renúncia e não exercício do direito, cuja conclusão, às vezes, é encontrada na interpretação da matéria. Com efeito, não pode o acionista dispor e renunciar em abstrato e a priori os direitos essenciais declarados na lei. Pode, no entanto, deixar, em determinados momentos, de concretamente exercê-los, como é o caso, v.g. do direito de preferência (art. 171). O fato de não haver exercitação da prerrogativa, no entanto, não implica renúncia ou disposição, nem

¹¹⁷⁷ MODESTO CARVALHOSA destaca que a lista de direitos prevista no art. 109 não é taxativa – e sim exemplificativa, o que nos parece correto: “É evidente que a lista de direitos de caráter essencial, intangível, inderrogável, indisponível e irrenunciável não se esgota no enunciado do artigo ora comentado. Os cinco direitos ali referidos não são, com efeito, exaustivos. Temos outros artigos da Lei 6.404, de 1976, que asseguram ao acionista prerrogativas individuais. Por não serem de igual importância, não estão enunciados no dispositivo ora estudado. Temos, assim, mais os seguintes direitos individuais: - direito de tratamento igualitário na alienação de controle da companhia, mediante oferta pública simultânea na forma prevista no art. 254-A, acrescentado pela Lei n. 10.303, de 2001; - direito do acionista de livremente negociar suas ações, não podendo as eventuais limitações estatutárias da companhia fechada impedir o exercício de tal direito (art. 36); - prerrogativa do acionista de negociar direitos patrimoniais, tais como os de subscrição preferencial; - direito de participar das assembleias e nelas discutir os assuntos da pauta (art. 125); - direito de exigir a autenticação de cópia ou exemplar das propostas, proposições, protestos e declarações de voto oferecidos em assembleia geral cuja ata seja lavrada de forma sumária (art. 130); - direito de requerer redução a escrito dos esclarecimentos prestados pelos administradores e de exigir o fornecimento pela mesa da assembleia da respectiva cópia na forma prevista no art. 157; - direito de convocar assembleia geral quando os administradores retardarem por mais de sessenta dias a convocação prevista em lei ou no estatuto; - direito de propor ação de responsabilidade contra administradores, em nome próprio (art. 159 – com a redação dada pela Lei n. 9.457/97); - direito de propor ação de anulação dos atos constitutivos da companhia (art. 206). Todos esses direitos dizem respeito a qualquer acionista, independentemente do percentual das ações que possua. Podem ser exercitados pelos acionistas controladores (art. 116) e não controladores. Visam a garantir o exercício de prerrogativas patrimoniais do acionista e a verificação da legalidade dos atos praticados pelos órgãos da companhia e das deliberações da assembleia. (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385-386).

pode ser entendido como um consentimento tácito à derrogação do direito, que permanecerá sempre intangível. Assim, os direitos individuais dos acionistas não podem, de modo geral e definitivo, ser objeto de disponibilidade ou de renúncia, expressa ou tácita. Podem, no entanto, ser desprezados em determinadas ocasiões pelo seu titular ou simplesmente não ser exercitados. Por evidente que estão enquadradas, na espécie, apenas as prerrogativas consideradas como ativas, como, v.g. a de fiscalizar a gestão dos negócios sociais e a preferência para subscrição de ações.

Os direitos de caráter passivo, como o de participar dos lucros sociais e acervo da companhia, quando da sua liquidação, independem, para sua concretização, da própria vontade do acionista. São, além de irrenunciáveis e indisponíveis, automaticamente atribuíveis ao acionista, não havendo como fugir ao seu exercício¹¹⁷⁸.

Como destacam MIRANDA VALVERDE, CUNHA PEIXOTO, LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEAES e MODESTO CARVALHOSA trata-se de matéria de ordem pública, de direitos intangíveis de todos e de cada um dos participantes do negócio¹¹⁷⁹, que a lei prescreveu de forma expressa, sob inspiração dos princípios constitucionais que regem os direitos e as garantias dos indivíduos¹¹⁸⁰.

Haverá hipóteses em que as situações subjetivas ativas dos acionistas disciplinadas pelo ordenamento societário – e exercíveis frente à sociedade – coincidirão com normas cogentes do tipo societário e/ou com características nucleares do próprio contrato de sociedade. A renúncia de direito essencial por parte do acionista não poderá se dar em abstrato, sendo autorizada somente no caso em concreto, como ocorre com a renúncia ao recebimento de dividendo aprovado pela assembleia geral e no não exercício de direito de preferência em aumento de capital¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384-385.

¹¹⁷⁹ A propósito, essa também era a opinião de C. VIVANTE (Cf. VIVANTE, Cesare. *Derecho Mercantil*. T. II. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932, p. 231).

¹¹⁸⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 33; CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. Vols. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 326/327; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obeslisco, 1969, p. 302; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

¹¹⁸¹ Sobre a relação entre o negócio societário e a renúncia a direitos essenciais dos acionistas, esclarecedoras são as lições de FÁBIO K. COMPARATO: “(...) a renúncia é um negócio jurídico unilateral, supondo o poder disposição pelo renunciante, pessoa determinada e identificada. O estatuto social de uma companhia não é instrumento de negócios jurídicos, mas um ato-regra, de caráter geral e abstrato, aplicável a todos os que entram a fazer parte da relação societária. Não faz sentido, por conseguinte, que em meio a regras estatutárias brote uma declaração de vontade (...) a preferência à subscrição de ações constitui um dos direitos essenciais do acionista, os quais nem o estatuto nem a assembleia geral podem suprimir (Lei n.º 6.404/76, art. 109, IV). Se assim o é, o acionista não pode renunciar a nenhum direito essencial; muito menos editar uma regra de renúncia para todo e qualquer titular futuro das ações da companhia, ou seja, dispor de direitos indisponíveis de outrem” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação

Retomando as lições de A. MIGNOLI¹¹⁸², V. BUONOCORE¹¹⁸³ e G. FERRI¹¹⁸⁴, nas hipóteses em que a deliberação assemblear dispuser de direito subjetivo ou de situação subjetiva ativa do acionista, sem o seu consentimento, estaremos diante de caso cuja sanção jurídica é a ineficácia do ato perante aqueles que com ele não assentiram¹¹⁸⁵. Por outro lado,

indireta de controle empresarial. In: _____ *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 81-102, p. 95).

¹¹⁸² MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 189-193.

¹¹⁸³ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 167-169

¹¹⁸⁴ GIUSEPPE FERRI, seguindo a classificação dos direitos individuais dos acionistas proposta por T. ASCARELLI e a linha argumentativa de A. MIGNOLI – de que não se trata de vício de formação da deliberação, mas sim de falta de legitimidade da sociedade para dispor de direitos de seus acionistas, assevera: “Particolare attenzione merita l’ipotesi in cui attraverso la deliberazione si disponga di diritti dei terzi o dei soci. In tali casi, però, più che di invalidità della deliberazione è da parlare di una sua inefficacia, mancando nella società il potere di disporre di diritti di altri, senza il loro consenso. Si comprende pertanto come la legge non si occupi di questa ipotesi. Tuttavia se la situazione è chiara nel caso in cui la deliberazione riguardi diritti di terzi o diritti del socio come terzo, dato che in questo caso nessun dubbio può sorgere sulla impossibilità da parte della società, e quindi dei suoi organi, di disporre di tali diritti, la situazione si complica quando da deliberazione riguardi i diritti che competono al socio in quanto tale, e cioè i cc.dd. diritti individuali del socio. (...) Si tratta di stabilire se il socio deve proporre una domanda giudiziale e se, nel caso affermativo, essa risulta soggetta alla disciplina generale o a quella prevista per l’ipotesi di illiceità dell’oggetto. Teoricamente la questione potrebbe prospettarsi sia come un vizio di formazione della deliberazione, in quanto la deliberazione non si sarebbe formata con il voto favorevole di tutti i soci, come sarebbe invece necessario data la natura della deliberazione; sia come illiceità dell’oggetto, in quanto la deliberazione invade la sfera giuridica di terzi o è addirittura contraria a norme imperative di legge (ad es. Se si soprimisse il diritto di taluni soci agli utili o al voto o di deliberasse l’emissione di azioni a voto plurimo). Sembra peraltro che sia necessario distinguere tra i diversi diritti che possono spettare al socio come tale. Vi sono *diritti del socio indisponibili sia da parte della società sia da parte del socio*, e rispetto a questi diritti, non può evidentemente farsi questioni di formazione della deliberazione; comunque questa si formi, anche con la partecipazione di tutti i soci, la deliberazione è nulla, in quanto impinge contro una norma imperativa di legge; non è dubbio pertanto che in questo caso la causa della invalidità risiede nella illiceità dell’oggetto. Vi sono *diritti indisponibili da parte della società, ma disponibili da parte del socio*. Di questi la società non può disporre con un suo atto, quale è appunto la deliberazione dell’assemblea; la situazione è pertanto quella che si verifica in ordini ai diritti dei terzi, con l’unica variante che, nel caso in cui i soci abbiano votato nell’assemblea a favore della deliberazione che importa disposizione dei loro diritto, il voto favorevole può significare consenso alla disposizione del diritto stesso. In questo caso, il socio assente o dissenziente non ha bisogno di proporre una domanda giudiziale per eliminare le conseguenze che deriverebbero dalla deliberazione dell’assemblea, perchè questo atto gli è indifferente; è il caso, ad esempio, dei particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione degli utili, che l’atto costitutivo di società a responsabilità limitata può riconoscere a singoli soci: è la stessa legge, infatti, a precisare che, salva diversa disposizione statutaria, tali diritti possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci (art. 2467, 3° e 4 comma, cod. civ.) Vi sono infine diritti del socio che sono *disponibili da parte della società* e che possono pertanto essere sottratti con una sua deliberazione (l’ipotesi è espressamente prevista e regolata nell’art. 2376 cod. civ). In questo caso, la deliberazione può essere impugnata solo se assunta non in conformità della legge, dello statuto o dell’atto costitutivo, in quanto cioè sussistano vizi nel processo di formazione. (Cf. FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 13ª ed. A cura de Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino, Utet, 2011, p. 402-403)

¹¹⁸⁵ No mesmo sentido leciona PINTO FURTADO: “Na definição de Ferri, “direitos individuais do sócio serão todos aqueles direitos que não podem ser atingidos pela sociedade pessoa jurídica mediante um acto seu de vontade, expresso pelo órgão deliberativo”. Assim entendidos, formam uma vasta categoria que compreende todos os direitos inderrogáveis de sócio, até mesmo os que lhe caibam como terceiro. Neles se incluem ainda, portanto, aqueles que, por influência do Direito e da doutrina germânicas, entre nós se denominam direitos especiais. Dentro dos direitos individuais costumam os autores italianos distinguir, por fim, uma espécie particular: a dos que, por lei, competem ao sócio, no âmbito da organização societária. Enquanto para os outros direitos individuais se admite a ineficácia da deliberação que deles disponha sem assentimento do titular, para os estabelecidos por lei inderrogável (direito de voto, direito aos lucros, direito de preferência, direito de exoneração, etc., cfr. o nosso art. 21-1 CSC), a deliberação cujo conteúdo os afastasse teria objeto ilícito, por

nas hipóteses em que a deliberação for de encontro a normas societárias cogentes – ainda que subjetivadas em favor do acionista – estaremos diante de caso cuja sanção jurídica é a nulidade ou anulabilidade do ato, dependendo do caso, como defendem LOBO XAVIER¹¹⁸⁶ e ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA¹¹⁸⁷.

Como forma de garantir a realização desses direitos essenciais e permitir sua defesa contra as resoluções e eventuais abusos perpetrados pela maioria, o legislador assegurou aos acionistas meios, processos e ações que avalizam o exercício de tais prerrogativas. Nesse contexto, o Poder Judiciário e, no caso de eleição pelo estatuto, com aceitação da totalidade dos acionistas, a instância arbitral, representam os fiéis depositários e principais avalistas do exercício legítimo dos direitos individuais previstos pela lei.

O enfoque do presente item foi estritamente descritivo e consistiu em determinar a medida de proteção que o regime legal acionário brasileiro garante aos direitos individuais dos acionistas¹¹⁸⁸. A despeito da confusão doutrinária em determinar um critério correto e

contrário a preceito imperativo de lei, e seria, portanto, inválida.” (Cf. PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 539).

¹¹⁸⁶ LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 87-262.

¹¹⁸⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86-137.

¹¹⁸⁸ Apesar de não ser objeto do presente estudo, reiteramos a insuficiência do regime legal dos direitos individuais como mecanismo de proteção dos acionistas minoritários no direito societário contemporâneo, ainda que o regime ganhe maior relevância e eficácia nas sociedades anônimas fechadas, nas quais o exercício do poder de controle tende a ser mais estático e menos dinâmico, como ocorre nas companhias abertas. Nos termos destacados anteriormente, a tendência da doutrina societária tem sido erigir mecanismos de proteção da minoria - os quais independem de qualquer quórum quantitativo - , por meio da criação de sistemas móveis, consubstanciados na atribuição de direitos substanciais de minoria (*sachlicher Minderheitenschutz*) mais elásticos e concretos, capazes não apenas de evitar, mas também de reprimir os abusos do poder de controle – e na consequente redução dos direitos dirigidos à satisfação de interesses meramente individuais. Há, portanto, uma tentativa de equilibrar o interesse individual do acionista com o interesse social coletivo, tendo como substrato uma hipótese concreta. Como lembra RAFAEL I. DREWS: “Nesse sistema móvel não há uma hierarquia rígida entre a esfera coletiva e a individual. A prevalência de uma ou outra deve ser afirmada *no caso concreto*, a partir da análise da estrutura societária e do *status socii*.” Após referir que o estabelecimento desse sistema móvel aproxima os sistemas da *civil law* e da *common law*, o autor refere que: “(...) na feliz síntese de Alessandro Cerrai e Alberto Mazzoni, a tutela individual é relativizada: adquire flexibilidade, mas diminui em intensidade. Obtém flexibilidade, pois passa a ser instrumentalizada também por meio de posições jurídicas ativas que, a rigor, não são enquadráveis como direitos subjetivos. Diminui em intensidade, por outro lado, porque se reduzem o número e o vigor das posições dotadas de proteção absoluta e alçadas ao grau de direitos individuais, que, de resto, superada uma concepção jusnaturalista, passam a ser previstas expressamente na lei ou resultam de algum princípio informativo da sociedade anônima. No ponto atual de sua linha evolutiva, portanto, os direitos individuais do acionista, antes instrumentos únicos de proteção do acionista e dependentes de uma verdadeira teoria geral, tornam-se garantia mínima e questão a ser resolvida a partir dos contornos estritos do direito positivo de cada sistema jurídico. É que nesse campo - assinalou Gudesteu Pires, com certa dose de razão – não há outra solução a não ser a expressa definição legal de tais “direitos”, pois nada há neles em comum a não ser sua intangibilidade.” Por fim, conclui afirmando que: “A imprecisão terminológica e dogmática da doutrina foi superada pela tendência, observada em vários sistemas, de se fixar legislativamente quais situações favoráveis ao acionista devem ser vistas como imunes aos avanços da maioria. Reconhece-se que essas situações favoráveis, qualificando-se ou não como direitos subjetivos, enquadrando-se ou não no tipo teórico idealizado (dos direitos individuais), constituem instrumentos de tutela do acionista. A tutela do

seguro para classificar e elencar todos os direitos individuais dos acionistas, é possível extrair uma conclusão simples do exame até agora realizado: tais direitos ou situações jurídicas ativas constituem, de fato, uma esfera intransponível por parte da vontade da maioria, cuja origem está na qualidade de sócio/membro de uma sociedade.

Como já salientado, os contornos jurídicos dos direitos individuais dos acionistas terão relevância determinante no exame do problema da cláusula compromissória estatutária superveniente aprovada por deliberação majoritária e a vinculação dos acionistas dissidentes, ausentes e abstenetistas, objeto dos próximos capítulos.

acionista, ademais, passou a ser instrumentalizada também a partir do estabelecimento de limites internos e móveis à atuação da maioria, em verdadeiro sistema móvel, mais adequado a uma sociedade anônima cada vez mais dinâmica. Mas talvez seja exagerado entender que a teoria dos direitos individuais esteja fulminada ou ultrapassada. Trata-se de tema clássico, que, na condição de instrumento de gestão de conflitos societários, sempre poderá ser remodelado, na busca de soluções para problemas presentes.” Na nota de rodapé nº 116, o autor faz uma síntese do atual tratamento legislativo dado aos direitos individuais nas principais legislações européias: “. A enumeração legal dos direitos individuais é prevista em alguns Países e rotineiramente acompanhada de críticas da doutrina, por não ser completa. Esse é caso, por exemplo, do Brasil, como já visto (cf. item 3.2.4, nota 103), e também da Espanha (art. 48, n. 2, da antiga Lei das S/A) e de Portugal (art. 21 do Decreto-lei 262/1986), conforme demonstra Armando Manuel Triunfante (*A Tutela das Minorias nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais*, cit., pp. 52-54). Na Espanha, o art. 93 da nova Lei das Sociedades de Capital (texto consolidado pelo Decreto Real Legislativo 1/2010) praticamente repete a enumeração da lei anterior e provavelmente receberá as mesmas críticas da doutrina. Na França, na ausência de uma enumeração explícita legal, a doutrina tem apontado os seguintes direitos individuais, com suas respectivas exceções e limitações: (i) fazer parte da sociedade; (ii) não ser constrangido ao aumento das contribuições sociais; (iii) concorrer ao exercício do poder deliberante votando na assembleia, após receber as informações necessárias; (iv) participar dos resultados e das reservas constituídas; (v) negociar as ações e retirar-se livremente da sociedade; (vi) promover a nulidade de decisões irregulares e a responsabilidade de administradores (cf. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, 17ª ed., t. I, Paris, LGDJ, 1998, pp. 1.173-1.195). Na Itália, uma reforma operada em 2001 modificou em parte o quadro construído até então pela doutrina e pela jurisprudência. Para uma análise abrangente da situação antes e depois das modificações, cf. Francesco Galgano e Riccardo Genghini, “Il nuovo diritto societario”, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia – Diretto da Francesco Galgano*, 3ª ed., vol. 29, t. I, Pádua, CEDAM, 2006, pp. 579 e ss.). Na Alemanha, Herbert Wiedemann estrutura os direitos individuais dos acionistas em: (i) direitos de coparticipação, que englobam direitos de participar da assembleia-geral e da administração da sociedade; (ii) direitos patrimoniais, que compreendem o direito de participar dos lucros e do acervo em caso de liquidação e o direito de reembolso; (iii) direitos de fiscalização, nos quais se incluem os direitos de informação e verificação, as ações sociais e anulatórias de deliberações sociais; (iv) direitos dissolutórios, ou seja, os direitos de retirada e de requerer a dissolução da sociedade (*Gesellschaftsrecht*, cit., vol. I, pp. 365 e ss.) (Cf. DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133, p. 124-129). Para aprofundamento das críticas e sugestões a esse respeito, ver: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Obelisco, 1969; TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos de minoria qualificada. Abuso de direito*. Coimbra: Coimbra, 2004; TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Quórum de constituição e maiorias deliberativas*. Coimbra: Coimbra, 2005; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

PARTE III – EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM: PREMISSAS FUNDAMENTAIS

O fenômeno jurídico evolui a partir da razão prática, motivo pelo qual o universo dos fatos deve ser um constante ponto de reflexão (e, por vezes, inflexão) do jurista, como forma de evitar que as regras e as relações jurídicas se desconectem da realidade que lhes subjaz. Em termos de prestação jurisdicional, a experiência mostra que o processo judicial em seus moldes tradicionais, visto como forma clássica de resolução de controvérsias, está extenuado e em crise. Especialmente com relação às demandas complexas, típicas do direito empresarial, e que exigem, em regra, soluções céleres e técnicas, fundadas em uma racionalidade econômica distinta e, por vezes, juridicamente inovadora, o processo jurisdicional clássico tem demonstrado baixíssima vocação e visíveis sinais de esgotamento¹¹⁸⁹.

A realidade impôs-se, mais uma vez, ao Direito. Se, por um lado, se sabe que a jurisdição estatal constitui um dos eixos centrais de um amplo e complexo sistema de solução de controvérsias, por outro há um movimento paralelo voltado para a formação de outros microssistemas, embasados em leis substanciais e oriundos de uma necessidade prática da sociedade de tutelar direitos de determinada natureza, cujo objetivo é, ao fim e ao cabo, a sua própria e concreta efetivação¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ Para aprofundamento sobre o tema, ver: CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹¹⁹⁰ Concordamos, nesse particular, com o raciocínio desenvolvido por EDUARDO SILVA DA SILVA: “Todos os microssistemas estão ligados ao eixo central por uma relação não de dependência, mas de subsidiariedade, ainda que não explícita. Acima de todos os microssistemas e do próprio Código de Processo Civil, orbitam e incidem os valores eleitos pela comunidade política e estabelecidos na Constituição Federal – norma fundamental e verificadora da legitimidade na hierarquia de fontes jurídicas –, garantindo-se caráter instrumental tanto ao sistema como aos microssistemas, em relação à Lei Maior. A arbitragem consiste assim em um microssistema de diluição de controvérsias voltado precipuamente a atender determinada espécie de demandas por justiça. Esse microssistema, fiel à origem e à natureza do instituto, dirige-se precipuamente ao contencioso empresarial” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52-54).

A arbitragem¹¹⁹¹ constitui um desses microssistemas¹¹⁹². Trata-se de um meio heterocompositivo de solução de conflitos, alternativo (ou complementar¹¹⁹³) à via judiciária, caracterizado por quatro aspectos essenciais: (I) são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem irá decidi-la, isto é, o árbitro, o qual deve utilizar no desempenho da função que lhe é atribuída princípios éticos, especialização técnica e domínio do ramo de atividade no qual tenha surgido a controvérsia para a qual foi chamado a decidir, com base em critérios legais ou equitativos; (II) o conflito deve estar relacionado a direitos patrimoniais disponíveis; (III) a submissão voluntária decorre de uma convenção privada que não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal; (IV) a decisão proferida assume a mesma eficácia de sentença judicial¹¹⁹⁴.

Longe de representar panaceia capaz de solucionar o problema do acesso à justiça no Brasil, a arbitragem representa uma alternativa relevante para alguns setores da economia interessados em evitar o estrangulamento e as amarras procedimentais do Poder Judiciário¹¹⁹⁵. Em termos históricos, o desenvolvimento do instituto no Brasil não alcançou

¹¹⁹¹ No prólogo do seu estudo sobre arbitragem, BRUNO OPPETIT expressa alguns dos contornos filosóficos que permeiam o exame do tema: “El arbitraje fascina por la impresión que puede dar de escapar en gran parte a la influencia de las sociedades organizadas: por la ambigüedad, factor de libertad que le confiere su débil anclaje espacial; por la influencia que ejerce en el juego de los intereses y en la solución de los conflictos; por su indeterminación a luz del derecho, que lo convierte en un fenómeno cuya existencia precede su esencia, crea en el hombre el sentimiento, o por lo menos la ilusión, de que en sus manos, puede constituir un instrumento al servicio de su voluntad de poder y un medio de sustraerse de la norma común.” (Cf. OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*. Trad. Eduardo Silva Romero, Fabrício Mantilla Espizona e José Joaquín Caicedo Demoulin. Legis: Colombia, 2006., 2006, p. 17).

¹¹⁹² SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54. Ao tratar do surgimento dos microssistemas, o jurista argentino RICARDO LUIS LORENZETTI faz curiosa comparação: “Produziu-se uma inversão da Lei de Maine, que chamava a atenção para a tendência da civilização de evoluir do *status* ao contrato; agora, a evolução dá-se do contrato ao Direito estatutário”. (Cf.: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 46. Sobre o tema da arbitragem na teoria dos sistemas, ver: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹⁹³ Importante mencionar que quando se refere à arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias toma-se como referência o processo estatal (meio heterocompositivo mais empregado para a resolução de conflitos). Nesse contexto, concorda-se com a posição de CARLOS ALBERTO CARMONA, na medida em que a referência não é direcionada ao caráter jurisdicional ou não do método arbitral, sendo a nomenclatura usual usada apenas para apartar este mecanismo de equacionamento de litígios daquele empregado pelo Estado. (Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33).

¹¹⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – A Lei 9.307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 9/10; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

¹¹⁹⁵ Precisas, nesse sentido, são as observações de JUDITH MARTINS COSTA, no prefácio da obra de EDUARDO SILVA DA SILVA: “Existem certos temas que parecem aptos a provocar o mais radical maniqueísmo: mesmo antes de seu concreto exame, do esforço na possibilidade de sua compreensão, somos tentados pela regra do tudo ou nada, pelo julgamento binariamente taxativo do irremediável ‘contra’ ou do acrítico ‘a favor’. Assim, a arbitragem, forma de resolução de conflitos, por muito tempo demonizada na doutrina brasileira, ou elevada à condição de panaceia.” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11).

a mesma relevância prática e teórica que assumiu em outros ordenamentos jurídicos¹¹⁹⁶, como o da França, o da Itália e dos Estados Unidos¹¹⁹⁷. Por muitas décadas, esteve, entre nós, coberto pelo manto do anonimato, pois, ainda que a legislação o previsse¹¹⁹⁸ e, eventualmente, surgissem casos envolvendo a arbitragem em questões de direito comercial internacional, sua utilização como método efetivo de resolução de conflitos foi muito localizada, restrita a certos institutos próprios¹¹⁹⁹.

Esse cenário, no entanto, mudou. O Brasil, que por tantos anos se manteve ausente dos grandes centros arbitrais em razão de uma política pública reticente à ampla utilização da arbitragem e do receio do empresariado e dos juristas à inovação jurisdicional, realizou, em pouco mais de 15 anos, uma evolução digna de registro em direção ao reconhecimento e à valorização do instituto. Hodiernamente, a arbitragem empresarial é uma realidade no contexto das grandes empresas (nacionais ou estrangeiras) que desenvolvem atividades econômicas no Brasil e buscam proteger-se de alguns pontos de mau funcionamento da justiça brasileira¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ Ao percorrer o curso da história, constata-se que a arbitragem privada antecedeu, até mesmo, o surgimento da jurisdição estatal, constituindo, também, fonte de inspiração desta. Nesse sentido, lembre-se que o instituto arbitral chegou a merecer disposição expressa no *Digesto* (Liv. IV, Tit. 8, Cod. Liv. II, Tit. 55). (Cf. JUNIOR, Joel Dias de Figueira. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20). De mais a mais, saliente-se que, no *Ancien Régime*, por influência da doutrina cristã, a cultura arbitral teve larga expansão como mecanismo de solução de controvérsias, exercida inicialmente pelo clero nas comunidades administradas pela Igreja, sendo, paulatinamente, assumida pelos mercadores e homens de negócios. Quando do advento da Revolução Burguesa, a arbitragem foi considerada a forma mais razoável e imparcial de os cidadãos resolverem suas controvérsias, garantindo-se constitucionalmente (art. 86 da Carta Constitucional de 1791) o seu direito de recorrer à arbitragem. No entanto, com o surgimento do Estado Nacional e o seu ideal de unificação do direito, seu poder estendeu-se também sobre o conceito de jurisdição. Essa construção deu origem à lógica de que toda justiça precisa ser judiciária e toda jurisdição só poderia ser estatal, de modo que a compreensão da jurisdição como um fenômeno exclusivamente estatal decorre dessa ocorrência histórica. (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38/39).

¹¹⁹⁷ Para aprofundamento sobre o tema ver: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1-31.

¹¹⁹⁸ As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. A Constituição de 1824 (art. 160), o Código Comercial de 1850 (artigos. 294 e 411), o Código Civil de 1916 (artigos 1.037 a 1.048), os Códigos de Processo Civil de 1939 (artigos 1.031 a 1.046) e de 1973 (Livro IV, Título I, Capítulo XIV), a Constituição Federal de 1988 (§§ 1.º e 2.º do artigo 114 – Seção V – Dos Tribunais e Juízes do Trabalho, do Capítulo III – Do Poder Judiciário, do Título IV – da Organização dos Poderes), o Código Civil de 2002 (artigos 851, 852 e 853) e outras legislações esparsas (e.g. Lei n.º 11.079/04 – Lei das Parcerias Público-Privadas – artigo 11) tratam ou tratavam, conforme o caso, do instituto.

¹¹⁹⁹ SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29. Mas nem por isso a doutrina deixou de se dedicar ao estudo do tema. Veja-se, por exemplo, as seguintes teses de doutorado: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Ensaio sobre arbitragens comerciais*. São Paulo, 1966; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

¹²⁰⁰ A despeito disso, alguns estudos apontam que certas empresas têm relacionamento ambíguo com a lentidão da justiça. Assim, nem sempre a demora em obter uma decisão judicial é prejudicial a ela e seus sócios/acionistas: nas causas trabalhistas, por exemplo, um quarto delas apontou que, pelo contrário, a demora é benéfica, sendo que somente 44% dos entrevistados indicaram que a lentidão da Justiça do Trabalho é algo

Sua expansão para contratos de grande envergadura econômica é exponencial, a ponto de evidenciar à comunidade nacional sua importância para o desenvolvimento institucional do país¹²⁰¹. Esse notável crescimento fez com que ela se desgarrasse do movimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos (denominados em inglês de “*Alternative Dispute Resolution*” – ADRs) e voltasse a trilhar seu próprio caminho, na condição de concorrente do processo judicial, mas com características e qualidades próprias, na tentativa de aperfeiçoá-lo.

Diversos foram os fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos que contribuíram para esse processo. Por se tratar de um estudo jurídico, daremos atenção aos principais marcos legislativos e judiciais diretamente relacionados ao tema. Dentre eles, estão a promulgação da Lei n. 9.307/96, a declaração de constitucionalidade da arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Agravo Regimental na Homologação da Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n. 5206-7, no ano de 2001¹²⁰², o advento do Código Civil de 2002¹²⁰³ e a ratificação da Convenção sobre o Reconhecimento

prejudicial. (Cf. PINHEIRO, Armando Castelar. In: Andrade, Rogério (coord.) *Regulação pública da economia no Brasil*, Capinas, 2003, p. 34).

¹²⁰¹ A experiência arbitral tem demonstrado que as partes não se socorrem da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade, cujo direcionamento é, em regra, aos Juizados Especiais Cíveis ou à Justiça Comum. A opinião é desenvolvida em CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3. Segundo dados trazidos por PATRÍCIA PAOIELLO LAMANARES, a partir de uma pesquisa realizada na Corte de Comércio Internacional pelo escritório Whihe & Case entre os anos de 1997 e 2001, partes brasileiras estavam envolvidas em 84 arbitragens. No período de 2002 a 2007, esse número subiu para 207 (LAMANARES, Patrícia Paoiello. Arbitragem no direito societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatuto sociais. *Revista brasileira de arbitragem*, n.º 38, abr.-jun., 2013. São Paulo: Síntese, p. 46-64, p. 47).

¹²⁰² Em breve síntese – pois voltaremos ao tema –, “a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 foi questionada em virtude do seu potencial confronto com o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5.º, inciso XXXV). Nesse particular, foi de suma importância a decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental ajuizado nos autos da Homologação da Sentença Estrangeira Contestada n.º 5206-7, envolvendo o Reino da Espanha (12.12.2001), que declarou a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96. A arguição incidental de constitucionalidade da lei de arbitragem ocorreu no âmbito de um processo de homologação de um laudo arbitral espanhol, em um litígio envolvendo uma empresa com sede na Suíça contra uma empresa brasileira. O laudo não fora homologado pela Justiça da Espanha, cuja lei não impunha tal exigência. O então presidente do STF, Sepúlveda Pertence, proferiu sua decisão inicial antes de promulgada a lei (que é de 23.9.1996) e negou o pedido com base nos precedentes da Corte. Nessa fase, o STF adotava o critério da dupla homologação para os laudos arbitrais estrangeiros, que deveriam ter sido homologados judicialmente no exterior, pois a corte somente homologava sentenças estrangeiras (ou decisões administrativas equiparáveis a elas). A empresa suíça agravou da decisão e a empresa brasileira reiterou o pedido de homologação, pois desejava efetuar o pagamento a que fora condenada na arbitragem, mas precisava da chancela formal da Corte, por motivos contábeis. No julgamento do agravo regimental, o Min. Pertence alterou sua posição original e votou por homologar o laudo, pois naquele ínterim fora promulgada a lei, cujo artigo 35 extinguiu o sistema da dupla homologação. Nesse ponto, o Ministro Moreira Alves suscitou a inconstitucionalidade da lei.” (Cf. TIBÚRCIO, Carnen. Ação direta de inconstitucionalidade não julgada. MedProv. 2221/2002 – Alteração à Lei 4.591/64. Contratos de incorporação imobiliária. Previsão legal para a arbitragem obrigatória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, maio-ago. 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 294-301, p. 295). A íntegra da decisão está disponível em www.stf.gov.br.

¹²⁰³ O Código, em seu art. 853 (“Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver as divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”), confirma a possibilidade de

e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 1958 (por meio do Decreto n. 4.311/02), as quais foram de extrema relevância para reforçar a legalidade e a legitimidade do instituto no país, a ponto de outorgar aos contratantes maior segurança jurídica e previsibilidade quanto à sua utilização¹²⁰⁴.

A Lei n. 9.307/96, em particular, propiciou uma mudança paradigmática no modo de pensar e de agir da comunidade jurídica nacional. Em nosso sentir, esse foi, efetivamente, o grande catalisador de uma nova tendência no modo de ver a prestação jurisdicional, vencendo a resistência histórica ao instituto, determinando a abertura de novos horizontes e a sua consolidação na cultura jurídica brasileira¹²⁰⁵.

A doutrina aponta que as duas grandes inovações trazidas pelo regime da Lei n. 9.307/96 foram: (I) a desnecessidade de homologação judicial do laudo arbitral¹²⁰⁶ (atualmente essa questão é regulada pelo artigo 18 da Lei n. 9.307/96); (II) a consagração da cláusula compromissória como instrumento contratual a serviço da arbitragem e a sua

utilização da arbitragem ao legitimar o mecanismo arbitral através da inserção da cláusula compromissória nos contratos em geral.

¹²⁰⁴ Para apanhado histórico sobre o período, comentários sobre a formação, os trabalhos da comissão responsável pela elaboração do projeto de lei e a sua discussão legislativa, ver: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1-30; ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n.º 129, p. 136-173, jan./mar. 2003, p. 140-141.

¹²⁰⁵ A realidade empresarial brasileira tem demonstrado que a arbitragem tem relevante papel na solução de controvérsias oriundas de negócios jurídicos privados, sempre que relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Com pressupostos e fundamentos próprios e bem delineados, é plenamente possível falar, no atual estágio de desenvolvimento em que nos encontramos, na existência de um verdadeiro direito arbitral, tanto no seu aspecto material quanto procedimental. Para atestar o crescimento do direito arbitral no cenário jurídico brasileiro, basta acompanhar qualificadas produções acadêmicas, em nível de pós-graduação, advindas do meio acadêmico (por exemplo, das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Universidade Federal de Minas Gerais, Pontícia Universidade Católica de São Paulo e Porto Alegre) e ascompetições nacionais de arbitragem organizadas por câmaras arbitrais, universidades e escritórios de advocacia (por exemplo, a Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz). A própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) conta com seccionais nas quais foram organizadas comissões especiais para estudar e divulgar o tema da arbitragem. Para informações adicionais sobre o crescimento do instituto no Brasil, ver: WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 20, p. 9-24, jan./mar. 200, p. 11-12.

¹²⁰⁶ Em artigo escrito logo após a publicação da Lei n.º 9.307/96, CARMONA destacava que a necessidade de homologação do laudo arbitral eliminava completamente as vantagens da arbitragem, já que ao custo do processo arbitral eram acrescidas as despesas carreadas com a demanda perante o Poder Judiciário. Isso fazia com que a celeridade esperada para a solução do litúgio ficasse totalmente comprometida, pois, apesar da aparente simplicidade do procedimento homologatório, a sentença proferida pelo juiz togado desafiava recurso de apelação, que, por sua vez, podia abrir portas para a interposição de recurso especial e extraordinário. Além disso, até a promulgação da Lei de Arbitragem a existência de cláusula compromissória caracterizava mera obrigação de fazer. Tratava-se, então, de verdadeiro pacto preliminar, cujo objeto principal era a realização *a posteriori* de um compromisso em determinada situação. A existência da cláusula não subtraía a competência do juiz estatal. O que ocorria somente com a assinatura do compromisso constitutivo do juízo arbitral. A cláusula compromissória era tratada como uma obrigação de fazer, cuja resolução ocorria por perdas e danos. (Cf. CARMONA, Carlos Alberto. A nova lei da arbitragem. *Revista Consulex*, ano I, número 9, setembro de 1997).

executoriedade, caso uma das partes se recuse a firmar o compromisso a que se obrigou (nos termos do arts. 6.º e 7.º da Lei n. 9.307/96¹²⁰⁷).

Dentro do espectro empresarial, a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos societários é matéria de suma relevância e que também teve crescimento exponencial nos últimos anos¹²⁰⁸. Não obstante o cenário favorável, a consagração do instituto nesse campo jurídico ainda depende do enfrentamento de certos pontos de estrangulamento que têm dificultado sua expansão pacífica e consolidada – numa seara tão propícia ao seu desenvolvimento¹²⁰⁹.

Dentre esses aspectos estão (I) a arbitrabilidade objetiva, isto é, a disponibilidade e patrimonialidade dos litígios que envolvem matéria societária¹²¹⁰ e, especialmente, (II) a extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária, especialmente aquela inserida em estatuto social de sociedade anônima fechada com base na regra da maioria – e o problema

¹²⁰⁷ O tema é amplamente estudado em CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16-17.

¹²⁰⁸ Para ilustrar essa realidade (de como o Poder Judiciário atua ineficientemente frente a questões de direito societário e do mercado de capitais), VIVIANE MÜLLER PRADO fez, no ano de 2005, uma pesquisa exaustiva (e significativa em termos de amostra) de jurisprudência no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça. Uma das importantes conclusões do estudo foi a de que o tempo total de julgamento de um processo (primeira e segunda instância) envolvendo direito societário varia entre o mínimo de 233 dias e o máximo de 3.993 dias. Sobre o mercado de capitais, o tempo total mínimo é de 888 dias e o máximo de 5.049 dias, compondo uma média de 2.618 dias. De lá para cá o cenário parece ter se agravado ainda mais, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos. Em uma análise de curto prazo, o custo da demanda arbitral tende a ser bem mais elevado do que a discussão em juízo de determinado conflito societário. No entanto, em uma perspectiva de longo prazo, essa equação tende a ser modificada em virtude da celeridade e da especialidade da arbitragem face à morosidade, ao número elevado de recursos e à ineficiência do Poder Judiciário no trato dessas questões. Para aprofundamento sobre o tema, ver PRADO. Viviane Müller e BURANELLI, Vinicius Correa. Pesquisa de jurisprudência sobre o direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: *Caderno Direito da Fundação Getúlio Vargas*, v. 2, n.º 1, janeiro de 2006. Segundo o estudo, os dados levantados para a pesquisa referem-se ao período de 1998 a 2005, especificamente, até o mês de setembro de 2005. O estudo revela que em sistemas jurídicos nos quais há insuficiente proteção aos investidores, o mercado de capitais é menos desenvolvido se comparado com outros sistemas nos quais os seus direitos são respeitados. Essa falta de tutela não é analisada apenas sob o ponto de vista do direito material vigente, mas principalmente pela ausência de *enforcement* das leis societárias e do mercado de capitais (PRADO. Viviane Müller e BURANELLI, Vinicius Correa. Pesquisa de jurisprudência sobre o direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: *Caderno Direito da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 2, n.º 1, janeiro de 2006). No âmbito internacional, a preocupação da comunidade jurídica com o tema da arbitragem societária é tão grande que existe uma política de implantação da arbitragem como meio de solução de conflitos societários denominada “Arbitration of Company-Law Disputes (ACDL)”, cujo objetivo é estimular o estudo do tema e a resolução de problemas a ele relacionados. In: WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 20, p. 9-24, jan./mar. 2009, p. 13. Para aprofundamento histórico sobre a utilização da arbitragem em matéria societária, ver: LEHUEDÉ, Eduardo Jequier. *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades*. Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 90 e ss.

¹²⁰⁹ Sobre o tema, ver: MUNHOZ, Eduardo. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77-99, p. 83 e ss.

¹²¹⁰ Sobre o tema, ver: STEIN, Rachel. *Arbitrabilidade objetiva no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

da sua eficácia perante os acionistas dissidentes, ausentes ou abstinentes à assembleia geral que aprovou a inserção¹²¹¹.

O presente capítulo se dedicará a examinar as premissas fundamentais da arbitragem, como direito fundamental de todo e qualquer indivíduo e forma de subsidiar o estudo da arbitragem societária. O problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária, foco principal da III Parte deste trabalho, será estudado no II Capítulo.

1. Notas sobre a eficácia dos direitos fundamentais

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais evoluiu na mesma proporção que a pluralidade e a complexidade da vida em sociedade. Se, em um primeiro momento, tais direitos eram concebidos como meios ou instrumentos de proteção do indivíduo contra a intervenção ou ingerência estatal, e, nessa condição, direitos subjetivos com o espectro de atuação reduzido, na sua configuração moderna, pós-Segunda Guerra Mundial, eles assumiram a função de legitimação do próprio direito, passando a integrar a própria ordem objetiva da coletividade¹²¹².

Da mesma forma que legitimam as normas jurídicas produzidas pelo Estado e dão suporte à sua aplicação prática, os direitos fundamentais servem de premissa para a atuação da autonomia privada, demarcando o uso de liberdades subjetivas. Em regra, parte-se do pressuposto de que o exercício de tais liberdades não poderá atentar contra ou ferir outros

¹²¹¹ Esse é o problema que interessa ao presente estudo – cujo enfoque é a fase pré-arbitral. Há, no entanto, inúmeros outros. EDUARDO MUNHOZ, por exemplo, faz referência a alguns de ordem processual e que limitam a expansão do instituto: “Os conflitos societários, em boa medida, têm caráter coletivo, ou mesmo quando assim não seja, envolvem pluralidade de pessoas (conflitos multiparte). É o que ocorre, por exemplo, nos seguintes casos: (I) ação por exercício abusivo do controle (a Lei das S/As confere legitimação extraordinária a acionistas minoritários para a propositura da ação em defesa e benefício da companhia); (II) ação de responsabilidade contra administradores (a Lei das S/As também confere legitimação extraordinária para acionista minoritário); (III) ação que visa à condenação do controlador ou de adquirente do controle ao lançamento de oferta pública de aquisição de ações dos demais acionistas (OPA); (IV) ação de anulação de deliberação da assembleia geral de acionistas; (V) ação de dissolução. Essas espécies de ações não se compadecem facilmente com o instituto da arbitragem, que tem como característica fundamental o seu caráter contratual, tendo como pressuposto a anuência expressa da parte com respeito à cláusula compromissória. Por isso, em matéria societária, logo surgiram questões controvertidas quanto à aplicação do instituto.” (Cf. MUNHOZ, Eduardo. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77-99, p. 88).

¹²¹² UBILLOS, Juan Mará Bilbao. *Em que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-339, p. 302. Na visão de KONRAD HESSE: “Por um lado, eles são subjetivos, direitos do particular (...) Por outro, eles são elementos fundamentais integrantes da ordem objetiva da coletividade”. (Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Junior, 1998, p. 228).

direitos fundamentais, mesmo em relações privadas. Em caso de conflito, será necessário buscar uma solução prática equilibrada, ponderada, de compromisso, ainda sem parâmetros e critérios bem definidos¹²¹³.

Especificamente quanto aos conflitos privados, a conciliação entre interesses divergentes e a resolução de situações envolvendo a colisão de direitos fundamentais pertencem à esfera de atuação do direito privado, mediante a atribuição de direitos e a criação de deveres às partes envolvidas¹²¹⁴. Em síntese, como ressalta SÉRGIO BOTREL:

(...) a aplicação do direito infraconstitucional almejará a realização e a conciliação dos direitos fundamentais, insistindo-se que os direitos fundamentais não só desempenham papel conformador na exegese, como também conferem aos particulares uma posição jurídica de direito subjetivo, de modo que o direito fundamental poderá ser invocado para sustentar uma pretensão de seu titular¹²¹⁵.

Resta saber como se materializa o processo de produção de efeitos jurídicos de tais normas, bem como se o seu destinatário é tão somente o Estado ou também os particulares. Quanto à questão da produção dos efeitos das normas jurídicas que contêm direitos fundamentais, a doutrina narra que são três as principais escolas¹²¹⁶: (I) a negativista (doutrina do *state action*), adotada nos Estados Unidos; (II) a da eficácia mediata (indireta) nas relações privadas, utilizada na Alemanha; e (III) a da eficácia direta (imediata) nas relações privadas, adotada no Brasil¹²¹⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais nas relações privadas decorre de previsão expressa da Constituição Federal (art. 5, § 1.º). No entanto, a Carta Magna não identificou (como o fez o artigo 18, I, da Constituição portuguesa¹²¹⁸, por exemplo) qual é o destinatário da norma

¹²¹³ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22-23.

¹²¹⁴ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22-23; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21.

¹²¹⁵ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23-24.

¹²¹⁶ As relações jurídicas entre particulares e o Estado se revestem de uma dimensão vertical, tendo em vista a desigualdade de forças entre os dois polos envolvidos. Já nas relações privadas, essa dimensão adquire contornos horizontais, pois o ordenamento jurídico reconhece uma situação de igualdade (pelo menos formal) entre os participantes, sem prejuízo de que uma relação entre privados reconhecidamente desigual venha a ser considerada como de natureza vertical. Dito isso, vale destacar que, na aplicação dos direitos fundamentais, essas dimensões (vertical e horizontal) têm grande relevância. Explica-se: se, de um lado, é inquestionável a eficácia dos direitos fundamentais em face do Estado (eficácia vertical), o reconhecimento dos efeitos diretos desses direitos nas relações entre particulares (eficácia horizontal) ainda é objeto de dissidência, cf. BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

¹²¹⁷ Sobre os argumentos e o desenvolvimento das referidas escolas, ver: BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-31.

¹²¹⁸ “Artigo 18 – Força jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis

fundamental – Estado e/ou particulares –, cuja aplicação imediata restou enfatizada, o que contribui para as posições divergentes na doutrina sobre a matéria¹²¹⁹.

A despeito dessas controvérsias, entende-se que vige no Brasil a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente de nova atuação estatal, seja pela via executiva, legislativa ou jurisdicional (nesse sentido tem caminhado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²²⁰). Dito de outra forma, isso significa “(...)

restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

¹²¹⁹ Enquanto para alguns os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que forem concretizados por leis infraconstitucionais, desenvolvendo um efeito de irradiação na interpretação da legislação (nesse sentido, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007); para outros, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser mediada por lei, possibilitando-se a aplicação direta da Constituição, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que o conflito não possa ser resolvido na base da lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque o ato legislativo oferece uma solução aparentemente injusta (nesse sentido, FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006). Há, também, aqueles que se inclinam em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos fundamentais, reconhecendo, todavia, que o modo pelo qual se opera a aplicação desses direitos não é uniforme, requerendo soluções diferenciadas, levando em consideração a existência ou não de uma relação de desigualdade (nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31).

¹²²⁰ Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que: “Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I - Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla

admitir a possibilidade de os particulares serem sujeitos passivos dos direitos reconhecidos constitucionalmente, independentemente de uma mediação legislativa, ou seja, ainda que inexistia regulamentação do exercício do direito ou mesmo delimitação do seu conteúdo (...)", sendo admitida sua invocação direta perante qualquer esfera privada ou pública, inclusive jurisdicional¹²²¹.

Admitida a eficácia direta e imediata desses direitos nas relações privadas, conclui-se que os preceitos constitucionais estarão aptos a sustentar, de forma autônoma e independente, a pretensão defendida pelo seu titular. Por ricochete, é possível, também, realizar o controle de atos de natureza privada que ofendam ou infrinjam tais direitos

defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido." (STF, Segunda Turma, RE n. 201.819/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005). Em uma perspectiva histórica, a Corte Suprema se caracteriza como uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas. Por exemplo, no RE n.º 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995), discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal o gerente que exige das empregadas de certa indústria de *lingeries* o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Apesar da relevância do tema, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela aplicação da prescrição superveniente, deixando de examinar o caso. Já no RE n.º 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), a Segunda Turma preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa do acórdão é elucidativa: "Direito de Defesa – Devido Processo Legal – inciso LV do rol de garantias constitucionais – Exame – Legislação comum. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. *Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. Cooperativa – Exclusão de Associado – Caráter Punitivo – Devido Processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa.* Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa" (grifo nosso). Sobre o julgamento, DANIEL SARMENTO, após analisar a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa: "(...) É possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados". (Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 297). Em resumo, com base nas raras ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema, é possível delinear a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados e os contornos que ela pode assumir. Sobre o tema, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais, direito público*, v. 1, n.º 2 (out./dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2003, p. 170-174; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹²²¹ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29; RAYNAUD, Julien. *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 66.

fundamentais, mesmo que diante da omissão do legislador infraconstitucional em regulamentá-los¹²²².

No entanto, em que pese a importância da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a aplicação direta de tais normas deve ser vista de forma restritiva, de caráter excepcional. O procedimento normal (e mais conveniente também) deve ser aquele por meio do qual o legislador concretiza em forma de lei infraconstitucional o alcance dos diferentes direitos dessa natureza nas inúmeras relações de direito privado¹²²³.

Disso se extrai que é prerrogativa do legislador o estabelecimento do conteúdo e dos limites dos direitos fundamentais nas relações jurídicas, bem como o papel de conciliar e regulamentar seu exercício em situações concretas. Logo, a invocação direta dos direitos fundamentais previstos na Constituição na solução de conflitos privados deve permanecer restrita a situações de exceção, “(...) nas quais fique demonstrada a incompatibilidade da norma infraconstitucional com os preceitos constitucionais, ou a inadequação ou insuficiência da proteção conferida pelo legislador ao direito fundamental ameaçado ou violado”¹²²⁴.

Em razão da riqueza de situações que podem envolver o conflito entre privados, o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sofrerão variações somente passíveis de identificação na situação em concreto¹²²⁵. Logo, como ressaltam DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, acompanhados por SÉRGIO BOTREL, faz sentido o entendimento de que o critério determinante para se aplicar diretamente os direitos fundamentais deve girar em torno de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica, que deve ser avaliada e comprovada no caso em questão, e não de uma desigualdade geral e de ordem material (e.g. ricos vs. pobres, empregado vs. empregador, consumidor vs. fornecedor¹²²⁶).

¹²²² BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29

¹²²³ UBILLOS, Juan Mará Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-339, p. 315.

¹²²⁴ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 241.

¹²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdade e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 287; BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

¹²²⁶ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110; BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

O exercício de direitos dessa natureza não é ilimitado, nem poderia ser. A imposição de limites ou restrições, diretamente pela Constituição, ou indiretamente pelo legislador infraconstitucional, decorre da necessidade de conciliar sua tutela, realização e convivência harmônica com outros direitos da mesma natureza. Há situações em que, mesmo no silêncio constitucional, a intervenção do legislador será imprescindível para que sejam conciliados direitos fundamentais em conflito¹²²⁷.

No entanto, o que nos interessa averiguar são os critérios que devem nortear a atuação estatal (legislativa e jurisdicional) na proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido, a experiência do Conselho Constitucional francês mostra-se de grande valia, ainda que não tenha por objetivo específico as relações particulares. SÉRGIO BOTREL, com base na doutrina de JULIEN RAYNAUD, refere que a Corte gaulesa, ao ponderar acerca do procedimento que deve levar à conciliação de direitos fundamentais, utiliza-se de três etapas, nas quais examina

(a) se a limitação ou restrição ao direito fundamental tem justificativa legítima (proteção de outro direito fundamental); (b) se a restrição ou limitação é proporcional (proporcionalidade dos meios utilizados para a tutela do direito fundamental); (c) se a restrição ou limitação não esvazia, por completo, o conteúdo do direito fundamental¹²²⁸.

Ao aplicar a lógica do raciocínio à conciliação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, BOTREL assevera ser necessário considerar se a ofensa ou ameaça

(a) encontraria justificativa na realização de outro direito de ordem constitucional; (b) se é indispensável e, nessa hipótese, se foram adotados os meios menos gravosos (proporcionalidade – rejeição ao excesso); (c) se o núcleo

¹²²⁷ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33-34. Nessa direção é a opinião de CANARIS, com suporte na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “(...) Também os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente sem reserva podem ser restringidos, desde que, e na medida em que, tal seja necessário para a proteção de outros direitos fundamentais”. Em outra passagem, o doutrinador alemão afirma: “Nesse quadro, há, pois, que averiguar se a proteção do direito infra-constitucional é eficaz e apropriada. Aqui não se trata de, por exemplo, medir a – eventual – insuficiência de proteção, ou a omissão do legislador, da mesma forma que no caso de uma intervenção num direito fundamental, com base na proibição de excesso. É, antes, preciso verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados. Em todo o caso, a eficácia da proteção integral, em princípio, logo o próprio conteúdo do dever de proteção, já que um dever de tomar medidas ineficazes não teria sentido (...) Para evitar mal-entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um déficit de proteção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 126, 123/124).

¹²²⁸ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35; RAYNAUD, Julien. *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 169-172.

essencial do direito fundamental restou preservado (ofensa ou ameaça de caráter não substancial¹²²⁹).

De tudo isso, conclui o autor:

(...) parece adequado afirmar o seguinte: nas relações privadas deve-se partir do pressuposto de que a conciliação entre os direitos fundamentais realizada pelo legislador encontra respaldo na ordem constitucional, face à presunção de constitucionalidade das leis (...). No entanto, considerando a falibilidade do legislador, é de se reconhecer que há situações em que o regramento infraconstitucional estabelecido é falho, tornando imperativa a invocação direta do direito fundamental ofendido ou ameaçado, para, no exame do caso concreto, avaliar, cumulativamente, (I) se a sua ofensa ou ameaça se justifica na realização de outro direito fundamental; e (II) se o ato impugnado observou a exigência da proporcionalidade¹²³⁰.

Ocorre que nas relações privadas existe um potencial conflito entre direitos fundamentais situados em lados opostos, razão pela qual se identifica uma situação de colisão de direitos da mesma natureza¹²³¹. Como se deve proceder em tais casos? Não existem soluções definitivas para o problema. O entendimento que nos parece mais equilibrado é aquele que defende que as normas de direito fundamental devem encontrar as circunstâncias adequadas para sua aplicação. Logo, defende-se que um direito fundamental pode excepcionar a aplicação ou relativizar a eficácia de outro, desde que se reconheça que, no caso em exame, o direito prevalente se mostrava mais adequado à situação, sendo capaz de realizar a exigência de justiça em concreto¹²³².

¹²²⁹ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35; RAYNAUD, Julien. *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 169-172. SÉRGIO BOTREL refere que essa proposta é semelhante à adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo notícia JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO: “Segundo o professor mineiro, o princípio da proporcionalidade aparece como verdadeiro ‘aferidor da violação do direito’, sendo certo que este princípio se desdobra em três máximas: a) *adequação*, que se consubstancia na idoneidade, abstrata, do ato à persecução do fim desejado ou escolhido; b) *necessidade*, no sentido de que o fim não poder ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo; c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que exige a ponderação dos direitos envolvidos, levando-se em consideração o balanceamento das outras máximas”. (Cf. BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35/36).

¹²³⁰ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35.

¹²³¹ Uma das teorias mais conhecidas (e citadas na doutrina brasileira) sobre os direitos fundamentais é a do alemão ROBERT ALEXY. Em apertada síntese, o doutrinador entende que, no caso de antagonismo entre direitos fundamentais, deve-se promover um sopesamento entre tais princípios, a partir da aplicação das máximas da proporcionalidade em sentido estrito, da necessidade e da adequação, estabelecendo-se uma espécie de preferências em favor de um determinado princípio ou valor, que seria reproduzida em uma rede de decisões concretas sobre tais preferências. Sobre o tema: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. O tema é tão complexo quanto interessante. Seu aprofundamento, no entanto, foge do escopo do presente estudo.

¹²³² Na visão de MARCELO CAMPOS GALUPPO, o critério da adequabilidade, referido por KLAUS GÜNTHER, significa que o juiz, quando excepciona concretamente a aplicação de princípios concorrentes (direitos fundamentais) em determinado caso, apenas reconhece que eles são ou não adequados para realizar a exigência de justiça naquela situação. (Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n.º 143,

Obviamente que os termos das respostas são amplos e inconclusivos, e dependerão, em maior ou menor grau, do caso prático e da ponderação dos interesses envolvidos, inclusive em matéria societária. Vencido esse ponto, vejamos os direitos fundamentais do ponto de vista do seu titular e a possibilidade ou não de ele vir a renunciá-los.

2. Renúncia e os direitos fundamentais: pressupostos

A teoria geral do direito civil ensina que a renúncia tem por efeito jurídico a disposição ou a abdicação de um direito ou de outra posição jurídica ativa. Em razão disso, seu tratamento remete automaticamente aos modos de extinção de direitos, tais como a alienação, o abandono, o perecimento do objeto, a prescrição, a decadência e a desapropriação¹²³³.

Na combinação de conceitos de FRANCISCO AMARAL e CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, a renúncia consiste em um “(...) ato unilateral e gratuito pelo qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a quem quer que seja. Produz a perda absoluta do direito pela manifestação de vontade do titular nesse sentido”¹²³⁴, representando uma verdadeira “(...) quebra da relação de pertinência existente entre um direito e a pessoa do seu titular”¹²³⁵.

Esse modo de extinção de direitos pertence à categoria extintiva subjetiva, isto é, não admite a modalidade translativa, na qual se busca beneficiar outrem. Sua validade não depende da aceitação alheia, mas sim da capacidade jurídica do renunciante e da sua manifestação inequívoca de vontade¹²³⁶. As lições de ORLANDO GOMES e CLOVIS BEVILAQUA destacam que a renúncia “(...) não se presume, mas pode resultar de

1999, p. 191-209, p. 203, *apud* BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38).

¹²³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Renúncia a deveres contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-106, p. 91.

¹²³⁴ AMARAL, Francisco, *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 214.

¹²³⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 372/373.

¹²³⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 214. No mesmo sentido caminha PONTES DE MIRANDA: “A renúncia é categoria jurídica de direito público e de direito privado (...). O que caracteriza a renúncia é a deitação do que é valor para alguém (direito, pretensão, ação, exceção), por manifestação de vontade, que é bastante, em si, para isso, posto que, de regra, seja receptícia. (...) De ordinário, é receptícia a denúncia. (...) A renúncia é abdicativa, não, porém, traslativa; se o fosse, confundir-se-ia com a alienação, a transferência. Alguém pode ter de receber a renúncia, e aproveitar-lhe a si, ou a outrem, a renúncia; mas a renúncia, simplesmente abdicativa, como é, só indiretamente aproveita a outrem. Quem renuncia só perde, não transmite. (...) Por isso mesmo a aceitação é ato supérfluo. (...) Sempre que se fala em renúncia, aluindo-se a aceitação, é de outro negócio jurídico que se deve cogitar.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo V. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 152/153).

manifestações tácitas de vontade que sejam unívocas¹²³⁷”, de maneira que “(...) deixar simplesmente de exercer um direito não importa renunciá-lo; a renúncia deve deduzir-se de circunstâncias que a pressuponham claramente¹²³⁸”.

A discussão em torno da possibilidade e dos limites de renúncia a direito fundamental é tão instigante e rica quanto controversa e tormentosa¹²³⁹, razão pela qual nosso objetivo se limita a sintetizar as posições doutrinárias mais modernas sobre a temática¹²⁴⁰. Em regra, a doutrina tradicional tende a classificar os direitos fundamentais como indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos, admitindo sua eficácia nas relações de ordem privada, mas não o direito dos particulares de renunciá-los¹²⁴¹.

O extremismo dessa posição tem sido revisto pelos defensores de uma perspectiva mais liberal a respeito do exercício e da renúncia às garantias fundamentais, especialmente porque “(...) a negação total da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais é de difícil sustentação, principalmente no âmbito das relações privadas, no qual se impõe o princípio da autonomia privada (...)”¹²⁴².

¹²³⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 193.

¹²³⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Atual. Achilles Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1953, p. 363/364.

¹²³⁹ Sobre a questão, didático e elucidativo é o comentário de CARMEN TIBÚRCIO e LUIS ROBERTO BARROSO: “O tema da renúncia ao exercício de direitos fundamentais gera acesa controvérsia. De um modo geral, a doutrina reconhece a necessidade de interpretar os direitos fundamentais à luz da liberdade pessoal, assegurando aos indivíduos um aspecto de decisão sobre as formas mais adequadas para o seu exercício. A despeito desse consenso essencial, há diferenças no enfoque dado ao tema. Enquanto alguns autores falam na possibilidade de autorrestrrição ou disposição, outros preferem falar em liberdade no exercício. Em ambos os casos subjaz a ideia de que, em uma sociedade plural, os direitos fundamentais não devem ser interpretados paternalisticamente, impondo determinada visão de mundo.” (Cf. TIBÚRCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto. Cláusula compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal. In: FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 101-123, p. 110).

¹²⁴⁰ Para análise profunda sobre o tema, ver: ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

¹²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 31-32, *apud* DO VALE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 195-196.

¹²⁴² DO VALE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 196. Nesse sentido, elucidativo é o pensamento de LAURA SCHERTEL F. MENDES, com base nas lições da doutrina constitucional portuguesa: “A renúncia ocorre quando o titular do direito vincula-se juridicamente a não invocar o direito fundamental perante outros. É um compromisso que o titular assume de não invocar certa posição jurídica, por tempo determinado. A renúncia a direitos fundamentais é revogável, mas pode haver responsabilização do titular por descumprimento do compromisso assumido. A ideia de renúncia a direitos fundamentais não implica a extinção do direito, pois não é possível falar-se em renúncia de um direito fundamental como um todo. Afinal, o direito permanece na esfera jurídica do particular.” (Cf. MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos

Parece ser mais coerente e correta a corrente que sustenta a possibilidade da renúncia a direitos fundamentais nas relações de natureza privada, nas quais se deve buscar o equilíbrio entre as máximas da maior proteção e da maior autonomia individual. Concordamos, nesse sentido, com a visão de LAURA SHERTEL F. MENDES, embasada em ampla doutrina portuguesa, para quem

o desafio reside em especificar quando deve o indivíduo ser protegido e quando deve prevalecer a sua autonomia, que poderia se refletir até mesmo na renúncia a certos direitos fundamentais. Isto é, deve-se estabelecer quando o ato de disposição de algum direito é realmente expressão do poder de autodeterminação do indivíduo e quando esse ato decorre de uma posição desvantajosa e desigual que não reflete a autonomia, mas a mera sujeição do indivíduo¹²⁴³.

Ainda que seja necessário tratar distintamente a renúncia e o poder de disposição de direitos nas relações jurídicas entre particulares e nas envolvendo o Estado¹²⁴⁴ – haja vista que nas últimas existe uma série de condicionantes e restrições que afetam a essência de tais prerrogativas individuais com relação ao tratamento dos direitos que lhe são outorgados pela Lei Maior – em ambas as situações os institutos estão diretamente conectados à presença de requisitos subjetivos e objetivos.

direitos fundamentais como discurso de liberdade. *Revista de Direito Público*, ano 4. n.º 13, jul.-set. 2006, p. 121-133, p. 124).

¹²⁴³ MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como discurso de liberdade. *Revista de Direito Público*, ano 4. n.º 13, jul.-set. 2006, p. 121-133, p. 122. Sobre o tema, relevantes são as reflexões de ANDRÉ RUFINO DO VALE: “Dessa forma, a partir do momento em que se conclui pela admissibilidade, *prima facie*, da renúncia a direitos fundamentais, o seu resultado definitivo será apurado através do processo de ponderação dos valores e bens jurídicos, nos vários níveis em que se exija sua realização, ou seja, no plano da previsão normativa infraconstitucional da possibilidade ou impossibilidade da renúncia; no plano do exercício concreto, pelo particular, do seu poder de disposição sobre as próprias posições de direitos fundamentais; no plano da restrição concreta de uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental efetuada com base no consentimento do particular; e, por fim, no plano da verificação judicial da regularidade constitucional dos procedimentos anteriores.” (Cf. DO VALE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 204/205).

¹²⁴⁴ Sobre o tema manifesta-se PEDRO ADAMY: “A disponibilidade de um direito fundamental está imbricada à sua renunciabilidade, mas não se resume a isso. Com efeito, o critério da disponibilidade serve para diferenciar a eficácia dos direitos fundamentais e a possibilidade de renúncia no que tange às relações privadas e às relações com o poder estatal. A disponibilidade no segundo caso é restrita, limitada. Não que haja uma plena e absoluta disponibilidade no direito privado. (...) Em alguns casos é o legislador quem define que determinadas relações ou as consequências delas advindas são irrenunciáveis ou estão fora do poder de disposição individual. Caso que bem ilustra essa situação é o art. 11 do CC/2002 ao definir que os ‘direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Contudo, o que se propugna é que a disponibilidade dos bens jurídicos e a sua consequente renunciabilidade são, no direito público – e em especial no direito tributário – de tal forma relativizadas pelas garantias constitucionais que ficam restritas àqueles atos que não podem gerar grandes danos ao cidadão-contribuinte e, principalmente, que não tenham efeitos sobre direitos que protegem outros valores constitucionais ou às situações que possuem expressa previsão constitucional, garantindo a disponibilidade do direito ou da garantia fundamental.” Dentre os casos de disponibilidade previstos na Constituição Federal, PEDRO ADAMY cita o art. 5.º, inc. XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. In: ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

Os primeiros – subjetivos – dizem respeito à capacidade do titular do direito a ser renunciado e a sua declaração válida e inequívoca de vontade acerca da renúncia, enquanto os últimos – objetivos – estão relacionados “(...) às características do direito a ser renunciado e às condições em que a renúncia é operada”, de maneira que o direito “(...) para ser renunciado precisa estar na esfera de disposição de seu titular e não ser considerado, de acordo com a sistemática constitucional, como um direito irrenunciável”¹²⁴⁵.

Ora, vejamos os pontos que nos interessam em cada um desses pressupostos. Nos subjetivos é importante realçar a declaração válida e direta de vontade que representa, aqui e alhures, fator nuclear da renúncia a qualquer direito, especialmente aos fundamentais, sem o qual “(...) o ato renunciatório não pode prosperar”. Entende-se, nesse sentido, que essa declaração de vontade deve ser válida, inequívoca e concludente no sentido de renunciar ao direito ou ao exercício de posições jurídicas fundamentais¹²⁴⁶.

Para PEDRO ADAMY, em sua excelente dissertação de mestrado sobre o tema, a renúncia a direito fundamental consiste na:

(...) situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo¹²⁴⁷.

Quanto aos objetivos, merece destaque a disponibilidade do direito fundamental a ser renunciado, que representa uma verdadeira “condição de possibilidade da renúncia”, haja vista que um indivíduo somente pode renunciar um direito de que efetivamente dispõe. A construção ressalta a conexão jurídica entre renúncia e disponibilidade do direito, muito debatida, mas raramente esclarecida pela doutrina civilista. Na grande maioria das vezes, a discussão em torno do tema apela para orientações circulares e pouco (ou nada) esclarecedoras, tais como as que asseveram que somente é possível renunciar a direitos de que se dispõe e apenas têm natureza disponível os direitos classificados como renunciáveis¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 76.

¹²⁴⁶ ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64, 199-204.

¹²⁴⁷ ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58.

¹²⁴⁸ A crítica está posta em: ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 76. No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, SE/AgR 5.206-EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001.

Porém, a complexidade da matéria não justifica o silêncio da doutrina em apresentar uma solução satisfatória para o problema¹²⁴⁹. Encontramos em BEVILAQUA posição que não pretende solucionar o impasse, mas que consegue contribuir para seu esclarecimento, o que, no contexto, é digna de registro. Para o civilista, a regra geral é de que os direitos são renunciáveis da mesma forma que são transmissíveis, salvo exceções que escapam à regra e os tornam irrenunciáveis e indisponíveis. Tais reservas estão relacionadas a situações jurídicas personalíssimas¹²⁵⁰ – vida, liberdade, segurança, igualdade, propriedade – ou a direitos que apesar de individualmente exercidos extrapolam a esfera de interesse do seu titular e visam a resguardar o interesse público, concretizar o bem comum e/ou defender valores sociais relevantes¹²⁵¹.

Depreende-se dessas colocações que o pressuposto objetivo autorizador ou não da renúncia a direito fundamental extrapola a esfera meramente pessoal e depende do exame do círculo de abrangência da disposição individual, bem como das possíveis conexões que o objeto renunciado pode ter com os demais valores sociais albergados pelo ordenamento jurídico. Segundo P. ADAMY,

o poder de disposição – e a consequente possibilidade de renúncia – será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a “esfera de liberdade” e será tão mais relativizado quanto a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental, e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal.

E arremata:

As disponibilidades são distintas, quando consideradas diante (I) dos sujeitos envolvidos e (II) das condições em que são realizadas. Em suma, a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações em que o direito tem esse caráter personalíssimo, que não afeta terceiros e que não possua

¹²⁴⁹ Nesse particular, PEDRO ADAMY (ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 77) transcreve as lições do autor português FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, para quem: “a referência às regras gerais dos actos dispositivos para observar, em primeiro lugar, que não são naturalmente susceptíveis de renúncia àqueles direitos que não forem susceptíveis de disposição – a (ir)renunciabilidade constitui de resto uma das faces em que é costume analisar-se a (in)disponibilidade”. In: PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *A renúncia abdicativa no direito civil*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 130-131.

¹²⁵⁰ Veja-se, nesse sentido, a previsão do art. 11 do Código Civil, que trata dos direitos da personalidade: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. No mesmo sentido posiciona-se sobre o tema PONTES DE MIRANDA: “Os direitos de personalidade são intransmissíveis (...) Os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. Há outros direitos a que não se pode renunciar, tais como aqueles direitos a cujo titular incumbem deveres, de igual ou maior monta (e.g. direitos de família). A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ter eficácia irradiada por essa. Se o direito é de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em consequência, qual seja (Cf. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. T. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 7-8) No mesmo sentido: LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 308.

¹²⁵¹ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Atual. Achiles Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1953, p. 364/365.

uma dimensão de proteção estatal ou que tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia do bem jurídico¹²⁵².

Tem-se, assim, que, uma vez cumpridos os pressupostos subjetivos e objetivos, com suas devidas complicações e desdobramentos, resta autorizada a renúncia a direito fundamental nas relações entre particulares. Por fim, há que se diferenciar a renúncia ao exercício de direito fundamental e a renúncia ao direito fundamental em si. Para tanto, recorre-se, mais uma vez, às precisas lições de PEDRO ADAMY:

A previsão à renúncia ao direito de propriedade do art. 1.275 do Código Civil é esclarecedora. Pode-se renunciar ao exercício do direito de propriedade conforme regulamenta o referido dispositivo legal. Contudo, a renúncia ali operada diz tão somente com o direito àquela propriedade sobre a qual se renunciou e não com o direito de propriedade constitucionalmente previsto. Renuncia-se, portanto, do exercício determinado do direito de propriedade sobre uma propriedade específica, mas não à possibilidade jurídica – conferida pelo direito fundamental à propriedade – de ser proprietário.

Conclui, mais adiante:

(...) resta clara a existência no ordenamento jurídico brasileiro de diferenças entre a renúncia a um direito fundamental e a renúncia ao exercício desse mesmo direito. Enquanto a primeira afeta mais gravemente o direito fundamental, a segunda se apresenta como uma situação mais facilmente revogável, cujos efeitos atingem menos severamente as posições jurídicas e as potencialidades garantidas pelo direito fundamental¹²⁵³.

3. Arbitragem e o direito fundamental de acesso à justiça

O art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal determina que a lei não pode excluir da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito. Trata-se do direito de ação ou princípio da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário, assegurado pela legislação pátria desde a Constituição de 1946¹²⁵⁴. Em síntese, o núcleo jurídico da regra contida na previsão constitucional assevera que os conflitos existentes entre cidadãos serão resolvidos pelo Estado, no exercício do seu poder jurisdicional, não podendo a lei impedir o acesso do cidadão à justiça¹²⁵⁵.

Embora o destinatário principal da norma seja o legislador, a doutrina refere que o comando atinge a todos geral e indiscriminadamente, de tal forma que não podem os

¹²⁵² ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83.

¹²⁵³ ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56-57.

¹²⁵⁴ Art. 141, § 4.º da CF/1946: “§ 4.º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

¹²⁵⁵ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação* n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 50.

membros do Poder Legislativo, nem qualquer outra pessoa, de direito público ou privado, impedir que o jurisdicionado busque deduzir em juízo sua pretensão. Em verdade, trata-se de uma posição jurídica subjetiva ativa, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, na prática, representa um direito subjetivo público – de matriz constitucional¹²⁵⁶ – cuja titularidade pertence a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, sem distinção de qualquer natureza, segundo o *caput* do art. 5.º da CF/88¹²⁵⁷.

A jurisprudência caminha no mesmo sentido. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, reconheceu a importância do direito de acesso à justiça, consubstanciado na garantia da inafastabilidade da apreciação judicial de conflitos individuais e coletivos¹²⁵⁸. A doutrina também defende o caráter fundamental do princípio no ordenamento jurídico pátrio. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, advertia, com veemência, sobre a irrenunciabilidade da via judicial¹²⁵⁹.

Verdadeiras são as lições do tratadista e, também, a orientação do Pretório Excelso. Ao preconizar o acesso ao Poder Judiciário, a redação do inc. XXXV do art. 5.º da Constituição Federal reconhece tal direito como fundamental, e, como tal, não pode ser renunciado a ponto de ser fulminado, isto é, ter seu núcleo essencial atingido, momento em que não restará qualquer resquício eficaz do próprio objeto fundamental renunciado. A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Poder Judiciário em concepção alargada, ou seja, engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa, célere e convincente possível, não sendo permitida a sua renúncia a ponto de aboli-lo¹²⁶⁰.

¹²⁵⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 233. Na visão do processualista NELSON NERY JUNIOR: “Trata-se de um direito de ação abstrato que objetiva uma prestação jurisdicional adequada, inserido na categoria de direito público subjetivo de receber sentença *tout court*, seja de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”. (Cf. JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98).

¹²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 212/213.

¹²⁵⁸ O referido dispositivo, “quando se conjuga com a regra da independência e harmonia dos poderes, que o art. 2.º erige em um dos princípios fundamentais da República, supera as dimensões da garantia da proteção jurisdicional ao cidadão para converter-se em garantia ao Poder Judiciário. É que nele se consagra, como reverso da medalha da garantia do direito de ação, a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, jurisdição que tem na sua função cautelar, mais que uma forma de tutela das partes, um mecanismo de garantia de si mesma, da jurisdição, isto é, da plenitude do exercício da função típica do Poder Judiciário.” (Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 223, Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/05/1990).

¹²⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado das ações*, t. I. São Paulo: RT, 1970, p. 247.

¹²⁶⁰ O raciocínio resulta de uma adaptação dos votos proferidos em julgamentos da Corte Suprema: STF, Tribunal Pleno, MS 22.472-QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.03.1996; STF, 2.ª Turma, RE 158.655/PA, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 20/08/1996.

O presente estudo defende que a arbitragem constitui uma forma legal de renúncia ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário, constante no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal. A Lei n. 9.307/96, ao autorizar qualquer cidadão a escolher voluntariamente esse método de resolução de conflitos, assegurou ao indivíduo o direito de renunciar à jurisdição estatal e, por ricochete, de usufruir do direito constitucional de acesso à justiça em uma esfera privada¹²⁶¹.

A polêmica em torno da constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi resolvida no ano de 2001 quando o Supremo Tribunal Federal – com base no voto do Min. Nelson Jobim no julgamento do Agravo Regimental em sede da Sentença Estrangeira Contestada 5206-7 – declarou que a livre estipulação contratual de cláusula arbitral representa uma forma válida de exclusão (renúncia relativa ou específica¹²⁶²) da apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito¹²⁶³.

Sobre o tema, transcreve-se breve passagem do parecer do Subprocurador-Geral MIGUEL FRAUZINO PEREIRA e do Procurador-Geral da República GERALDO BRINDEIRO, que embasou a posição vencedora:

(...) O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação

¹²⁶¹ Isso não significa que discordemos da crítica no sentido de que nem a jurisprudência nem a doutrina se esforçaram para limitar as bases teóricas da renúncia a direito fundamental, bem como de que essa ausência de delimitação contribuiu para o crescimento de leis com previsão de renúncia – especialmente na esfera tributária – sem que exista um controle efetivo e eficaz do Poder Judiciário com relação a essas hipóteses. Entendemos, no entanto, que a ponderação não se aplica especificamente à arbitragem. Nesse sentido, ver: ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21 e STF, Tribunal Pleno, SE/AgR 5.206-7 EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001.

¹²⁶² Voto do Min. Nelson Jobim, fl. 1.064 dos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino de Espanha, cuja íntegra se encontra disponível no *site* www.stf.gov.br

¹²⁶³ Sobre o tema opina JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, com base no voto proferido pelo Min. NELSON JOBIM: “O trecho integral que merece destaque é: ‘Penso ainda que a Lei 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5.º, inc. XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça de direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isso não significa que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. (...) O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito’. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Poder Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através da cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário” (Cf. ENEI, José Virgílio Lopes. *A arbitragem nas sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n.º 129, p. 136-173, jan./mar. 2003, p. 143/144).

judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Poder Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através da cláusula compromissória¹²⁶⁴.

Os votos dos Ministros que se manifestaram favoráveis à constitucionalidade da arbitragem evidenciam não apenas a autonomia privada como princípio basilar da arbitragem, mas especialmente a renúncia espontânea, específica e inequívoca à jurisdição estatal (e não abstrata e absoluta), atestando que a livre manifestação de vontade individual é fundamento jurídico e pedra angular do sistema arbitral. Nesse sentido, vejam-se os votos dos Ministros NELSON JOBIM, ELLEN GRACE e NÉRI DA SILVEIRA, respectivamente:

Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito; em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (...) Portanto, se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão de compor os seus conflitos pela via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito a sua liberdade; a liberdade de tentar compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade. É permitido recorrer ao Poder Judiciário, como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade. É por isso que foi assegurado o direito de opção ao cidadão através da possibilidade de optar pelo Poder Judiciário ou não. Como se assegurou essa faculdade, esse direito do cidadão? Assegurou-se essa faculdade proibindo constitucionalmente a lei que vede o exercício da alternativa¹²⁶⁵.

Como se vê, o cidadão pode invocar o Judiciário, para a solução de conflitos, mas não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos¹²⁶⁶.

Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessadas e segundo a

¹²⁶⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n.º 129, p. 136-173, jan./mar. 2003, p. 143/144.

¹²⁶⁵ Excerto extraído do Voto do Min. Nelson Jobim, nas fls. 1.019 a 1.021 dos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino de Espanha, cuja íntegra se encontra disponível no *site* www.stf.gov.br.

¹²⁶⁶ Excerto extraído do Voto da Min. Ellen Gracie, na fl. 1.149 dos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino de Espanha, cuja íntegra se encontra disponível no *site* www.stf.gov.br.

convenção celebrada. O instituto da arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, na vontade das partes¹²⁶⁷.

A despeito de ter sustentado a tese vencida da inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 9.307/96, o Min. Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE jamais tibubeou acerca da marca consensual da arbitragem; muito antes pelo contrário, afirmou expressamente que o caráter consensual do instituto garante sua legitimidade perante a Constituição Federal:

Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação. A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição¹²⁶⁸.

Concordamos, portanto, com a opinião de LEONARDO DE CAMPOS MELO, no sentido de que “(...) para o STF, a relação estabelecida entre o princípio da autonomia da vontade e a arbitragem é tão íntima que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há arbitragem válida sem a constatação de ter havido livre e inequívoca manifestação de vontade das partes litigantes”¹²⁶⁹.

Essa orientação foi seguida pelo legislador nas recentes reformas legislativas perpetradas ao Código de Processo Civil de 1973 – diploma caracterizado pela presença majoritária de normas de natureza cogente, que não admitem derrogação ou alteração pela autonomia privada – por meio da inserção da convenção de arbitragem, cláusula e compromisso arbitral (arts. 267, inc. VII e 301, inc. IX, § 4.º, ambos do CPC¹²⁷⁰), como uma

¹²⁶⁷ Excerto extraído do Voto do Min. Néri da Silveira, na fl. 1.189 dos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino de Espanha, cuja íntegra se encontra disponível no *site* www.stf.gov.br.

¹²⁶⁸ Excerto extraído Voto do Min. Sepúlveda Pertence, na fl. 998 dos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino de Espanha, cuja íntegra se encontra disponível no *site* www.stf.gov.br.

¹²⁶⁹ MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos e sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 20. Em sentido contrário, CARLOS AUGUSTO SILVEIRA LOBO entende que não há monopolização da prestação jurisdicional pelo Estado (do qual a arbitragem seria exceção), mas sim colocação do Poder Judiciário à disposição de todos para apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito. Não haveria, assim, necessidade de a renúncia ser expressa, direta e inequívoca (LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação* n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 49 e 55).

¹²⁷⁰ Em linhas gerais, o substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 que institui o novo Código de Processo Civil, já aprovado pelas duas casas que formam o Congresso Nacional, mas ainda pendente de consolidação e sanção presidencial, manteve o tratamento dado ao tema, fazendo referência à convenção de arbitragem em três principais artigos: (i) no art. 335, inc. X, §§5º e 6º, dentro do Capítulo da Contestação: “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: X – Convenção de arbitragem. §5º - Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo; § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.” No art. 483, dentro do Capítulo da Sentença e da Coisa Julgada: “O juiz não resolverá o mérito quando: VII – acolher a alegação de existência

exceção por meio da qual a vontade manifestada pelas partes produz efeitos em determinado processo judicial¹²⁷¹.

Disso tudo, extrai-se que a legislação e a jurisprudência pátrias reconhecem a possibilidade de os indivíduos renunciarem ao exercício do direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário, desde que a celebração da convenção, por meio da qual renunciam à jurisdição estatal e elegem a arbitragem como forma de resolução de litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis de uma determinada relação jurídica, seja celebrada por partes capazes, em situação concreta e por meio de manifestação de vontade inequívoca e concludente¹²⁷²⁻¹²⁷³.

A título de conclusão, irretocável é o raciocínio de JULIANA K. PELA, em estudo sobre a relação entre arbitragem e autonomia privada:

Essa ampla aceitação da Lei de Arbitragem pelos juízes e tribunais brasileiros permite inferir, com efeito, a existência de uma forte correlação entre a validade da cláusula compromissória e o reconhecimento de que os contratantes gozam de autonomia quanto à sua estipulação. Em suma, a afirmação de que a Lei de Arbitragem manteve incólume a garantia de acesso ao Poder Judiciário prevista no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República importa em atribuir aos contratantes a faculdade de escolher a forma pela qual seus conflitos serão

de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.” E no art. 1014 no Capítulo do Agravo de Instrumento: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem.”

¹²⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33 – 46, p. 35/36.

¹²⁷² Nesse sentido destaca NELSON NERY JUNIOR: “Com a celebração do compromisso as partes não estão renunciando ao direito de ação, nem ao juiz natural. Apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado (...) O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.” (Cf. JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89 e 101-103). Assim, sendo a cláusula compromissória decorrência direta do livre exercício da autonomia privada dos indivíduos, a escolha da arbitragem é ato por meio do qual as partes dispõem da instância jurisdicional estatal em favor da constituição de um novo âmbito jurisdicional, de caráter privado, mas com caráter jurisdicional, inspirado em valores e regras próprios, previstos pela Lei 9.307/96, que norteiam a resolução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

¹²⁷³ No mesmo sentido se manifesta JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI ao enfrentar o argumento de que a arbitragem constitui direito essencial dos acionistas e, portanto, de natureza irrenunciável: “Direitos essenciais dos acionistas são aqueles apontados como tal pela lei. Se é a própria Lei 6.404/76 que prevê a possibilidade de o estatuto social estabelecer uma cláusula compromissória como alternativa de acesso ao Poder Judiciário, é porque a lei não considera irrenunciável esse referido direito. Configurando o acesso ao Judiciário direito renunciável e, portanto, não essencial a teor do próprio art. 109 da Lei 6.404/76 e do entendimento já sufragado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da Lei 9.307/96, não há porque se lhe negar tratamento equivalente aos demais direitos tratados no estatuto social, cuja disciplina deve ser observada automática e obrigatoriamente pelo acionista que ingressa na sociedade.” (Cf. ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n.º 129, p. 136-173, jan./mar. 2003, p. 149).

solucionados. Nesse sentido, o que a Lei de Arbitragem delineia é uma expansão da liberdade contratual ou, em outras palavras, a constituição de um espaço regulado, sobretudo, pelo consenso entre as partes e imune à interferência estatal, uma vez que estão em jogo apenas interesses passíveis de livre disposição pelos envolvidos¹²⁷⁴.

Por derradeiro, lembre-se que a renúncia a qualquer direito, seja ou não fundamental, deve ser sempre interpretada restritivamente¹²⁷⁵, na linha traçada pelo art. 114 do Código Civil¹²⁷⁶, razão pela qual a manifestação de vontade das partes em favor da arbitragem deve ser cuidadosamente verificada no momento da formação da convenção de arbitragem, objeto do próximo item.

4. Convenção de arbitragem: cláusula e compromisso arbitral

A Lei n. 9.307/96, a exemplo do que fizeram outras legislações estrangeiras¹²⁷⁷, fundou o instituto da arbitragem no princípio da autonomia privada das partes¹²⁷⁸. Em razão disso, entende-se que a convenção de arbitragem é um acordo de vontades por meio do qual as partes, pela sua manifestação de vontade, elegem a arbitragem como forma de resolver conflitos presentes ou futuros, determinados ou determináveis, em relação aos quais renunciam o exercício do seu direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Trata-se de negócio jurídico cuja validade depende do cumprimento das exigências do art. 104 do Código Civil (i.e., agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não de defesa em lei) e cujos efeitos jurídicos são próprios, de ordens material e processual¹²⁷⁹.

¹²⁷⁴ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 132.

¹²⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 184/185.

¹²⁷⁶ Art. 114: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

¹²⁷⁷ Em uma perspectiva de direito comparado, lembre-se que a maioria dos países economicamente bem sucedidos possui legislações arbitrais baseadas na autonomia privada, dentre os quais vale mencionar: (I) Alemanha (regulada pelo Código Civil alemão); (II) Itália (regulada pelo Código de Processo Civil italiano); (III) França (regulada pelo Código Civil francês), (IV) Estados Unidos (regulada, em geral, pelo Código Uniforme de Arbitragem); (V) e Espanha (regulada pela Lei n.º 60/2003).

¹²⁷⁸ Concordamos, nesse sentido, com a visão de EDUARDO PARENTE: “(...) a autonomia da vontade é um pressuposto do processo arbitral, na medida em que sem ela simplesmente não existe, além de princípio informativo do processo arbitral, ao regular seu procedimento, ao incidir na forma com que as regras ou mesmo os princípios sejam aplicados.” PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 102.

¹²⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79; GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 323.

O art. 3.º da Lei n. 9.307/96 delinea a maneira pela qual as partes elegem a arbitragem como seu método de resolução de conflitos: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

A convenção de arbitragem é gênero do qual resultam duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral, ambas fundadas na manifestação de vontade das partes, mas distintas em uma série de aspectos. As duas são expressamente reguladas pela Lei de Arbitragem¹²⁸⁰.

Nos termos do art. 4.º, a cláusula compromissória é o instrumento por meio do qual as partes de determinado contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tais relações jurídicas¹²⁸¹. Já o compromisso arbitral,

¹²⁸⁰ O Brasil adotou a mesma sistemática existente no direito francês, outorgando à convenção natureza bipartite, da qual resultam duas espécies: compromisso arbitral e cláusula compromissória. Em sua dissertação de mestrado, que tratou do tema, LUIS FERNANDO GUERREIRO destaca a relevância dessa diferença: “(...) a diferença conceitual entre as duas espécies da convenção de arbitragem decorre do seu conteúdo objetivo, isto é, do litígio a ser solucionado. Como o compromisso arbitral normalmente é celebrado depois do litígio, o objeto deste é mais claro para a cognição dos árbitros; já a cláusula compromissória, normalmente redigida antes do conflito, tem um conteúdo genérico que pode, posteriormente, ter de ser mais bem especificado. (...) É importante destacar que a divisão da convenção de arbitragem em duas espécies não é recente no sistema brasileiro e não foi instituída pela Lei de Arbitragem de 1996. O compromisso arbitral sempre foi a forma mais comum de submissão das partes à solução de conflitos pelo juízo arbitral, mas a cláusula compromissória era prevista pelo menos desde a Convenção de Genebra de 1923. O grande problema, no entanto, dizia respeito à diferença do grau de vinculação entre duas espécies da convenção de arbitragem no regime anterior. Não havia paridade entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória. A cláusula compromissória possuía a natureza jurídica de um pré-contrato, pacto de contrahendo, o que lhe conferia pouco ou nenhum grau de vinculação entre as partes, já que, caso a arbitragem tivesse que ser instituída, deveria haver a celebração de um compromisso arbitral entre as partes. Isto se tornava difícil, uma vez que a superveniência do conflito existente, via de regra, ceifava os canais de comunicação e negociação entre as partes. A cláusula compromissória não possuía execução específica, isto é, qualquer negativa de instituição do juízo arbitral nas relações jurídicas que continham cláusula compromissória era, quando muito, apenada com perdas e danos, causa essa que foi indicada como primordial para a pouca utilização da arbitragem. Entendia-se que a cláusula compromissória era apenas uma forma de pré-definir a arbitragem como forma de solução do conflito, mas não obrigatoriamente, até porque ninguém poderia se vincular à solução de um conflito que só existia in abstrato. O objeto da cláusula compromissória não é certo, não é específico e, por isso, as partes só poderiam ser compelidas a cumprir o contrato preliminar se ele contivesse todos os requisitos do contrato principal (...), o que não ocorria com a cláusula compromissória. (...) Tal conceito foi superado pela Lei de Arbitragem e a cláusula compromissória, nitidamente, passou a ser vinculante para as partes, sendo permitida sua específica na qual a negativa da parte pode ser substituída por uma sentença (art. 7.º e seguintes da Lei de Arbitragem). Portanto, hoje, não há grande diferença teleológica entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (...)” (Cf. GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7-10).

¹²⁸¹ Nas palavras de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES: “(...) a arbitragem constitui complexo de atos que compreende o compromisso, a instituição do juízo arbitral, o procedimento, o laudo e o seu cumprimento pelas partes, sem se mencionar a cláusula compromissória ou arbitral. Quanto a essa, refere o jurista, “Esta última é manifestação da vontade das partes em submeter à arbitragem a eventual controvérsia que surja de determinada relação jurídica de direito material que as vincula. Insere-se, portanto, em contrato que regula e tem por objeto principal relação jurídica de direito material, não obstante discipline relação jurídica de direito processual, com conteúdo e objeto próprios que não se confundem com as demais cláusulas do contrato” (Cf. MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 21).

segundo a previsão do art. 9.º, consiste em instrumento por meio do qual os indivíduos submetem um litígio já existente à arbitragem, podendo assumir caráter judicial ou extrajudicial¹²⁸².

A convenção arbitral será cheia ou vazia, caso contenha ou não as regras procedimentais necessárias para iniciar a arbitragem, bem como as que serão observadas na solução da controvérsia, na escolha dos árbitros, da lei, da sede, do idioma, entre outras. A experiência mostra que a convenção arbitral cheia outorga mais segurança jurídica e previsibilidade à arbitragem, na medida em que a instauração do processo arbitral, em caso de conflito, independe da ação de um terceiro (podendo ser inclusive o juiz, nos termos dos arts. 6.º e 7.º da Lei n. 9.307/96).

Além da distinção fundamental quanto ao momento da formação e à cronologia do conflito – a cláusula compromissória geralmente se antecipa; é firmada anteriormente ao surgimento da desavença, adquirindo, em certa medida, caráter preventivo; ao passo que o compromisso é necessariamente contemporâneo ou posterior à controvérsia, e, por isso, remediativo, podendo resultar tanto da vontade das partes quanto de determinação judicial –, a legislação estabelece uma série de diferenças entre os documentos instauradores da arbitragem que fogem ao escopo do presente estudo¹²⁸³.

O ponto que se quer destacar diz respeito à necessidade de a cláusula compromissória e do compromisso assumirem a forma escrita. Alinhado com a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras¹²⁸⁴, o art. 4.º da Lei n. 9.307/96 determina que tanto um quanto o outro devem

¹²⁸² Para JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES: “(...) o compromisso é contrato perfeito, que regula a instituição do juízo arbitral, com a nomeação dos árbitros, o estabelecimento de regras de procedimento e ser adotado ou a previsão da competência dos árbitros para definir tais normas” (MAGALHÃES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 25).

¹²⁸³ Por exemplo, o artigo 10 da Lei 9.307/96 exige que o compromisso arbitral deve, obrigatoriamente, conter: I – nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II – nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III – a matéria que será objeto da arbitragem; e IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral. Já o art. 11 refere que o compromisso poderá conter: I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III – o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. A despeito disso, é importante destacar que a lei os equipara quanto aos efeitos, de modo que, uma vez celebrado o compromisso ou cláusula, seu descumprimento autorizará a execução específica. (Cf. TIBÚRCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto. *Cláusula compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal*. In: FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 101-123, p. 107).

¹²⁸⁴ Art. 2.º “Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz

ser estipulados por escrito, podendo a cláusula compromissória estar inserta no próprio contrato ou ser firmada em documento apartado que a ela se refira (art. 4.º, §§ 1.º e 2.º¹²⁸⁵), ao passo que o compromisso é sempre apartado.

Com exceção do compromisso extrajudicial para o qual o legislador exigiu que o instrumento particular seja assinado por duas testemunhas, tornando essencial a forma do ato¹²⁸⁶, não há determinação legal no sentido de que a cláusula compromissória assuma algum ritual ou formato específico (i.e., escritura pública), além da forma escrita, que representa um de seus elementos essenciais¹²⁸⁷. Nesse sentido, perquiri-se se o acordo de vontades verbal seria suficiente para formar a cláusula compromissória ou se é sempre necessário cercar o consentimento das partes de alguma espécie de formalidade.

O tema ultrapassa a esfera arbitral e avança sobre uma das classificações dos negócios jurídicos em formais e não formais. O significado de tais termos, no entanto, não é estanque; há negócios que se revestem de determinada forma, mas que nem por isso são qualificados como negócios jurídicos solenes, pois não contam com a participação de uma autoridade pública, podendo ou não exigir posterior transcrição em registro próprio. Há, portanto, negócios formais que não são solenes.

Qual seria, então, a diferença entre eles? Para ORLANDO GOMES:

O verdadeiro conceito de negócio solene é referido à forma como requisito essencial à sua validade. Solene será, pois, o negócio cuja forma prescrita na lei é de sua substância; e que não vale, se não for observada. Esse é, realmente, o traço distintivo. Na classificação, o vocábulo forma é tomado no sentido de formalidade, isto é, modo pelo qual se deve exprimir a declaração de vontade¹²⁸⁸.

respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas (...)"

¹²⁸⁵ O art. 37, inc. II, da Lei 9.307/96, ao tratar da homologação da sentença arbitral estrangeira também faz referência à forma escrita: "A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: II – o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial."

¹²⁸⁶ A doutrina tece severas críticas a essa previsão: "Não se justifica o apego à fórmula tradicional (a exigência formal repete dispositivo encontrado na legislação processual do início do século), especialmente quando se constata que para a cláusula compromissória – que, como o compromisso, tem aptidão para instaurar o juízo arbitral – o mesmo legislador foi bem menos conservador, não fazendo imposições de feição medieval como esta, de reclamar a assinatura de testemunhas (método, convenhamos, bastante rudimentar de realçar a importância das obrigações assumidas ou de solenizar a celebração de contrato, eis que, como se sabe as testemunhas que assinam o instrumento por vezes não presenciam o ato), limitando-se apenas a preconizar a forma escrita." (Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 191).

¹²⁸⁷ SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

¹²⁸⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 238; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 62/63.

Para responder o questionamento posto é preciso separar o compromisso arbitral (judicial ou extrajudicial) da cláusula compromissória. Quanto ao primeiro, a resposta é afirmativa, pois a forma especial se confunde com a própria existência do ato (art. 9.º, §§ 1.º e 2.º), sendo sempre necessária a manifestação de vontade na forma escrita e cumpridos os requisitos da lei. Quanto à segunda, a dúvida persiste, já que a cláusula compromissória está geralmente inserida em um contrato cuja forma escrita não exige solenidade adicional – como a intervenção de um notário público.

O ponto que se busca esclarecer é o seguinte: a forma escrita privada torna a convenção de arbitragem um contrato formal *ad solemnitatem* ou *ad probationem*? Seria a forma escrita exigida pela lei como elemento necessário à validade do ato ou somente como um elemento de prova ou uma técnica probatória¹²⁸⁹?

Nem toda a doutrina arbitral enfrenta essa questão. Dentre os que o fizeram, a parcela majoritária afirma peremptoriamente que a cláusula compromissória não é negócio jurídico solene, tendo o legislador se contentado apenas com a forma escrita do documento, sendo tal requisito apenas *ad probationem*, na linha do art. 401 do Código de Processo Civil¹²⁹⁰, e não condição de sua validade¹²⁹¹.

Nesse sentido caminham as opiniões de CARLOS ALBERTO CARMONA e JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, respectivamente:

Em relação à forma, determina a Lei Brasileira seja a cláusula celebrada por escrito. Tratando-se de contrato, sem formalidade específica a não ser a utilização da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos. Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula de arbitragem, já que o legislador fixou forma rígida apenas para o compromisso (art. 9.º da Lei). Não está descartada, igualmente, a contratação por via eletrônica, embora esta forma de consolidação da vontade das partes ainda careça, para sua total segurança, de

¹²⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 62/63; RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 181.

¹²⁹⁰ “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

¹²⁹¹ BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 49/50; MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 28-29. Esse também parece ser o posicionamento de MAGALHÃES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 34/35. Confusa é a opinião de CÉZAR FIUZA, que parece confundir elementos de validade e prova: “A cláusula compromissória não pode ser outra coisa senão contrato formal. A escritura é essencial para sua existência. Não há, em nosso entendimento, nenhuma outra maneira possível de prová-la. A consequência da inobservância de qualquer um dos requisitos de validade, que viemos de estudar, inquina a cláusula compromissória de vício, tornando-a passível de ser anulada judicialmente” (Cf. FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 112).

alguma regulamentação que sistematize chaves de autenticação e senhas de confirmação de mensagens¹²⁹².

Diversamente do compromisso, que deve revestir-se de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9.º, §§ 1.º e 2.º, LA), exigindo, portanto, prova *ad substantiam*, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei que seja estipulada por escrito (art. 4.º, § 1.º, LA), sendo a prova apenas *ad probationem*. Pode a cláusula ser convencionada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, *fac-simile*, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra¹²⁹³.

Além da diferenciação quanto à forma, a razão que embasa essa orientação também passa pela maneira por meio da qual a parte manifesta sua vontade favoravelmente à cláusula compromissória. Explica-se: em razão de a Lei de Arbitragem exigir que a cláusula compromissória assuma necessariamente a forma escrita seria natural presumir que a manifestação de vontade da parte quanto à formação do instrumento deveria ser, necessariamente, expressa. Essa presunção, no entanto, não é absoluta, haja vista que a aceitação tácita não é incompatível com a natureza consensual da cláusula compromissória¹²⁹⁴, como veremos a seguir.

Em síntese, a cláusula compromissória é negócio jurídico formal, mas não solene, ao passo que o compromisso arbitral o é – formal e solene. A exigência legal no sentido de que a cláusula compromissória assuma a forma escrita não atinge o plano da validade do ato – tão somente sua técnica probatória –, nem gera presunção absoluta de que a manifestação de vontade da parte em favor da arbitragem deve ser necessariamente expressa. O tema é pertinente para os fins deste trabalho e será estudado no próximo item.

4.1. Consensualismo e forma de manifestação da vontade

Vimos que a instituição do juízo arbitral decorre de ato voluntário das partes, condicionado a sua declaração de vontade, nos termos convencionados no compromisso, em documento apartado, ou no corpo do contrato, no caso de cláusula compromissória¹²⁹⁵. Isso

¹²⁹² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105. Em sentido contrário, sustentando a essencialidade da forma escrita para a formação da cláusula compromissória: NERY, Nelson Junior e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.432; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei n.º 9.307/96, de 23.09.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 184.

¹²⁹³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 179/180.

¹²⁹⁴ BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 50.

¹²⁹⁵ TIBÚRCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto. *Cláusula compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal*. FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e*

porque, em termos processuais, como bem destaca CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “o direito de ação, examinado à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma faculdade inerente à personalidade, e não um dever”¹²⁹⁶.

O consentimento representa, nesse contexto, a intenção inequívoca da parte na escolha da arbitragem como método de resolução de conflitos relacionados a determinado contrato ou negócio jurídico, bem como o limite da competência atribuída aos árbitros. Reitera-se que disso resulta uma constatação relevante: a arbitragem é eminentemente voluntária, não sendo possível, em tese, compelir qualquer pessoa, física ou jurídica, a submeter-se ao juízo arbitral contra sua vontade ou mesmo na ausência de manifestação da parte¹²⁹⁷.

Na teoria geral do direito civil a vontade é parte essencial e elemento nuclear do negócio jurídico, situada no plano da sua validade, de maneira que quando um indivíduo declara sua vontade negocialmente significa um comportamento “(...) exteriormente observado que cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial com a intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes”¹²⁹⁸.

Como leciona SERPA LOPES,

(...) o consentimento (...) pressupõe a existência de duas declarações de vontade emitidas cada uma *de per se* e isenta de defeitos. Além de emitido, necessita o consentimento ser comunicado à outra contraparte para o conhecimento desta e a

internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 101-123, p. 102.

¹²⁹⁶ E segue o processualista: “Quando se diz que a opção pela arbitragem implica uma renúncia ao direito de ação, essa assertiva deve ser entendida como a renúncia à jurisdição estatal e, conseqüentemente, ao direito de ação perante o Estado. Também perante o árbitro se exerce ação, e a ordem jurídica trata a iniciativa do processo arbitral como o primeiro passo em busca de uma tutela jurisdicional, ou acesso à justiça, de modo equivalente ao que se dá no processo estatal” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 68).

¹²⁹⁷ Ressalta EDUARDO SILVA DA SILVA que a arbitragem, fundada na convenção, é um instituto insculpido e criado pelas partes, respeitados os limites postos pela lei, por meio do qual os particulares, por força da sua vontade, exercem a faculdade de se submeterem à arbitragem, desenhando os contornos do instituto, fixando prazos, estabelecendo formas, nomeando árbitros ou painéis, e, até, determinando os critérios de julgamento (por direito ou equidade). (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35). No mesmo sentido, TIBÚRCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto. *Cláusula compromissória: Interpretação, efeitos e a questão intertemporal*. FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 101-123, p. 102; MARTINS, Pedro A. Baptista. *Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista*. In: FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 291-306, p. 293.

¹²⁹⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 416; BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, p. 350.

sua ciência quanto ao seu significado. É a isto que se denomina de troca de manifestações de vontade¹²⁹⁹.

Os modos por meio dos quais um indivíduo exterioriza sua vontade no sentido de contrair uma obrigação, ou no de concluir um contrato, podem dar-se de maneiras diversas. Quando a palavra ou outro sinal exterior é o meio pelo qual uma parte evidencia a intenção de comunicar a outro determinado sentido volitivo, fala-se que a declaração é expressa ou direta. Já quando essa mesma vontade não é divulgada por meio de uma declaração desse gênero, mas sim por comportamentos do sujeito, fala-se em manifestação tácita ou indireta. Em situações excepcionais, admite-se o silêncio como forma de manifestação de vontade¹³⁰⁰.

VICENTE RAO foi um dos civilistas de escol que se dedicou ao estudo das formas de declaração e dos efeitos jurídicos delas decorrentes. Ao tratar da declaração expressa, o autor refere que:

Quando se exterioriza através dos meios sensíveis de uso comum na vida quotidiana, a declaração de vontade é dita expressa. Expressa é, pois, a declaração produzida pelos meios objetivos correntes no comércio jurídico. Desses meios, a palavra escrita ou falada é o mais comum, mas não o único, pois outros existem, criados pelos costumes e admitidos pelo Direito, consistentes, p. ex., em atitudes mímicas, como o aperto de mão, a inclinação da cabeça, a votação simbólica (...). De um modo geral, considera-se expressa a declaração de vontade produzida com o propósito consciente de torná-la conhecida de outrem, ou, tal seja o caso, para que produza, pura e simplesmente, os efeitos que a lei lhe atribui¹³⁰¹.

Já a declaração tácita seria aquela

(...) resultante de certos atos, atitudes ou comportamentos incompatíveis, segundo os casos, com certa concordância ou com certa discordância. De um modo voluntário de proceder, revelado como fato exterior, a experiência infere (*facta concludentia*) que aquele que o pratica, ou mantém, assim manifesta ou declara uma vontade inconciliável, por força do princípio de contradição, com uma vontade oposta. Para a sua apuração (nos casos em que a declaração tácita é admitida) basta observar-se a maneira comum e razoável de apreciação dos fatos humanos, de conformidade com o que, no respectivo meio ambiente, se considera ser a ordem normal das coisas, até se alcançar a convicção honesta de que fatos examinados equivalem, inequivocamente, à revelação de certa vontade¹³⁰².

¹²⁹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Vol. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 50.

¹³⁰⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, 73/74; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Vol. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 51. Entre nós o tema foi estudado por: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961; TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55-75.

¹³⁰¹ RAO Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 138. No mesmo sentido: BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, p. 349/350.

¹³⁰² RAO Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 138. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, Tomo XXXVIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 22-24.

O critério de distinção entre declaração tácita e declaração expressa reside no meio pelo qual a vontade é manifestada¹³⁰³; será expressa a vontade quando revelada por palavras ou quaisquer outros meios diretos ou imediatos de expressão, ao passo que será tácita quando o seu conteúdo direto se inferir de outro meio, por dedução, de forma lateral ou oblíqua. Nesse particular, é importante consignar que a declaração tácita de vontade não se confunde com o silêncio, que, em regra, não tem valor como declaração negocial, podendo tê-lo quando a lei, uma convenção negocial ou os costumes assim lhe atribuíam¹³⁰⁴.

A regra geral do art. 107 do Código Civil consagrou o princípio jurídico do consensualismo ao determinar que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Logo, a exteriorização da vontade poderá ser tácita, salvo se previsão legal exigir que seja realizada de outra maneira. A lógica se inverte quando se trata do silêncio, que também pode ser considerado uma forma de manifestação de vontade, mas somente em situações excepcionais, nas quais estejam presentes elementos qualificadores, tais como a previsão de uma abstenção ou omissão; poderá ser valorado como tal no momento de contrair uma obrigação ou formar um contrato, como se denota da previsão do art. 111 do mesmo diploma legal¹³⁰⁵.

A Lei n. 9.307/96 silenciou quanto à forma por meio da qual a vontade da parte deve ser exteriorizada em favor da arbitragem. Na ausência de previsão legal, a doutrina majoritária segue corretamente a sistemática do art. 107 do Código Civil e admite que o consentimento para vincular uma parte a uma cláusula compromissória ocorra expressa ou tacitamente¹³⁰⁶. A despeito disso, por se tratar de renúncia ao exercício de direito

¹³⁰³ Precisa, nesse particular, é a observação de PONTES DE MIRANDA: “As manifestações de vontade tácitas supõem ato que não se haja de considerar suficientemente expressivo. Nas palavras ‘expressa’, ‘expressão’, há dois sentidos: no sentido estrito, ou a manifestação de vontade é expressa ou tácita, ou pelo silêncio; no sentido largo, a tacitude e o silêncio são também expressões.” (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, Tomo XXXVIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 23).

¹³⁰⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 425 e 428.

¹³⁰⁵ “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Nesse sentido: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Vol. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 52; RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 141; TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58.

¹³⁰⁶ MARTINS, Pedro A. Baptista. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. In: FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 291-306, p. 293/294; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 50; BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.) *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 372. Nesse sentido parece ser a opinião de Carmona:

fundamental, recomenda-se que a manifestação de vontade da parte favorável à escolha da arbitragem – e derogadora da jurisdição estatal – seja preferencialmente expressa, inequívoca e concludente, de modo a “(...) não permanecer qualquer dúvida sobre a intenção do titular no que concerne à sua vontade em renunciar direito fundamental”¹³⁰⁷.

Admite-se, excepcionalmente, a aceitação tácita da convenção de arbitragem na hipótese de comportamento proativo e concludente da parte¹³⁰⁸ anteriormente à instituição

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105; MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos e sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31-32. Em sentido contrário, LUIS FERNANDO GUERREIRO entende que a manifestação de vontade deve ser expressa, mas ressalva que há casos em que a forma tácita foi aceita pela jurisprudência: “Na arbitragem interna, já se viu que os princípios internacionais devem ser aplicados, até porque a legislação nacional assim o permite por prever tais disposições, devendo ser o consentimento, a manifestação da vontade de arbitrar, expresso e escrito. Não é raro, porém, que esse consentimento seja dado de outras formas, por exemplo, a forma tácita, como já chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça, firmando um posicionamento que veio a ser reformado um ano depois pelo mesmo tribunal.” (Cf. GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33).

¹³⁰⁷ ADAMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65. Sobre o tema, ver os seguintes julgados: STF. Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n.º 6753-7, Min. Rel. Maurício Correa, j. 13.06.2002; Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada (SEC) SEC 5847-1, Min. Rel. Maurício Correa, j. 01.12.1999; STJ, Pleno, SEC n.º 967 - Ex (2005/0053998-0), j. 15.02.2006. O referido acórdão foi comentado por FILHO, Emir Callufo. Eleição do juízo arbitral. Ausência de manifestação expressa da parte requerida. Ofensa ao princípio da ordem pública. Sentença Estrangeira Contestada n.º 967. STJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 10, abr.-jun. 2006, p. 119-140.

¹³⁰⁸ Sobre o tema, lúcidas são as palavras de EMÍLIO BETTI: “O comportamento qualifica-se como concludente quando impõe uma conclusão, uma ilação lógica, que não se fundamenta na consciência do agente (que até poderia nem dar conta da conclusão da sua conduta), mas sobre o espírito de coerência que, segundo os pontos de vista comuns, deve informar qualquer comportamento entre membros da sociedade, e sobre autorresponsabilidade que se liga, por uma exigência social, ao ônus de conhecimento. (...) O valor concludente é aqui entendido como idoneidade de um indício para justificar uma ilação unívoca e segura”. (Cf. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Vol. I. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 269). O tema também foi objeto de minucioso estudo de PAULO MOTA PINTO que elege o comportamento concludente como o elemento objetivo da declaração tácita de vontade: “Na declaração ‘tácita’ a doutrina põe em destaque o facto de se realizar uma inferência a partir de factos concludentes. À conduta a partir da qual se pode efectuar uma ilação poderemos chamar ‘comportamento concludente’. Julgamos que este deve ser visto como constituindo o elemento objetivo da ‘declaração tácita’, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa. Assim, ‘o problema da avaliação do comportamento concludente enquadra-se no âmbito da teoria geral da interpretação dos negócios jurídicos.’ A referida ilação, por outro lado, permite ligar na declaração tácita a componente material, externa, manifestante, com um significado. A possibilidade de realizar tal ilação é que será propriamente designada como ‘conclusão’ da conduta. Ora, essa ilação não assume um papel relevante nas declarações expressas, pelo que a determinação do significado da declaração tácita se apresenta, em relação a estas, sem dúvida mais complexa. Tirando essa maior complexidade, não parece, porém, que existam especialidades de maior consoante a modalidade de declaração. Tal como acontece para a ‘expressa’, a existência da declaração ‘tácita’ é apurada através da interpretação, do mesmo modo que o seu conteúdo.” (Cf. MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 746-748). Entre nós, ver: TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65-75.

da arbitragem ou durante o curso do procedimento¹³⁰⁹. Porém, é digno de registro que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda é vacilante quanto à tese¹³¹⁰.

LEONARDO DE CAMPOS MELO, em sua dissertação de mestrado sobre a extensão da cláusula compromissória aos grupos de sociedade, examinou os precedentes do STJ sobre o tema e chegou à seguinte conclusão, com a qual concordamos:

(...) pode-se concluir que o STJ não atribui natureza *ad substantiam* à exigência legal de que a cláusula compromissória seja apresentada por escrito. Ao contrário,

¹³⁰⁹ Em artigo específico sobre o tema, LUIS GUSTAVO MEIRA MOSER examina a aceitação da cláusula compromissória a partir do silêncio e da conduta negocial das partes, tendo como premissa a cláusula geral do art. 111 do Código Civil brasileiro. O autor conclui que: “O aceite da cláusula compromissória arbitral pelo silêncio, à luz da conduta negocial das partes, reclama o desenho de um cenário de proatividade, latente ou em potência, da recalcitrante, tencionando a anuência do pacto. Isso porque se veda o comportamento contraditório no *iter* negocial. Portanto, se a parte, pelos seus atos, descortina conduta tendente ao aceite da cláusula compromissória, não há como reputar inexistente o vínculo havido entre os contratantes.” (Cf. MOSER, Luiz Gustavo Meira. A aceitação da cláusula compromissória pelo silêncio, à luz da conduta negocial das partes: a cláusula geral do art. 111 do Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 153/154, jan./jul. 2010, p. 105-115, p. 106). No mesmo sentido, com referência a casos da jurisprudência arbitral internacional, ver: MARTINS. Pedro A. Baptista. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. In: FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 291-306, p. 296-302. Em sentido contrário, MODESTO CARVALHOSA: “O pressuposto de validade e eficácia da decisão arbitral depende de expressa declaração de vontade das partes envolvidas, seja na cláusula compromissória, seja no compromisso propriamente dito. Há, com efeito, um requisito necessariamente de forma para a validade e a eficácia da cláusula compromissória estatutária que depende de específica e formal adoção dessa cláusula por parte de todos os compromissados. Sem essa expressa aprovação, a cláusula compromissória é nula, por ferir o direito essencial do acionista de socorrer-se do Poder Judiciário” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351-352).

¹³¹⁰ O STJ já aceitou que o consentimento para que a aceitação de cláusula compromissória seja tácita: “Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida (STJ, Corte Especial, SEC 856, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.05.2005). No entanto, no ano seguinte, a Corte Superior modificou o posicionamento, exigindo a manifestação expressa da parte. “Sentença arbitral estrangeira. Controle judicial. Impossibilidade de apreciação do mérito. Inexistência de cláusula compromissória. Incompetência do juízo arbitral. Ofensa à ordem pública nacional. I - O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. II - Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida. III - A decisão homologada ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei n.º 9.307/96). Precedente do c. Supremo Tribunal Federal. IV - *In casu*, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente. Homologação indeferida (STJ, Corte Especial, SEC 866/GB, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/05/2006). Em sentido semelhante, arguindo que a inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o juízo arbitral ofende a ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem (STJ, Corte Especial, SEC 967/GB, Rel. Min. José Delgado, j. 20/03/2006; STJ, Corte Especial, SEC 978/GB, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 17/12/2008). Há precedente do Supremo Tribunal Federal, datado do ano de 2002, no qual não foi rejeitada a tese da aceitação tácita de cláusula compromissória: STF, SEC 6.753, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04/10/2002. No entanto, a discussão em torno da cláusula compromissória foi meramente acessória, não sendo esse entendimento passível de extensão a outros casos.

viu-se que, na hipótese em que não existia cláusula compromissória assinada, restando comprovado, contudo, que a parte requerida havia participado ativamente da arbitragem sem impugná-la (SEC n.º 856/GB), o STJ manifestou o entendimento de que a devida anuência à convenção arbitral fora preenchida. Em outro precedente, em que havia dúvida sobre a concordância da parte requerida com a arbitragem, o STJ protegeu o princípio da autonomia da vontade, sob invocação do art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem (SEC n.º 978/GB).

(...) o STJ confere natureza *ad probationem* à convenção arbitral escrita ou escrita e assinada. E essa constatação possui impacto direto na validade de uma arbitragem na qual tenha ocorrido a extensão da cláusula compromissória a um não signatário, pois que, segundo se pode depreender do entendimento do STJ acima exposto, elementos de prova que não a própria cláusula compromissória escrita e assinada poderão fundamentar o aumento da abrangência subjetiva da disputa submetida ao tribunal arbitral, para nela se incluir partes não signatárias. Em outras palavras, para o STJ, o comportamento adotado pela parte no curso de determinada relação negocial, ou mesmo durante o próprio processo arbitral, poderá ser determinante para a validade da sentença arbitral contra ela proferida, ou na qual seja reputada pelo tribunal arbitral como vencedora.

(...) é clara a existência de controvérsia acerca da necessidade de a cláusula compromissória ser apresentada na modalidade escrita, ou mesmo escrita e assinada (...). Tem prevalecido, todavia, orientação menos formalista, consolidada na jurisprudência dominante no STJ, de que a cláusula compromissória escrita, ou escrita e assinada, possui mera natureza *ab probationem*¹³¹¹.

No mesmo sentido caminha PAULA BUTTI CARDOSO, em sua dissertação de mestrado acerca dos limites subjetivos à convenção de arbitragem:

O consentimento das partes, por sua vez, não precisa ser expresso, por escrito. Isso significa, em última análise, que não signatários poderão ser partes da convenção estipulada por escrito desde que consentam com ela por qualquer forma admitida em nosso ordenamento jurídico: expressamente (por escrito ou verbalmente), ou tacitamente (quando seu comportamento importar em concordância ou anuência). Essa é a interpretação da Lei de Arbitragem mais condizente com o desenvolvimento do instituto e sua crescente utilização¹³¹².

4.2. Nota sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória

Há uma tendência natural em confundir a natureza jurídica da arbitragem, como método de resolução de conflitos, com a da cláusula compromissória, um dos instrumentos

¹³¹¹ MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 28-29. No mesmo sentido: CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 22-26.

¹³¹² CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 21.

que lhe dá origem e limita a função atribuída pelos signatários ao árbitro. O objetivo deste e do próximo item será tentar precisar as devidas diferenciações.

A convenção privada instauradora da arbitragem é tanto fonte quanto instrumento da instância arbitral. Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, é fonte porque constitui “(...) um modo predeterminado de edição válida do Direito”, ao passo que é instrumento, pois, na condição de negócio jurídico, “(...) viabiliza o acesso a uma nova esfera de regulação de interesses econômicos juridicamente relevantes, quando do advento de controvérsias acerca da execução e da interpretação do contrato que a transporta”, recolocando o tema da arbitragem no *locus* de “(...) legítimo exercício de poder negocial¹³¹³”.

A natureza negocial da cláusula compromissória é fundamento da tese de EDUARDO SILVA DA SILVA, para quem a cláusula compromissória, do ponto de vista da sua formação, reporta-se “(...) à figura do negócio jurídico, como categoria genérica a abarcar todo ato capaz de criar, constituir, modificar ou extinguir direitos”. Dessa maneira, aproxima-se mais de um negócio jurídico dispositivo e constitutivo *per se* do que de um contrato nos moldes jurídicos atuais, revestido de interesse econômico¹³¹⁴.

Na condição de negócio jurídico privado, a validade da cláusula compromissória dependerá do atendimento dos requisitos constantes no art. 104 do Código Civil, devendo ser celebrada por partes capazes, ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável e atender forma prescrita ou não defesa em lei¹³¹⁵. Reconhece-se, por ricochete, a relevância

¹³¹³ SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13/14.

¹³¹⁴ Na visão do autor, a convenção de arbitragem, a despeito de ter como fundamento de validade a manifestação de vontade convergente das partes envolvidas no sentido de dispor da instância jurisdicional estatal para constituir uma instância jurisdicional própria para a resolução de suas controvérsias, não se caracteriza como um contrato propriamente dito, mas como um negócio jurídico dispositivo e constitutivo *per se*. Nas suas palavras: “A recusa a expressões tais como natureza contratual da arbitragem ou contrato de arbitragem advém da constatação de que o termo contrato não consegue representar com fidelidade necessária a dinâmica intrínseca ao instituto nem a gama de vínculos inerentes a tais pactos, seja entre as partes envolvidas ou destas com os árbitros, dos árbitros entre si e, ainda, destes com o tribunal arbitral que venham a constituir. Na mesma medida em que o termo contrato diz normalmente com circulação de riquezas e com o instrumental jurídico para o câmbio econômico, a ideia de negócio jurídico dispositivo e constitutivo serve melhor para designar pactos dirigidos à criação de vínculos em que não se faça presente a contraposição de vontades, típica dos contratos, mas, ao contrário, verdadeira convergência de vontades, que, no caso da arbitragem, dirige-se à diluição de controvérsias, através da submissão a um microssistema próprio integrante do quadro geral de mecanismos de pacificação de controvérsias.” Mais adiante refere o autor gaúcho: “Definitivamente, a cláusula compromissória, apesar de sua denominação, não tem de cláusula mais que o nome e a aparência. Na realidade é um autêntico e autônomo negócio jurídico” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40/41, 101 e 127). Em sentido semelhante, mas sem a mesma ênfase na defesa do argumento, ver: GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14; FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 107.

¹³¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73.

do elemento volitivo como pilar fundamental e condição de validade da instituição arbitral, decorrendo daí a imperiosidade de se privilegiar na arbitragem, como em qualquer outro negócio jurídico, a livre manifestação da vontade das partes contratantes¹³¹⁶.

Nessa sistemática, vislumbra-se que a autonomia privada passa a integrar a concepção de cláusula compromissória como expressão da liberdade econômica, haja vista que o negócio jurídico é resultado da manifestação da vontade livre de um sujeito de direito, integrando sua esfera obrigacional¹³¹⁷. Como vimos, a autonomia configura uma esfera de regulação dos interesses particulares, expressa por diferentes convenções privadas, como o contrato, em termos concretos, e o negócio jurídico, como categoria genérica dos atos jurídicos, nos quais o particular tem liberdade para determinar o conteúdo daquela relação, de acordo com as suas necessidades e interesses, respeitada a lealdade, a confiança e a boa-fé dos participantes¹³¹⁸.

Na visão de CARLOS ALBERTO CARMONA,

a convenção arbitral tem duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; e como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19¹³¹⁹).

¹³¹⁶ LEAES, Luis Gastão Paes de Barros e NASCIMENTO, José Marcelo Braga. Recurso de Apelação. Grupo de contratos. Cláusula compromissória. Compromisso. Princípio da autonomia da vontade. Direito adquirido. Contrato de adesão. Contrato de distribuição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 1, ano 1, jan.-abr. 2004, p. 235-250, p. 246; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, 64/65. Mas a posição não é unânime na doutrina. EDUARDO SILVA DA SILVA não comunga dessa visão, porém suas razões parecem estar relacionadas mais às conceituações de “autonomia da vontade” e “autonomia negocial” do que à natureza contratual do instituto e à relevância do elemento volitivo na arbitragem: “A autonomia da vontade projetava, portanto, o individualismo que inspirou o processo de codificação, revelando uma ordenação do Direito Privado de acepção fechada, sem absorção de outros valores éticos que permeiam o meio social. É, ao mesmo tempo, um espaço e um princípio de não interferência do poder estatal no agir dos particulares, que livremente regulam suas relações, já que são formalmente iguais entre si. Tem sido recorrente afirmar-se que a arbitragem se funda na autonomia da vontade das partes, pretendendo significar que as pessoas capazes podem, através da convenção de arbitragem, dispor da jurisdição estatal e constituir nova instância de decisão acerca de direitos considerados disponíveis. Antecipo, porém, que não comungo de tal tendência por entender que, na perspectiva deste texto, a autonomia negocial, a derivação e especificação da autonomia privada é que sustenta a parcela privada da natureza jurídica da arbitragem.” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60/61).

¹³¹⁷ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 37-40; GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11/12.

¹³¹⁸ SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 100; PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n.º 4, jan./mar. 2005, p. 34-47, p. 41; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 176.

¹³¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79. No mesmo sentido se manifesta RICARDO RANZOLIM em sua dissertação de mestrado sobre o controle judicial da arbitragem: “É negócio jurídico processual, por formular renúncia que tem eficácia no

JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, por sua vez, destaca um aspecto curioso da cláusula compromissória relacionada à necessidade de advir condição suspensiva para sua eficácia:

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a cláusula compromissória é pactuada, no suposto de vir a surgir controvérsia sobre determinada relação jurídica-base, e que pode até nem ocorrer, o que a faz participar também da natureza jurídica de ato sujeito ao implemento de condição suspensiva.¹³²⁰

Denota-se, assim, que o instrumento instaurador da arbitragem é um negócio jurídico privado, sujeito à condição suspensiva, com efeitos processuais¹³²¹ e organizativos¹³²², resultante da manifestação de vontade soberana das partes que conforma e sustenta o instituto como método de resolução de controvérsias relacionado a direitos patrimoniais disponíveis¹³²³.

campo do Direito Processual, e, cumulativamente, é também negócio jurídico de direito privado, ao estabelecer uma diversidade de obrigações enfeixadas às partes e ao árbitro em prol de que os contratantes se submetam a um processo que culmina com a decisão proferida pelo árbitro que deve ser de justiça, ao que se somam as obrigações derivadas da regulamentação legislativa do instituto. Assim, a própria origem da eficácia do direito à arbitragem é inteiramente distinta da do processo judicial. No âmbito da arbitragem, as relações jurídicas entre as partes e entre elas e o árbitro têm seu efeito vinculativo preponderantemente garantido à luz do Direito das Obrigações: as partes obrigam-se entre si a se submeterem ao processo arbitral, mais precisamente a todos os atos que o compõem, assim como às decisões do árbitro. No processo judicial, o efeito vinculativo das relações jurídicas decorre direta e integralmente (e não subsidiariamente) de normas de caráter público afeitas ao campo do Direito Processual Civil. Com efeito, distintamente do que passa no âmbito do processo judicial, as relações derivadas da convenção de arbitragem envolvem obrigações de uma parte diretamente com a outra, além, é claro, de haver obrigações destas em relação ao árbitro e vice-versa. Tais relações jurídicas que delineiam o processo arbitral lembram a forma de um triângulo (não de mero ângulo, como no processo judicial), com setas de obrigações de idas e vindas entre todos – partes e árbitro.” (Cf. RANZOLIM, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 80).

¹³²⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. No mesmo sentido: MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 22.

¹³²¹ Quanto aos efeitos processuais da cláusula compromissória, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO destaca que “O mais direto e visível efeito programado desse negócio jurídico que é a convenção de arbitragem consiste na exclusão da jurisdição estatal em benefício da arbitral. A exclusão da jurisdição estatal é o efeito negativo dessa convenção, e a atribuição da causa aos árbitros seu efeito positivo” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73).

¹³²² O foco do elemento processual organizativo foi destacado por LUIS FERNANDO GUERREIRO: “(...) a convenção é assim negócio jurídico processual, sendo o elemento de organização fundamental para a instituição direta da arbitragem ou para a instauração da demanda prevista no art. 7.º da Lei de Arbitragem e não para a determinação da sua natureza jurídica.” (Cf. GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14/15).

¹³²³ Nesse sentido, vide comentário de LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES e JOSÉ MARCELO BRAGA NASCIMENTO: “No regime anterior, o princípio da autonomia da vontade era a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes. Também o é, de resto, na lei atual, presente na faculdade de as partes de um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (art. 1.º), na forma de ajustarem a convenção de arbitragem (art. 3.º), até como será desenvolvido o procedimento no que pertine à forma de indicação dos árbitros (art. 13), na lei aplicável à arbitragem, seja material ou formal (art. 2.º, §§ 1.º e 2.º), se a decisão será objeto de direito ou por equidade (art. 2.º), eleger a arbitragem institucional (art. 5.º), inclusive no prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral (arts. 11, III, e 23). Enfim, o princípio da autonomia permeia todo o tecido da Lei 9.307/96, no que tange à disciplina da arbitragem. Como ocorria, aliás, no regime anterior” (Cf. LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros e

Em resumo, é possível destacar os seguintes elementos na construção de uma cláusula compromissória: (I) é negócio jurídico privado, com efeitos processuais e organizativos; (II) tem a forma escrita, não podendo ser imposta a qualquer das partes, devendo resultar, portanto, de livre manifestação da vontade (expressa ou tácita); (III) insere-se em um contrato, como cláusula deste, ainda que dotada de autonomia; (IV) tem por objeto a solução de litígios futuros relacionados a direitos patrimoniais disponíveis que eventual ou futuramente possam vir a surgir; (V) em decorrência da relação contratual na qual a cláusula está inserida¹³²⁴.

Correta está, portanto, a conclusão de LEONARDO DE CAMPOS MELO no sentido de que o

(...) enquadramento da cláusula compromissória na categoria de negócio jurídico tem importância direta no estudo da extensão da convenção de arbitragem a partes não signatários, tendo em vista que todo um arcabouço dogmático sobre ele construído e há muito consolidado e difundido no Brasil e alhures, apresenta-se à disposição do intérprete, na busca da real intenção das partes envolvidas em determinada avença¹³²⁵.

4.3. Nota sobre a natureza jurídica da arbitragem

O tema da natureza jurídica da arbitragem (e não do instrumento que institui o processo arbitral – acima examinado) gera grande celeuma na doutrina arbitral e processual e seu completo aprofundamento extrapola o escopo do presente trabalho. O intuito deste item é noticiar os principais posicionamentos e o atual estágio de discussão do tema no Direito pátrio.

O foco da abordagem fixa-se em dois pontos elementares: de um lado, o escopo finalista do processo judicial e a natureza una, indelegável e indivisível da função jurisdicional, que, na visão de alguns, pertence exclusivamente ao Estado, seja no papel de fazer atuar a lei (CHIOVENDA) ou no de compor a lide de forma justa (CARNELUTTI¹³²⁶); de

NASCIMENTO, José Marcelo Braga. Recurso de apelação. Grupo de contratos. Cláusula compromissória. Compromisso. Princípio da autonomia da vontade. Direito adquirido. Contrato de adesão. Contrato de distribuição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º1, ano 1, jan.-abr., 2004, p. 235-250, p. 246).

¹³²⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de, (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-268, p. 257.

¹³²⁵ MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23.

¹³²⁶ Para explicação histórica crítica a essa visão, com base no surgimento dos Estados Nacionais e unificação dos termos *Estado*, *justiça* e *jurisdição*, ver: SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-39. Sobre as teorias de CHIOVENDA e CARNELUTTI, assevera CÂNDITO RANGEL DINAMARCO: “Essas duas teorias colocam os institutos processuais como fâmulos do direito material, sem qualquer comprometimento institucional com a pacificação social ou com a eliminação de conflitos entre dois ou mais sujeitos, como hoje se entende. Nessa óptica, o que valia como ponto de referência era o cumprimento dos preceitos de direito

outro, a necessidade de ampliação do conceito estático e tradicional de jurisdição (de função estatal substitutiva da vontade e atuação exclusiva no caso concreto,) para adequá-lo à nova realidade que se apresenta no direito moderno¹³²⁷.

A polêmica é inerente à questão já que seus meandros ora embasam uma corrente, ora fundamentam a outra. Veja-se, por exemplo, que o árbitro, no exercício da função que lhe foi outorgada pelas partes, não está investido de poderes jurisdicionais específicos de *imperium*¹³²⁸ e de execução; por outro lado, sua decisão não está sujeita à homologação judicial (art. 18 da Lei n. 9.307/96), assumindo, quando condenatória, a condição de título executivo judicial (art. 475-N do CPC) e não extrajudicial¹³²⁹.

Entre nós há, basicamente, três orientações doutrinárias relacionadas à natureza jurídica da arbitragem: (I) a contratual ou privatista; (II) a publicista ou jurisdicional; e (III) a mista ou híbrida. A primeira delas, cujas bases são anteriores à promulgação da Lei n. 9.307/96, defende que a arbitragem tem natureza essencialmente contratual, cabendo ao árbitro somente cumprir a função decisória que lhe foi atribuída pelas partes contratantes da convenção arbitral.

Essa corrente é sustentada, entre outros, por CELSO BARBI FILHO, CÉZAR FIUZA E EROS ROBERTO GRAU, com fundamento na ideia de que a missão do árbitro decorre de um contrato *sui generis*, de ordem privada, por meio do qual o terceiro escolhido pelas partes para resolver determinado conflito se restringe a dispor sobre o “material lógico” em questão, inexistindo na sua atuação vestígios de força executiva e mandamental, atributos exclusivos da jurisdição estatal¹³³⁰.

material, particularmente aqueles contidos no ordenamento jurídico-positivo do país.” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38).

¹³²⁷ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Trad. por Eduardo Silva Romero, Fabrício Mantilla Espizona e José Joaquín Caicedo Demoulin. Lejus: Colombia, 2006, p. 177/179; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 65; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 34.

¹³²⁸ Sobre o exercício do poder de *imperium* na ordenação de certas medidas cautelares ou utilizar meios de execução indireta para assegurar a eficácia das decisões que proferir, como no caso da imposição de astreintes, ver: JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o *imperium*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 27, jul.-set. 2010. São Paulo: Síntese, p. 204-231.

¹³²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, 26-27; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38.

¹³³⁰ BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n.º 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 36, n.º 108, São Paulo, 1997, out.-nov., p. 73-90, p. 75/87; GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303-311, p. 303-304; FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 124. JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM traz bom apanhado doutrinário nacional e internacional sobre o tema: CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38-54. O mesmo estudo foi

A segunda orientação defende a natureza publicista ou jurisdicional da arbitragem, com base na natureza da função exercida pelo árbitro (art. 18¹³³¹) e pelos efeitos jurídicos emanados do laudo arbitral (art. 31¹³³²), sendo capitaneada, entre outros, por CARLOS ALBERTO CARMONA, PEDRO A. BATISTA MARTINS, JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO E J. E. CARREIRA ALVIM.

A vertente moderna dessa teoria não nega que a convenção arbitral – compromisso ou cláusula compromissória – tem sua origem em um ato privado, mas opta por dar enfoque à força da lei e aos efeitos jurídicos resultantes de tal ato, dentre os quais estão o de derrogar a jurisdição estatal em favor da arbitragem como método de resolução do conflito (negativo) e o poder conferido ao árbitro de proferir laudo arbitral que prescindirá de posterior homologação judicial (positivo¹³³³).

Para CARMONA, co-autor da Lei n. 9.307/96 e um dos pioneiros a defender a natureza jurisdicional,:

Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Entretanto, não poderá o árbitro invadir a esfera jurídica do devedor resistente para fazer cumprir, forçadamente, a decisão arbitral. Ainda assim, sendo inegável o caráter jurisdicional da execução quando encarada do ponto de vista da substitutividade, não se afasta a jurisdicionalidade encontrável na arbitragem: vê-se apenas que o árbitro não tem, à diferença do juiz togado, competência funcional para executar suas próprias decisões¹³³⁴.

recentemente realizado (de forma mais didática) por RANZOLIM, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 49-86.

¹³³¹ Art. 18 da Lei 9.307/96: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

¹³³² Art. 31 da Lei 9.307/96: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

¹³³³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32 e 338; MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil. *Revista dos Advogados*, n.º 51, p. 36-45, São Paulo, out. 1997; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46;

GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13/14; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 7. Em sentido contrário, com profundas críticas à natureza jurisdicional da arbitragem: MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150-156; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86.

¹³³⁴ Em artigo escrito antes da promulgação da Lei n.º 9.307/96, CARLOS ALBERTO CARMONA fundamenta, de forma pormenorizada, seus argumentos favoráveis à natureza jurisdicional da arbitragem: “Os doutrinadores – e especialmente os estudiosos do direito processual civil respondem afirmativamente à questão quase que em uníssono. Assim, se a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação ao caso concreto (seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando efetivamente o que o preceito estabelece), a arbitragem não pode ser considerada atividade jurisdicional. Diz-se, de fato, que o árbitro não atua a lei e nem a torna efetiva pela coerção, de tal sorte que sua decisão nenhum efeito gera se não for homologada pelo órgão jurisdicional estatal. Dessa maneira

Sustenta a corrente jurisdicional que a arbitragem não é, portanto, equivalente jurisdicional¹³³⁵, mas sim jurisdição propriamente dita¹³³⁶, com características próprias que a distinguem da jurisdição estatal, especialmente pelo fato de as partes serem responsáveis pela sua escolha, mediante manifestação inequívoca da sua vontade, no exercício do princípio da autonomia privada¹³³⁷. O fato de o árbitro não deter todos os elementos clássicos da jurisdição (i.e., *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* e *execution* – conhecer, ordenar, punir

simplicista, procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Talvez a questão mereça alguma reflexão. O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4.º, da Constituição Federal (LGL/1988/3) e encontra respaldo no seu § 1.º do artigo 1.º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo artigo 153 da Constituição Federal (LGL/1988/3), é baluarte da participação popular a nível jurisdicional.(...) A natureza jurídica da arbitragem (contratual ou jurisdicional) é questão que atormenta os estudiosos. De um lado colocam-se, irredutíveis, aqueles que veem no instituto apenas seu lado contratual: a arbitragem origina-se de uma convenção, os poderes dos árbitros são apenas aqueles concedidos pelas partes, e o árbitro acaba sendo qualificado quase como um mandatário comum das partes, encarando-se então o laudo como a manifestação comum da vontade destas. Para outros, que partem da ideia de que a administração da justiça é um serviço público, a jurisdição dos árbitros só deve ser admitida se puder integrar-se a tal serviço; assim, a decisão arbitral é um julgamento, ao qual chega o árbitro através de um procedimento animado pelo contraditório e com a garantia maior da imparcialidade (ou seja, o processo). (...) O cuidado dos códigos de processo civil em disciplinar a arbitragem (e também o procedimento arbitral) revela a preocupação dos legisladores ao regradar a participação popular na administração da justiça. Não se encara mais o processo como coisa entre as partes, mas sim como atividade pública, de interesse estatal. E ainda que as partes renunciem à tutela jurisdicional estatal, não estão livres para resolver seus litígios de qualquer maneira: a liberdade de dispor sobre juízo arbitral, desde sua composição até a prolação do laudo, encontra alguns limites fixados na lei. (...) Em síntese, a discussão sobre arbitragem e jurisdição não é meramente acadêmica. A jurisdicionalização da arbitragem é uma realidade, que o legislador brasileiro já reconheceu. Resta saber se haverá coragem suficiente para libertar o instituto das teias a que se encontra preso para torná-lo novamente útil e viável a nível interno, equiparando – a nível internacional – nossa antiquada legislação sobre a matéria aos modernos sistemas europeus.” (Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 58, abr.-jun. 1990, p. 33-40).

¹³³⁵ Essa parece ser a opinião de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, apesar de em passagem posterior o autor refirir que a arbitragem tem origem contratual, mas se reveste funcionalmente de caráter jurisdicional (Cf. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 59 e 63).

¹³³⁶ Salienta, nesse sentido, J. E. CARREIRA ALVIM: “O objetivo visado tanto na jurisdição arbitral quanto na estatal é idêntico – a resolução do conflito –, pois o árbitro, como juiz, também decide, e ambos exercem sua função segundo determinadas regras (procedimento). A arbitragem não pode ser considerada um simples equivalente jurisdicional, porquanto não proporciona um resultado equivalente à sentença, mas uma verdadeira e própria sentença, em tudo e por tudo idêntica, em valor jurídico e eficácia, à que se obtém através da jurisdição estatal. É um ato jurisdicional que, se não chega ao nível da jurisdição estatal (que contém o *iudicium* mais o *imperium*), também não se detém nos lindes dos meros equivalentes jurisdicionais, que dependem de uma ‘integração’ por novo ato jurisdicional. A decisão do árbitro não ‘equivale’ a uma sentença; ela é uma sentença; a eficácia da sentença arbitral e a autoridade de coisa julgada que resulta dela não têm nenhuma diferença daquela que qualifica a sentença judicial.” (Cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 66). No mesmo sentido: JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: 2009, p. 57.

¹³³⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Podium, 2010, p. 99.

julgar e constranger à execução), mas apenas os dois primeiros e o quarto, não retira a jurisdicionalidade da sua atividade, apenas limitam-na¹³³⁸.

Por fim, como o próprio nome denota, a terceira corrente (mista ou híbrida) busca ser um meio-termo entre a contratual e a jurisdicional, integrando, de certa forma, os argumentos de cada uma delas – sua origem contratual e seus efeitos processuais –, formulando, a partir disso, uma solução de compromisso para o imbróglio. Entre os defensores dessa teoria estão JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR¹³³⁹, SELMA MARIA FERREIRA LEMES¹³⁴⁰, JOSÉ CRETILLA NETO¹³⁴¹, LUIZ ROBERTO AYUB¹³⁴² e EDUARDO SILVA DA SILVA¹³⁴³.

Ainda nesse particular, vale consignar a existência de vertente doutrinária que defende a natureza publicista, mas não jurisdicional da arbitragem. A tese foi originalmente sustentada por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA e reconhece a função (*munus*) pública exercida pelos árbitros relacionada à pacificação de conflitos, com nítido caráter de colaboração com o Estado, mas não aceita sua natureza jurisdicional, haja vista o monopólio estatal. Na visão do processualista carioca, a arbitragem é um sucedâneo jurisdicional que tem início com um ato de direito privado, qual seja, a convenção arbitral, podendo ser caracterizada como “justiça privada”, mas não jurisdição, já que o Estado tem o monopólio da jurisdição, mas não da justiça¹³⁴⁴.

Após exposição histórica sobre as duas correntes, privatista e publicista, CARREIRA ALVIM parece por fim à celeuma de forma categórica: “(...) a arbitragem brasileira, por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da

¹³³⁸ MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil. *Revista dos Advogados*, n.º 51, p. 36-45, São Paulo, out. 1997, p. 39.

¹³³⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei n.º 9.307/96, de 23.09.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152.

¹³⁴⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

¹³⁴¹ CRETILLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

¹³⁴² AYUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – Uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25/29.

¹³⁴³ Nas palavras do autor: “Entendo que a natureza jurídica da arbitragem seja mista ou híbrida, abrangendo simultaneamente o seu fundamento que se dá em uma convenção privada (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) e seus efeitos que são jurisdicionais (diluição de controvérsias e pacificação social). É instituto limítrofe entre as atividades normalmente enquadradas como atividade pública e atividade privada, consistindo em um fenômeno complexo que sofre os influxos dessas duas polaridades (...)” (Cf. SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33).

¹³⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – A Lei 9.307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11/15; _____. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 34.

Lei n. 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes”¹³⁴⁵.

De fato, a tese jurisdicional da arbitragem vem conquistando adeptos de escol entre os processualistas, seus antigos e vorazes críticos. Por exemplo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em recente trabalho, no qual examina a arbitragem no âmbito da teoria geral do processo, destaca:

(...) hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro¹³⁴⁶.

Independentemente da corrente que se adote, vislumbra-se que a doutrina pátria evoluiu no tratamento do tema, reconhecendo a relevância da atividade do árbitro na resolução de conflitos privados, a despeito das limitações dos poderes que lhe são atribuídos pelas partes, bem como da peculiaridade do processo formativo da convenção arbitral – que se dá por meio de um negócio jurídico privado (que exige a manifestação de vontade das partes e cujos efeitos, positivo e negativo, são, também, de ordem processual tanto para os firmatários quanto para o Estado).

Não concordamos com a visão maniqueísta que se impõe entre a natureza contratual e jurisdicional da arbitragem, embora os argumentos que sustentam a última sejam muito mais robustos no contexto do direito pátrio. De fato, a questão está inserida em uma zona cinzenta cuja resolução pode sim estar em uma solução de compromisso, ainda que tais balanceamentos (como é o caso da teoria mista), por concepção, tendam a conciliar argumentos sem aprofundar as críticas tecidas a cada um deles.

¹³⁴⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46. No mesmo sentido opina OPPETTI: “El arbitraje no puede reducirse a un puro fenómeno contractual (...) su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: esta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar; el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en formas adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que ésta sea” (OPPETTI, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Trad. por Eduardo Silva Romero, Fabrício Mantilla Espizona e José Joaquín Caicedo Demoulin. Lejus: Colombia, 2006, p. 57/58).

¹³⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 389.

Na tentativa de esboçar um posicionamento mais concreto – mas não absoluto – sobre esse imbróglio jurídico, são percucientes as ponderações de RICARDO RANZOLIN, para quem

a jurisdição estatal tem mais abrangência do que a atuação do árbitro (...) Entretanto, dentro do espaço de validade que é reservado à arbitragem, a eficácia do processo arbitral e de suas decisões encontra esteio na proteção constitucional ao negócio jurídico (ato jurídico perfeito), o qual sequer o controle jurisdicional pode violar. É assim que a decisão arbitral faz *lei entre as partes*, sem se poder dizer que seria *mais ou menos* do que a jurisdição estatal. Não obstante suas distinções, a via do processo judicial e a via da arbitragem se inserem em um sistema jurídico uno, que garante tanto o direito à opção pela convenção arbitral, quando couber, como também o direito à não opção por ela. Há, assim, uma imposição teleológica de harmonia entre ambas as formas de obtenção de justiça, sem que isto implique hibridização das suas naturezas¹³⁴⁷.

Da mesma forma, correta é a conclusão de EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES no sentido de que a arbitragem “(...) é mais outra manifestação da redução do monopólio estatal e consagra a visão de que a justiça é hoje um bem público e não um serviço público”¹³⁴⁸.

5. Apontamentos sobre os aspectos subjetivos e objetivos da arbitragem

O art. 1.º da Lei n. 9.307/96 estabelece que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Depreendem-se da letra da lei dois elementos essenciais ao estudo da teoria geral da arbitragem, duas facetas do que se convencionou chamar de “arbitrabilidade subjetiva” e “arbitrabilidade objetiva”¹³⁴⁹, as quais, unidas, representam condição intrínseca de validade da convenção de arbitragem, na linha do art. 104 do Código Civil¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ RANZOLIM, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 206-207.

¹³⁴⁸ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 24-25.

¹³⁴⁹ Sobre o tema, pertinente é a crítica tecida por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Pensando bem, e vendo esses conceitos fora da cultura dos arbitralistas, a arbitrabilidade não é objetiva nem subjetiva. Falar em arbitrabilidade é falar na suscetibilidade de dado conflito à solução arbitral, e nada mais. O que há de objetivo e de subjetivo são as causas excludentes da arbitrabilidade, de modo que, ocorrendo uma delas, o conflito deixa de ser arbitrável ainda quando a outra não ocorra. Se a falta da chamada arbitrabilidade objetiva, isso basta para que o conflito não seja arbitrável. Se faltar a arbitrabilidade subjetiva dá-se o mesmo. Só a arbitrabilidade objetiva, sem a subjetiva, não basta para que haja uma concreta arbitrabilidade. O mesmo quando só está presente a arbitrabilidade subjetiva e não a objetiva. Vendo as coisas dessa maneira, o que se percebe é uma delimitação objetiva e uma delimitação subjetiva da arbitrabilidade, de modo que um conflito só será arbitrável quando estiver cumulativamente contido no âmbito de uma e de outra. Mas essa linguagem conta com absoluta aceitação e é pacificamente praticada na teoria da arbitragem, não havendo razão para afastá-la. Vale somente a observação aqui dirigida por um não arbitralista ao espírito dos não arbitralistas em geral, como contribuição ao melhor entendimento daqueles conceitos segundo uma boa lógica verbal” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76).

¹³⁵⁰ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 12.

Em estudo específico sobre o tema da arbitrabilidade, EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES sustenta, com base em farta doutrina estrangeira, que a subjetiva diz respeito “(...) à pessoa (*ratione personae*), que, por razão relacionada com sua função ou sua natureza, não poderia ser submetida à solução de litígios pela via arbitral”, ao passo que a objetiva refere-se “(...) às matérias (*ratione materiae*) sobre as quais o Estado, em razão de sua vinculação com fundamentos econômicos e sociais essenciais à coletividade, estima ser detentor do poder exclusivo de solucionar controvérsias”¹³⁵¹.

Examinemos, rapidamente, cada uma delas. O requisito subjetivo tem relação direta com a capacidade das partes de contratar, de assumir direitos e obrigações no universo jurídico. Isto é, somente partes capazes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas,¹³⁵² podem resolver conflitos por meio da arbitragem. Para SELMA FERREIRA LEMES, a arbitrabilidade subjetiva “(...) refere-se aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem (...)”¹³⁵³.

Na literatura civilista, o termo *capacidade* liga-se à ideia de quantidade, de possibilidade de medida e de graduação. Quando passa a ser mensurada no universo jurídico, diz respeito à aptidão de um indivíduo se tornar sujeito de direitos e de deveres, de ser parte de relações jurídicas, representando, geralmente, uma posição estática do sujeito. Conecta-

¹³⁵¹ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 9. No mesmo sentido: LEMES, Selma M. F. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116 e seg.

¹³⁵² Segundo FRANCISCO AMARAL: “A capacidade de direito decorre apenas do nascimento com vida, para as pessoas físicas, e da observância dos requisitos legais de Constituição, para a pessoa jurídica”. (Cf. AMARAL, Francisco, *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 264). Com relação às pessoas jurídicas, vale ressaltar que, em princípio, não vislumbramos problemas quanto à possibilidade de condomínios edifícios, espólio, a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação (todos eles entes despersonalizados) se valerem da arbitragem. A doutrina firmou posição no sentido de que desde que não haja no conflito submetido à arbitragem nenhum impedimento de outra ordem (como, por exemplo, a presença de herdeiros incapazes com relação ao espólio ou à sociedade irregular ou de fato), entende-se que essas figuras jurídicas podem participar de uma arbitragem e transigir sobre seus direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

¹³⁵³ LEMES, Selma M. F. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 116.

se, portanto, com a titularidade de direitos e deveres¹³⁵⁴ e não com a capacidade para transigir no sentido de extinguir obrigações mediante concessões mútuas¹³⁵⁵.

A figura exerce papel fundamental no âmbito arbitral. Nesse particular, destaca PEDRO BAPTISTA MARTINS

a capacidade para acordar a cláusula compromissória traduz o poder e a legitimidade para a pessoa contrair e ser titular de direitos e obrigações contidos na convenção, ao passo que ‘A obrigação reflete o compromisso de a parte contratante se submeter ao rito arbitral quando do surgimento da controvérsia’ e ‘A titularidade de direitos implica a viabilidade jurídica de a pessoa poder exigir o cumprimento da regra convencional de arbitragem’¹³⁵⁶.

O requisito objetivo, por sua vez, está relacionado à natureza da matéria submetida à arbitragem. Para EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, a arbitrabilidade objetiva significa a faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem, representando um dos limites legais à arbitragem, de modo que “(...) diante de um acordo de arbitragem referente a um litígio inarbitrável, é a própria fonte do poder dos árbitros que está viciada”¹³⁵⁷.

¹³⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 254 e 263. Remetemo-nos às regras quanto à capacidade das pessoas físicas estabelecidas no Código Civil, em especial nos artigos 1.º a 5.º. O artigo 1.º do Código Civil estabelece que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Entretanto, essa capacidade jurídica é limitada (artigos 3.º e 4.º do Código Civil), na medida em que a pessoa natural pode ter o gozo de um direito, sem poder exercitá-lo. Nesse sentido, a capacidade também sofre restrições quanto ao seu exercício por força de outras ocorrências, tais como a idade (maioridade ou menoridade), fatores físicos (toxicômanos) ou psicológicos (deficiência mental).

¹³⁵⁵ LEMES, Selma M. F. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 119-120.

¹³⁵⁶ E continua: “Destarte, a capacidade jurídica para contrair obrigações se alinha com a eficácia negativa da cláusula compromissória, enquanto que a capacidade jurídica para ser titular de direitos se integra à eficácia positiva da convenção. Com efeito, a cláusula compromissória firmada por pessoa capaz importará na sua vinculação à jurisdição estatal.” (Cf. MARTINS, Pedro A. Baptista. *Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista*. In: FERRAZ, Rafaella, MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azevedo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 291-306, p. 291).

¹³⁵⁷ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 7. No mesmo sentido: LEMES, Selma M. F. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 123-124. EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ, em estudo específico sobre a arbitragem societária no direito chileno, destaca o caráter duplo – material e funcional – que a definição da arbitrabilidade objetiva pode assumir, sempre dependendo da análise dos seus aspectos abstratos e concretos: “(...) la controversia jurídica entre partes asume un doble carácter, material y funcional, pues así como constituye el objeto de arbitraje propiamente tal, así también opera como nexo conductor entre el presupuesto genérico de admisibilidad – la libre disponibilidad en derecho – y la materia concreta que sirve de marco al examen de arbitrabilidad. Se habla, entonces, de controversia o cuestiones sobre materias arbitrables o disponibles, de manera que la calificación de lo que puede someterse a árbitros – o de lo que no – queda superditado y depende, en último término, de la afiliación de la controversia respectiva a una determinada materia o ámbito jurídico in abstracto. Según esto, en fin, el objeto del arbitraje será arbitrable sólo en la medida que su objeto sea tributario de o pueda incardinarse en alguna de aquellas materias que en derecho se reconocen como susceptibles de arbitraje, ya sea porque la ley las designa expresamente o, más generalmente, porque así se depende de la aplicación armónica de diversas normas jurídicas que apuntan a su disponibilidad. (...) parece pertinente precisar en esta parte que el criterio arriba apuntado, acunado sin duda con el propósito de favorecer la arbitrabilidad en general, debe

Nesse contexto, resta saber o significado da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” inserida na parte final do *caput* do art. 1.º da Lei 9.307/96. Em uma perspectiva de sistema, a doutrina destaca que o legislador brasileiro optou por um critério cumulativo, ou seja, o objeto do litígio deve ser disponível e patrimonial (e não patrimonial ou disponível ou vice-versa), sendo correto concluir que o tema da arbitrabilidade no Brasil é mais restrito do que em países que se valem da alternância de um ou de outro critério¹³⁵⁸, o que evidencia uma limitação à esfera de abrangência dos conflitos passíveis de resolução por arbitragem¹³⁵⁹.

Quanto à definição do critério da patrimonialidade, a doutrina civilista é praticamente unânime. Refere ORLANDO GOMES, por exemplo, que os termos “direitos patrimoniais” e “direitos extrapatrimoniais” são divisões da categoria jurídica dos direitos subjetivos, sendo, em regra, os primeiros suscetíveis de apreciação pecuniária, e, portanto, sujeitos à arbitragem, e os segundos não. A relevância prática da diferenciação está na sua transmissibilidade, existente nos primeiros e inexistente nos últimos¹³⁶⁰. FRANCISCO AMARAL, apesar de criticar a relatividade da classificação, segue a mesma linha, caracterizando as duas categorias, a partir do conceito de patrimônio do art. 91 do CC/02, como direitos relacionados ao conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de que o indivíduo é titular¹³⁶¹.

complementarse en cada caso con el análisis concreto de la pretensión hecha valer por las partes, en su doble vertiente *petitum* y *causa petendi*” (Cf. LEHUEDÉ, Eduardo Jequier. *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades*. Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 32).

¹³⁵⁸ Por exemplo, a nova Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal (Lei n. 63/2011) – que entrou em vigor em Março de 2012 – mudou o critério geral de arbitrabilidade da disponibilidade para a patrimonialidade dos direitos, conjugado, ainda, com a transigibilidade no que toca a direitos não patrimoniais. (Cf. DIAS, Rui Pereira. Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa). *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 37, abr. 2013, p. 457-465, 458).

¹³⁵⁹ GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 173; LEMES, Selma M. F. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124. NELSON EIZIRK lembra que, no âmbito societário, a regra é que as questões são patrimoniais disponíveis, mas há exceções sempre que os direitos em discussão forem de terceiros, não vinculados a cláusula compromissória, como é o caso da operação de incorporação de uma companhia por outra (Cf. EIZIRK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 614). Por outro lado, controvérsias relacionadas à dissolução parcial da sociedade, exclusão de sócios, apuração de haveres, exercício do direito de voto, conflito de interesses, distribuição de dividendos, entre outros, são passíveis de resolução por arbitragem. Nesse sentido: SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 31, nota de rodapé 33; COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 90. Trabalho cordialmente disponibilizado pelo autor, logo após o depósito.

¹³⁶⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87/88.

¹³⁶¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 234/235. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 19-20.

O cenário se altera com relação ao critério da disponibilidade, que não encontra na doutrina solução completamente satisfatória para sua conceituação. Em regra, relaciona-se o instituto da disposição com a capacidade jurídica do sujeito de emanar vontade, diretamente ou por intermédio de outrem legitimado para tanto, no sentido de perder ou modificar um direito ou relação jurídica. Para CARMONA,

(...) um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. Na mesma linha, refere o autor que “(...) são arbitráveis as causas sobre as quais o Estado não criou reserva específica por conta do resguardo de interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem¹³⁶².

Merece destaque a construção de MODESTO CARVALHOSA, que relaciona a disponibilidade com a categoria dos direitos subjetivos, que somente podem ser alterados pela vontade do seu titular:

Essa disponibilidade caracteriza-se pela suficiência da vontade do titular sobre seu patrimônio para dele dispor com exclusividade, na medida em que nele não se mesclam outros interesses que não os dele próprios. Trata-se, portanto, de direito subjetivo em cuja esfera operam livremente os interesses daquele que renuncia à jurisdição do Estado. Igualmente, de um núcleo de interesses de natureza patrimonial a que não se opõem outros interesses de ordem pública capazes de intervir na sua livre aquisição e disposição, dentro das regras do ordenamento jurídico¹³⁶³.

Ao tratar dos pressupostos para formação do juízo arbitral, assevera o autor:

Diversos são os pressupostos para validade e eficácia da constituição do juízo arbitral. O primeiro deles é a capacidade de contratar das partes que, por meio da cláusula ou compromisso arbitral, comprometem-se a submeter-se ao juízo arbitral. O segundo deles é a referida autonomia da vontade no plano do direito privado, que reveste as partes contratantes do poder de prevenir futuros litígios decorrentes do contrato mediante a adoção do juízo arbitral estabelecido na Lei n.º 9.307 de 1996. O terceiro pressuposto é o da absoluta imparcialidade dos árbitros, já que, como visto, revestem-se de funções jurisdicionais. O quarto

¹³⁶² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39. Nesse sentido, os artigos 851, 852 e 853 traçam bons parâmetros sobre a questão, em especial o artigo 852, que prevê ser vedado firmar compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Para visão mais aprofundada sobre o tema, ver: GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p.170 e ss.

¹³⁶³ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 324.

pressuposto é o da existência de interesses de natureza patrimonial que sejam disponíveis, em contraste com os indisponíveis, que são de ordem pública¹³⁶⁴.

Em resumo, esses são os principais aspectos relacionados à arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

6. Algumas vantagens da arbitragem

O ressurgimento da arbitragem no contexto dos métodos alternativos (ou complementares) de resolução de conflitos ressaltou uma das mais graves inaptidões do processo judicial – quiçá a maior causa para seu atual estágio de ineficiência: a falta de funcionalidade de suas regras procedimentais, visivelmente inadequadas para a dinâmica da sociedade contemporânea e para as necessidades almejadas pelas partes.

A experiência na prática arbitral evidencia que o instituto busca o pragmatismo responsável, com o objetivo de descomplicar o formalismo exacerbado do processo judicial, com a adoção de procedimentos flexíveis, céleres e funcionais, nos quais os direitos das partes são garantidos na dosagem correta, sem prejudicar o bom andamento dos atos até a decisão final.

Em termos comparativos, as principais vantagens da arbitragem empresarial em relação à jurisdição estatal estão relacionadas: (I) à celeridade¹³⁶⁵ e ao sigilo do procedimento¹³⁶⁶; (II) a especialização¹³⁶⁷ e a expertise dos árbitros, geralmente com experiência e/ou profundo conhecimento sobre a matéria objeto do conflito, que resulta na

¹³⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 325.

¹³⁶⁵ Reiteramos, no entanto, que essa vantagem pode ser relativa, já que algumas empresas têm relacionamento ambíguo com a lentidão da justiça. Assim, nem sempre a demora em obter uma decisão judicial é prejudicial a ela e seus sócios/acionistas. Nesse sentido: PINHEIRO, Armando Castelar. In: Andrade, Rogério (coord.) *Regulação pública da economia no Brasil*, Capinas, 2003, p. 34.

¹³⁶⁶ Ressalte-se, desde logo, que o sigilo do procedimento arbitral não decorre da Lei de Arbitragem. A lei fala, no artigo 13, § 6.º, em descrição do árbitro no desempenho de sua função. A regra do sigilo ou confidencialidade decorre, em geral, dos regulamentos das câmaras arbitrais. Nesse sentido, vide, por exemplo, o art. 9.8 do regulamento da Câmara Comércio Brasil-Canadá (CCBC).

¹³⁶⁷ Importante avanço na especialização do Poder Judiciário em matéria empresarial a iniciativa de criação de varas e câmaras especializadas. Destaca-se, nesse sentido, a Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja competência foi definida pela Resolução TJSP 538/2011.

qualidade das decisões proferidas¹³⁶⁸; (III) a flexibilidade das regras procedimentais¹³⁶⁹; (IV) a ausência de instância recursal¹³⁷⁰; (V) a possível redução dos custos de transação referentes à prestação jurisdicional; (VI) a potencial criação de um ambiente de cooperação e cordialidade que incentiva a celebração de acordos¹³⁷¹.

¹³⁶⁸ Na média, as decisões arbitrais são qualitativamente melhores, tecnicamente mais precisas e com menor probabilidade de erro se comparadas às exaradas pelo Poder Judiciário. Essa afirmação está embasada em algumas características inerentes à arbitragem, tais como (i) a boa formação técnica dos árbitros e seu reduzido custo de aprendizado com relação a questões de alta complexidade e os incentivos econômicos (ser indicado para outras arbitragens) e jurídicos (demonstrar conhecimento na causa decidida e justificar o acerto da escolha das partes) para decidir a questão de forma correta e objetiva. Na esfera jurídica, a qualificação de um profissional está diretamente relacionada à sua formação. Ao contrário do que ocorre com o juiz estatal, o incentivo dos árbitros para se manterem atualizados na sua área de expertise e também de buscar formações acadêmicas e técnicas adicionais é enorme. Esses fatores refletem diretamente na qualidade das decisões arbitrais. A despeito da falibilidade de todo e qualquer modo de resolução de conflitos, parece-nos que a probabilidade de um árbitro especializado (ou corpo de árbitro) decidir de forma equivocada uma questão relacionada à sua área de expertise, ou, ainda, interpretar de maneira incorreta determinada previsão contratual, é muito menor. A redução da probabilidade de erro na decisão diminui, por ricochete, o risco de inadimplemento injustificado da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e mais eficiente para o mercado. Assim, as partes contratantes, ao instituírem a arbitragem, buscam antecipar a expectativa de decisões mais ágeis e tecnicamente mais corretas no futuro, sinalizando que eventuais inadimplementos serão sancionados com rapidez, presteza e precisão por parte do árbitro, estabelecendo uma espécie de ameaça crível. Nessa lógica, a cláusula arbitral insere-se numa sistemática contratual eficiente, criando um sistema de desincentivos para as partes adotarem comportamentos oportunistas durante a vigência da relação contratual. Sobre o tema ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca, A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Em JOBIM, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74-84; TIMM, Luciano B. e TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth, As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, volume n. 178, 2009, 154-179; SALAMA, Bruno Meyerhof. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca, A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74-84.

¹³⁶⁹ O tema da flexibilidade do procedimento arbitral é complexo e seu aprofundamento foge completamente do escopo do presente estudo. Vale registrar, no entanto, os profundos reflexos da matéria na forma de construção do procedimento arbitral pelas partes/árbitros e na sua condução pelos árbitros/Câmaras Arbitrais, inclusive no que se refere aos limites da autonomia privada dos contratantes e o poder dos árbitros, especialmente em matéria probatória. Sobre o tema ver: CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 24, Ano VI, Out-Nov-Dez 2009, p. 7-21; _____. Processo Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, Vol. 1, n 1, Jan-Abr. 2004, p. 21-31; MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*, Tese, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos Árbitros*. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Brasil, 2014.

¹³⁷⁰ Nada impede, por exemplo, que os regulamentos das Câmaras Arbitrais prevejam a existência de instância recursal ou, ainda, que as partes expressamente insiram na cláusula/compromisso arbitral previsão no sentido de que decisão proferida estará sujeita a recurso. Nesse caso, deverão definir as regras procedimentais aplicáveis (na hipótese de o regulamento da Câmara eleita não tratar do tema), bem como discutir os impactos financeiros e cronológicos da alternativa. A questão não passou despercebida da doutrina. Sobre o tema ver: NUSDEO, Fábio. Embargos infringentes na arbitragem? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45-52.

¹³⁷¹ O tema também é abordado em: ARMELIN, Donaldo. A arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a *holding* e as empresas subsidiárias (parecer). *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 5, n.º 16, jan./mar. 2008, p. 205-210, p. 206.

Por outro lado, não se pode olvidar que o custo da arbitragem¹³⁷² é elevado se comparado ao do Poder Judiciário¹³⁷³, o que, em certa medida, pode representar um fator econômico impeditivo de acesso à justiça (inclusive dos acionistas minoritários). A hipótese não é cerebrina; o problema existe e não pode ser ignorado. Uma forma razoável de tentar contornar a questão é defender a utilização da arbitragem como a melhor alternativa privada para a resolução de conflitos empresariais de maior complexidade e envergadura econômica. Em tais situações o aspecto financeiro da disputa (pelo menos no que se refere ao recolhimento das custas processuais, administração da Câmara e pagamento dos honorários dos árbitros) não representará um entrave jurisdicional para as partes litigantes.

WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR e FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA ponderam acerca do risco de a cláusula compromissória inserida em contratos societários representar uma técnica de vedação ao acesso à justiça e de ‘encarceramento societário’:

Em algumas raras situações, a arbitragem tem os seus fins desviados à oposição de óbices inseparáveis ao acesso a justiça. Os custos elevados da arbitragem devem ser sopesados pelos contraentes e, via de regra, não podem ser opostos circunstancial e convenientemente em apelos à intervenção estatal, sob o fundamento do livre acesso a um provimento jurisdicional. Há casos, contudo, que uma reflexão e um escrutínio aprofundados parecerem pertinentes.

Os custos da arbitragem não podem significar uma vedação geral de acesso de minoritários à justiça. Esses custos serão um forte elemento dissuasório, mesmo a minorias qualificadas, que, em vista do reduzido valor de seus investimentos em determinadas sociedade, poderão simplesmente desistir de perseguir o cumprimento forçado de direitos insatisfeitos. É ocorrência inconveniente até mesmo nas hipóteses em que uma alta liquidez das participações societárias detidas por essas maiorias permita-lhes aliená-las facilmente no mercado. Isso

¹³⁷² Na Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CCBC), por exemplo, (i) a taxa de registro da arbitragem é de R\$ 4.000,00, não compensáveis ou reembolsáveis. Tomando como base uma disputa com valor estimado de R\$ 5.000.000,00 Milhões (ii) a taxa de administração da câmara será de R\$ 2.300,00 mensais, para cada parte e (iii) o valor da hora do árbitro será de R\$ 600,00. Disponível em www.ccbc.org.br. Acesso em 15.12.2014. Já na Câmara de Arbitragem CIESP/FIESP, a (i) taxa de registro será calculada na quantia de 1% do valor envolvido no conflito, observando um valor mínimo de R\$ 3.000,00 e máximo de R\$ 5.000,00, não reembolsáveis. Observando as variáveis de valor da causa e tomando como base uma disputa com valor estimado de R\$ 5.000.000,00 Milhões a (ii) taxa de administração equivalerá a R\$ 100.000,00 (2% do valor envolvido no conflito, observando-se um mínimo de R\$ 10.000,00 e máximo de R\$ 120.000,00) e (iii) os honorários dos árbitros, tomando como base um mínimo de 20h trabalhadas, será de R\$ 500,00 por hora. Disponível em <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>. Acesso em 15.12.2014. Algumas câmaras arbitrais, como, por exemplo, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) aplicam taxas de administração decrescentes de acordo com o montante em discussão (quanto maior o valor, menor será o percentual cobrado pela câmara).

¹³⁷³ Se o cálculo referido na nota de rodapé acima fosse estendido ao Poder Judiciário, tomando como base os valores do Tribunal de Justiça de São Paulo e OAB/SP, as taxas judiciárias seriam de R\$ 3.000,00 (1% do valor da causa, observando-se o valor mínimo de R\$ 5,00 e máximo de R\$ 3.000,00). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/> e <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em 15.12.2014.

porque o litígio societário assume modernamente a função de afirmar direitos de que depende a própria fiabilidade dos mercados de capitais.

A arbitragem não pode ser empregada para promover uma ‘paz societária’ putativa (ostentada como prova do bom funcionamento de um modelo que necessita de ajustes). Não há paz fundada em mordaças, voltada a impedir que o contencioso societário satisfaça, para além de interesses particulares, também interesses transindividuais, que se caracterizam na promoção, em abstrato, dos direitos das minorias, na afirmação de condutas, técnicas e estruturas de bom governo das sociedades, etc. É necessário que se encontre um critério capaz de reforçar a função institucional da arbitragem e a força das convenções que a instituem, sem que se frustrem, para premiá-las, a tutela dos mercados, bem como os direitos e os interesses que gravitam no entorno das relações societárias.

A arbitragem, aliada a determinados contextos societários, pode engendrar fraudes e abusos de direito. Isso ocorre, por exemplo, em casos em que uma mesma pessoa cumula a condição de sócio e de empregado. (...) No exercício da intervenção eficazizante, o intérprete-judicante deverá atentar às particularidades do caso, porque não interessa a arbitragem, e não é mesmo dado às partes querê-la, no contexto de fraudes e de abusos de suas modelares finalidades¹³⁷⁴.

Verifica-se, portanto, que o instituto ainda enfrenta uma série de desafios, inclusive na seara societária – especialmente quanto ao alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária superveniente, que será objeto do próximo capítulo.

¹³⁷⁴ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. CUNHA, Fernando Antonio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 725-758, p. 750-753.

CAPÍTULO II – ARBITRAGEM SOCIETÁRIA

A metodologia adequada para o estudo da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária na esfera societária requer a interação das premissas constantes no art. 4.º da Lei n. 9.307/96, com os direitos e garantias individuais insculpidos no art. 109 da Lei n. 6.404/76, aliada à legitimidade dos acionistas e/ou da maioria para dispor ou não de tais prerrogativas.

Reitere-se que o enfoque da presente análise está na fase pré-arbitral, isto é, no momento em que as partes fazem uso da sua autonomia privada para manifestar sua vontade no sentido de eleger a arbitragem como forma de resolução de conflitos¹³⁷⁵. Discute-se, assim, a sujeição ou não do acionista ausente na assembleia geral e daquele que, presente ao encontro, por si ou por procurador, se absteve ou se manifestou contrariamente à alteração do estatuto e, por conseguinte, divergiu quanto à inclusão de cláusula compromissória que elegeu a arbitragem como forma de resolução de conflitos, em detrimento do Poder Judiciário.

Firma-se opinião no sentido de que nem a doutrina arbitral, nem a societária conseguiram endereçar soluções ajustadas para o problema, que estejam em conformidade com as bases fundamentais de ambos os microssistemas jurídicos. Pelo contrário, os doutrinadores e a jurisprudência existentes têm-se filiado a posições extremistas, ora baseadas na simples e objetiva prevalência do princípio da maioria (geralmente os societaristas), ora na rígida exigência de manifestação da vontade de todos os sócios/acionistas (geralmente os arbitralistas), cujos principais efeitos são o número rarefeito de casos, a insegurança jurídica e o aumento dos custos para a utilização da arbitragem como forma de resolver conflitos societários¹³⁷⁶.

¹³⁷⁵ Isso não quer dizer, todavia, que o exercício da autonomia privada esteja restrito ao momento da escolha da jurisdição privada arbitral. Muito antes, pelo contrário, sabe-se que os indivíduos seguem exercendo sua liberdade no decorrer da construção da cláusula compromissória (por meio da escolha da lei aplicável ao procedimento, da sede da arbitragem, da língua na qual ela será conduzida, do tipo de arbitragem (institucional ou *ad hoc*), do número de árbitros, entre outros, e também na fase arbitral propriamente dita, na celebração do termo de compromisso ou ata de missão e durante o trâmite da arbitragem (por meio da flexibilização do procedimento). A propósito, sobre o tema, ver: MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

¹³⁷⁶ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 48. Nesse diapasão, pertinentes são as observações de RACHEL SZTAJN quanto à incerteza legal e os custos de transação que podem decorrer da casuística jurisprudencial nos sistemas jurídicos de base romano-germano-canônica: “A jurisprudência aumenta, ou diminui, a certeza e a segurança do Direito, com reflexo nos custos de transação. A função promocional do Direito, o prêmio ou a punição, conforme Norberto Bobbio, deve ser corroborado pelos Tribunais” (SZTAJN, Rachel. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, n.º 155/156, ago./dez. 2010, p. 40-48, p. 41).

Após apresentar rápida perspectiva da arbitragem em matéria societária no Brasil, o capítulo elucida as razões que embasam as principais soluções propostas pelas doutrinas, arbitral e societária, para a resolução do problema, delineando, ao final, os fundamentos jurídicos da solução que parece mais apropriada para a questão.

1. Código Comercial de 1850: arbitragem obrigatória

O Código Comercial de 1850¹³⁷⁷, na linha do Código francês de 1807 e, em aberto confronto com a Constituição do Império de 1824¹³⁷⁸, estabeleceu o regime da arbitragem obrigatória para determinadas causas¹³⁷⁹, dentre as quais as surgidas entre sócios de sociedades comerciais, durante a sua existência, ou por ocasião da dissolução, liquidação e partilha¹³⁸⁰.

O Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, e o seu respectivo Regulamento¹³⁸¹, cuidaram da arbitragem sob o prisma processual, distinguindo a de caráter obrigatório da facultativa (art. 411¹³⁸²), reservando aquela (obrigatória) para as causas comerciais, em razão da previsão constante no Código Comercial, e esta (facultativa) para as demais causas¹³⁸³.

¹³⁷⁷ Art. 294. “Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral” e art. 302. “A escritura, ou seja pública ou particular, deve conter: 5 – A forma da nomeação dos árbitros para juizes das dúvidas sociais.”

¹³⁷⁸ O art. 160 assim dispunha: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”. O dispositivo outorgava certa independência às sentenças arbitrais, na medida em que não necessitavam de homologação judicial para irradiarem seus efeitos, desde que as partes tivessem anteriormente convencionado que o conflito havido entre elas seria resolvido pela arbitragem. No mesmo sentido, a Resolução de 26 de junho de 1831 admitia o juízo arbitral para o julgamento das causas de seguro, e a Lei n.º 108, de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviços. Em ambos os casos o tema era tratado como uma faculdade das partes e não como obrigação.

¹³⁷⁹ Segundo CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, as seguintes questões estavam submetidas à arbitragem: (I) resultantes de locação mercantil (art. 245); (II) suscitadas entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação e partilha (arts. 294 e 302, § 5.º); (III) relativas a salário ou prêmio das pessoas empregadas no serviço do navio ou carga (art. 736); (IV) referentes ao pagamento de salvados (art. 739); (V) relacionadas à estimação de dano causado por abalroação de navios (arts. 749 e 750); (VI) resultantes da impugnação de crédito nas falências (art. 846). OLIVEIRA FILHO, Cândido. *Curso de prática do processo*. Vol. 1. Rio de Janeiro: 1938, p. 318, *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5. No mesmo sentido: ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 139.

¹³⁸⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 7; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

¹³⁸¹ Sobre o tema ver: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850. Annotado*. Minas: Garraux, 1899.

¹³⁸² Art. 411. “O Juízo arbitral ou é voluntario ou necessario: § 1.º É voluntario, quando é instituido por compromisso das partes. § 2.º É necessario, nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Codigo Commercial, e em todos os mais, em que esta forma de Juízo é pelo mesmo Código determinada.”

¹³⁸³ MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 7; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

Embora a obrigatoriedade na sua utilização fosse algo que afrontasse a sua própria natureza – por conta do princípio da autonomia privada e do seu caráter negocial –, o instituto era utilizado no meio comercial como forma mais sensível às necessidades, regulações e sanções dos comerciantes na resolução de seus conflitos.

A despeito disso, o regime compulsório sobreviveu no Brasil por apenas 16 anos. A obrigatoriedade da arbitragem foi revogada pela Lei n. 1.350, de 1866, seguindo, mais uma vez, o exemplo do Direito francês, que foi alterado em 1856. Na época, observou CARVALHO DE MENDONÇA, reiterando o comentário do jurista belga GUILLERY, que “a arbitragem obrigatória desapareceu sem deixar saudades”, já que “nunca se reconheceu a sua utilidade. Mais prudente e acertado é deixar aos interessados julgar da oportunidade e conveniência dessa medida”¹³⁸⁴.

Mantida apenas a arbitragem facultativa – na época instaurada somente por meio do compromisso arbitral – o Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, que regulamentou a Lei n. 1.350, de 1866, inseriu a permissão de julgamento equitativo ao árbitro, mediante autorização das partes, critério que veio a se expandir para a legislação posterior¹³⁸⁵.

Embora o juízo arbitral voluntário tenha sido mantido na legislação pátria – regulado pelo Código Civil de 1916 e pelos Códigos de Processo Civil posteriores, de 1939 e 1973 –, a verdade é que a supressão do juízo arbitral necessário (para usar a linguagem do Regulamento n. 737) e a vinculação obrigatória do instituto ao Poder Judiciário – para homologação do laudo arbitral – foram fatores que impulsionaram o início da decadência do instituto no Brasil¹³⁸⁶.

Os problemas criados pelas interpretações jurisprudencial e doutrinária sobre o uso da cláusula arbitral afastaram qualquer aplicação prática ou tentativa de utilização do instituto¹³⁸⁷, podendo-se afirmar, sem exagero, que, por muitas décadas, o instituto jurídico da arbitragem esteve coberto pelo manto do anonimato no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em matéria societária.

¹³⁸⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. III, Livro II, Parte III, 6. ed., posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 75.

¹³⁸⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6.

¹³⁸⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 8.

¹³⁸⁷ BUCCIOLI, Fabio. O uso da cláusula arbitral nos contratos societários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n.º 108, p. 117-124, p. 121.

2. Lei das sociedades anônimas: arbitragem facultativa

A versão original da Lei n. 6.404/76 não continha previsão expressa sobre a matéria arbitral, apesar da existência de entendimentos minoritários na doutrina no sentido de que a utilização da arbitragem para a solução de disputas societárias já encontrava previsão legal, em virtude do disposto no art. 129, §2.º, cuja redação fala que

no caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembleia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia¹³⁸⁸.

A lei faz referência ao instituto regulado pela Lei n. 9.307/96, apesar de parecer que o art. 129 trata do tema muito mais como uma técnica de resolução de impasse havido entre os acionistas no seio da assembleia geral do que da arbitragem, como esfera jurisdicional¹³⁸⁹. Em uma perspectiva pragmática, a discussão é estéril, pois a possibilidade de utilização da arbitragem em matéria societária não decorre de previsão legislativa expressa, mas sim da capacidade das partes envolvidas e da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos envolvidos.

Seja como for, a reforma perpetrada pela Lei n. 10.303/01 (curiosamente promulgada no mesmo ano em que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96) acrescentou ao art. 109 – no Capítulo que regula os acionistas e na Seção que trata dos seus direitos essenciais – o §3.º, que assim determina¹³⁹⁰:

¹³⁸⁸ BUCCIOLI, Fabio. O uso da cláusula arbitral nos contratos societários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 108, p. 117-124, p. 121. O posicionamento de FABIO BUCCIOLI foi alvo de críticas na doutrina, pois a previsão do artigo 129, § 2.º, não fazia referência à existência de conflito propriamente dito, decorrente do descumprimento de uma obrigação social, mas sim à previsão de um mecanismo que a lei colocou, de forma facultativa (uma vez que admite que o estatuto da sociedade anônima preveja de forma distinta), à disposição dos acionistas para o auxílio na formação da vontade social. Tratava-se, na verdade, do instituto do arbitramento e não de arbitragem. Sobre o tema, ver: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 158-159.

¹³⁸⁹ Nesse sentido: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2.º vol. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 930; ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n. 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 137; BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 363. Em sentido contrário, sustentando que o legislador faz referência à figura jurídica do arbitramento: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 269-271; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 158-159.

¹³⁹⁰ O anteprojeto de reforma da Lei 6.404/76 previa a inclusão de parágrafo no art. 118 incluindo a arbitragem como forma de resolução de conflitos decorrentes de acordo de acionistas.

O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar¹³⁹¹.

Não resta dúvida que o legislador foi bem intencionado e que a previsão expressa da arbitragem na Lei n. 6.404/76 outorgou maior segurança jurídica ao instituto e estimulou sua utilização no meio jurídico empresarial (tanto nas sociedades anônimas fechadas quanto nas abertas, já que o dispositivo não distinguiu um subtipo específico como destinatário final da norma¹³⁹²). Porém, os louros ficam por aí. A redação do dispositivo é imprecisa e dá margem a interpretações destoantes¹³⁹³.

¹³⁹¹ Na visão de LUIS LORIA FLAKS, da qual discordamos, até a reforma perpetrada pela Lei n. 10.303/01 a inserção de cláusula compromissória estatutária por maioria não vinculava os acionistas dissidentes, ausentes e abstenentes. A vinculação passou a ser cogente a partir da inclusão do §3º no art. 109 da Lei 6.404/76. Em nosso sentir, o cenário não se alterou após a reforma legislativa. Nas palavras do autor: “(...) até a recente reforma da Lei das S/A não estariam vinculados à cláusula compromissória arbitral os acionistas que votaram contrariamente à alteração estatutária que inseriu a referida cláusula; os detentores de ações sem direito a voto que não aderiram, mediante um termo avulso, à referida cláusula arbitral (ou não registraram, na ata da assembleia geral, a sua vontade de aderir à mesma); ou acionistas que se abstiveram quando da deliberação ou não participaram da assembleia geral. A partir da reforma, todavia, todos os acionistas, indistintamente, ficarão vinculados àquela cláusula, desse que regularmente incorporada ao estatuto social.” (FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 108).

¹³⁹² FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 101. Concordamos com a visão de JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI quanto ao objetivo do legislador ao inserir a previsão do art. 109, § 3.º: “Não nos parece todavia que o intuito da norma legal em comento tenha sido meramente didático. Pelo contrário, o objetivo da norma, conforme revela o intenso debate ocorrido durante o longo processo legislativo a que foi submetida bem como os comentários que a ela se seguiram, foi muito mais nobre: de um lado reduzir a insegurança quanto à legitimidade do instituto no âmbito das relações societárias, e, de outro, difundir e fomentar seu uso neste mesmo âmbito em razão das inúmeras vantagens que ele pode apresentar em comparação com o Poder Judiciário, seja para a sociedade propriamente dita, ou para os acionistas controladores e minoritários. Como não poderia deixar de ser, a norma é impositiva, mas autorizativa, cabendo em última instância aos acionistas a faculdade de fazer uso ou não desse novo instrumento, conforme recomendarem as circunstâncias específicas da relação jurídica considerada.” (Cf. ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 137). No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 20, p. 9-24, jan./mar. 2009, p. 16. Mesmo assim, correta é a observação de BARBARA MAKANT: “Talvez tenha o legislador perdido uma oportunidade de tratar da matéria, no âmbito do direito societário, com mais minudência, o que evitaria, de certo modo, as intermináveis discussões doutrinárias travadas hoje sobre a aplicação do instituto aos acionistas de uma sociedade, como, por exemplo, a discussão referente à arbitrabilidade subjetiva, tratada neste estudo”. (Cf. MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4. ano 1, jan./mar. 2004, p. 82-103, p. 84).

¹³⁹³ Nesse particular caminha a precisa crítica de PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO: “O § 3.º, ora em exame dispõe que se adote a arbitragem para solução das ‘divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os minoritários’. Cabem, a propósito, algumas observações. A primeira é a que teria sido preferível utilizar, ao invés do termo divergências, que não é técnico, tem uma abrangência que desborda do campo estritamente jurídico, e remete a qualquer desentendimento, a palavra litígios, que tem significado preciso em Direito, e corresponde exatamente ao que se quer dirimir por meio da arbitragem.” (Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 261).

Em primeiro lugar, a utilização do verbo “poder” ao invés de “dever” passa a ideia de que a instauração do procedimento arbitral estatutário, após o surgimento da controvérsia, é mera faculdade dos sócios e/ou da sociedade, e não uma obrigação. Seguindo esse raciocínio, poder-se-ia sustentar que o descumprimento por uma das partes da obrigação de se submeter à arbitragem não ensejaria a execução específica da cláusula compromissória. Porém, o entendimento não procede e já foi afastado pela doutrina¹³⁹⁴.

Outra interpretação possível permitiria defender que as matérias societárias passíveis de resolução por meio de arbitragem estariam restritas às divergências existentes entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários¹³⁹⁵. Explica-se: a um, a lei fala em “divergências entre acionistas controladores e acionistas minoritários”, parecendo ignorar que os acionistas minoritários podem ser os efetivos controladores (controle minoritário¹³⁹⁶). A dois, numa interpretação literal do dispositivo legal, a lei não autorizaria a resolução de todo e qualquer conflito societário por meio de arbitragem, mas tão somente aqueles existentes acionistas controladores e acionistas minoritários. Isto é, não seria admitida a solução de divergências entre grupos e/ou blocos de acionistas controladores, nem entre grupos ou blocos de acionistas minoritários por arbitragem.

A interpretação pode parecer absurda, mas teria embasamento nas regras de hermenêutica. Seria, nada mais nada menos, que defender a aplicação do brocardo latino *Verba cum effectum, sunt accipienda*, isto é, “Não se presumem, na lei, palavras inúteis” ou, em uma tradução literal, “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”. Ainda que fundada na lei e logicamente perfeita, a construção não respeita a teleologia do dispositivo, que é, justamente, fomentar o uso da arbitragem em matéria societária, razão

¹³⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 364; LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 12; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, CUNHA, Fernando Antonio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do Judiciário nos litígios societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 725-758, p. 741-742; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei 9307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

¹³⁹⁵ Apesar de a lei acionária não referir expressamente, parece-nos que o termo *acionista minoritário* refere-se tanto aos acionistas titulares de ações ordinárias quanto aos titulares de ações preferenciais (com ou sem direito a voto).

¹³⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47 e ss.

pela qual o preciosismo gramatical não pode prosperar, como, de fato, não tem prosperado nem na prática, nem na doutrina¹³⁹⁷.

A referência a exemplos ajuda a compreender a gravidade de uma interpretação restritiva da norma em questão: (I) em caso de poder de controle conjunto ou compartilhado, os acionistas integrantes do bloco controlador podem vir a divergir entre si e, nenhum deles pode, em relação ao outro, ser qualificado como controlador ou minoritário; (II) o litígio pode resultar de uma relação havida entre dois acionistas minoritários, relacionada, por exemplo, ao voto múltiplo ou à participação dos titulares de ações votantes no conselho de administração; (III) o próprio conceito de acionista minoritário não é doutrinariamente pacífico, na medida em que a concepção adotada pode estar relacionada tanto a todos os acionistas não controladores, ou somente àqueles que, embora tendo ações com direito a voto, não integram o bloco de controle¹³⁹⁸.

Em todos esses casos, a controvérsia não decorre de relações societárias mantidas entre controladores e minoritários, de modo que, em uma interpretação estrita da lei, tais conflitos não seriam abrangidos pela previsão do art. 109, § 3.º. Mais adequado seria, então, que a letra da lei tivesse estendido o espectro de abrangência da norma. Mesmo assim, embora o legislador tenha referido apenas conflitos entre “acionistas e a companhia” e entre “acionistas controladores e minoritários”, uma leitura teleológica e sistemática do dispositivo permite que se estenda o escopo de aplicação da arbitragem a disputas relacionadas a todo e qualquer acionista. O aspecto prévio a ser verificado diz respeito à arbitrabilidade objetiva

¹³⁹⁷ CARLOS MAXIMILIANO salienta a relevância da regra interpretativa, mas destaca, ao mesmo tempo, seu caráter relativo: “Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto (3); porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma. Entretanto o preceito não é absoluto. Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apegamos à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma.” (Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 204/205).

¹³⁹⁸ Os exemplos foram referidos por: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*, CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 261.

da demanda¹³⁹⁹ e sua relação direta com o estatuto social¹⁴⁰⁰ e não a adjetivação ou qualificação do sócio¹⁴⁰¹ (e.g. controlador, majoritário, minoritário, preferencialista, ordinarista).

¹³⁹⁹ Ainda que a relação entre arbitrabilidade objetiva e matéria societária não seja objeto do presente estudo, entendemos relevante registrar que discordamos da opinião de MODESTO CARVALHOSA no sentido de que conflitos relacionados às normas organizativas da sociedade não podem ser submetidos à arbitragem. Nas palavras do autor: “(...) não pode ser objeto do compromisso arbitral a discussão sobre as cláusulas organizativas da sociedade, pois estas interessam à coletividade dos acionistas como um todo e não podem, assim, ser objeto de decisão arbitral. As cláusulas organizativas da sociedade originam-se de normas imperativas do ordenamento e, por isso, são indisponíveis por parte de alguns acionistas compromissados ou mesmo pela totalidade deles, por se tratar de matéria de ordem pública. Com efeito, as cláusulas estatutárias organizativas não têm natureza puramente contratual, mas sobretudo institucional. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário decidir sobre a adequação dessas normas organizativas estatutárias à lei de regência ou ao próprio ordenamento jurídico.” Parece-nos que o autor confunde normas de ordem pública com indisponibilidade do direito a ser submetido à arbitragem. O primeiro é limite imposto pela lei ao árbitro, enquanto julgador, ao passo que o segundo é um obstáculo à própria instauração da arbitragem que, na linha do art. 2.º da Lei n.º 9.307/96, envolve apenas direitos patrimoniais disponíveis.” As razões da nossa discordância são muito bem exploradas por PEDRO A. BAPTISTA MARTINS: “1. Uma das questões suscitadas por autores que mitigam a amplitude da arbitragem nas controvérsias societárias é a imperatividade da grande maioria das matérias que envolvem as sociedades anônimas. 2. Argumentam esses estudiosos que a dimensão dos dispositivos legais de cunho cogente resta por reduzir, sobremaneira, a possibilidade de se submeter à arbitragem diversos conflitos societários. A ordem pública implicaria na ‘incompetência’ do árbitro para julgar um sem número de disputas atinentes à disciplina do anonimato. 3. Esse entendimento, a meu ver, peca por confundir os conceitos e, consequentemente, ao partir de premissa equivocada, resta por abraçar uma conclusão alheia ou estranha ao sistema jurídico arbitral. Quero dizer que, conquanto os institutos da indisponibilidade de direitos e da ordem pública se toquem, não se deve, porque não se pode afirmar que convergem em seus efeitos. 4. Na opinião desses estudiosos, a ordem pública encerra uma indisponibilidade do direito e, assim, afasta de todo o uso da arbitragem, uma vez que esta via jurisdicional somente se presta para dirimir matérias de direito patrimonial disponível. Essa assertiva, contudo, não é verdadeira, ou, se preferirem, traduz uma meia verdade. Se é correto afirmar que o direito indisponível não é passível de apreciação pela via arbitral, de outro lado, não é correto sustentar que as questões que envolvem matérias de ordem pública, por si só, afastam a jurisdição extrajudicial. 5. Indisponibilidade e ordem pública são conceitos que se tocam, mas não se confundem. Enquanto a indisponibilidade é elemento intrínseco ao objeto do direito, a ordem pública é elemento extrínseco de resguardo ou proteção do direito. A indisponibilidade *afeta* a livre circulação – disposição – do direito em si, enquanto a ordem pública *cerca* o direito com regras preventivas. A indisponibilidade diz com o núcleo, o próprio objeto do direito. A ordem pública não; ela é um arcabouço ou um *invólucro jurídico* de preservação da identidade do objeto do direito. Enquanto o primeiro não é passível de disposição espontânea, o direito sujeito a regras de ordem pública pode ser transferido, gravado e alienado livremente, nos limites impostos por tais regras. 6. Nesse sentido, pode-se afirmar, todo direito indisponível é de ordem pública, mas nem toda a ordem pública se insere nas restrições atinentes ao direito indisponível. A disposição ou a regulação do direito indisponível não se insere na esfera da autonomia do seu titular. Ao contrário, o titular de um direito submetido a regras de ordem pública pode dele livremente dispor, independentemente da existência ou não de tais dispositivos de preservação do seu direito. O que lhe é defeso, justamente, é violar a norma de ordem pública que a lei impõe para preservar as relações em sociedade. 7. Enquanto a indisponibilidade *afeta* diretamente o objeto do direito, retirando do seu titular o poder de autorregulação e de livre disposição, a ordem pública não, é simples regra jurídica de observância obrigatória. Em outras palavras, a ordem pública é previsão legal que deve ser observada quando do trato, pelo julgador, dos conflitos de interesses sujeitos a essa restrição ou proteção. 8. Consequentemente, se o direito estiver coberto pelo manto da indisponibilidade, o árbitro não terá jurisdição para apreciá-lo, pois resta resguardada a autoridade exclusiva do Estado, pela *manus* do Poder Judiciário. Entretanto, se o direito estiver encampado por normas de ordem pública, não há impedimento à atuação da jurisdição arbitral, devendo o árbitro, contudo, *observar a aplicação* de tais dispositivos. 9. A indisponibilidade subtrai do árbitro a jurisdição, enquanto a ordem pública lhe impõe o dever de observância no julgamento da questão controversa. 10. Destarte, não importa se a disciplina do anonimato contempla diversas regras de ordem pública. Esse fato, *per se*, não retira do árbitro sua jurisdição. Apenas lhe impõe maior cautela na análise da matéria e na prolação da decisão final. Nem mais. Nem menos. 11. Posta a diferença nos termos ora propostos, pode-se afirmar que a maioria esmagadora das questões societárias são passíveis de

Ademais, não se pode olvidar que um dos efeitos da caracterização do contrato de sociedade como plurilateral é a separação dos planos internos e externos sobre os quais os efeitos do negócio jurídico societário são projetados¹⁴⁰², a saber: (I) o das relações entre os sócios; (II) o das relações entre os sócios e a sociedade, enquanto pessoa jurídica¹⁴⁰³; e (III) o das relações entre a sociedade, enquanto ente social, e terceiros, inclusive seus administradores/conselheiros.

Nesse sentido, a cláusula compromissória inserida em um estatuto social somente pode atingir as duas primeiras espécies de relações, conforme dispõe o próprio art. 109, §3.º, da lei acionária brasileira¹⁴⁰⁴, salvo se a matéria objeto de litígio envolver o administrador/conselheiro – sócio¹⁴⁰⁵ ou não – no exercício da sua função de membro

solução pela via da arbitragem, estejam ou não sujeitas a dispositivos de cunho imperativo.” (Cf. MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitralidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensão fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 617-632, p. 630-632). O tema da ordem pública e da imperatividade das normas jurídicas e sua relação com a arbitragem também é bem abordado em: LEHUEDÉ, Eduardo Jequier. *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades*. Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 49-53 e 141 e ss.

¹⁴⁰⁰ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 184 e ss; LEHUEDÉ, Eduardo Jequier. *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades*. Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 134.

¹⁴⁰¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 261; WALD, Arnoldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 20, p. 9-24, jan./mar. 2009, p. 18.

¹⁴⁰² ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 313; DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*. Milano: Giuffrè, 1937.

¹⁴⁰³ CORAPI faz uma ressalva quanto à dificuldade de individualizar quando a situação subjetiva do sócio diz respeito a sua relação interna com a sociedade e a sua relação com os demais sócios. Nas palavras do autor italiano: “Difficile è, poi, l’individualizzazione in concreto del patto parasociale quando esso, non solo è destinato ad incidere sulla determinazione dell’attività sociale, e quindi persegue un risultato identitico a quello dell’ordinamento statutario, ma ha alla sua base un accordo che vincola tutti i soci. In tal caso è solo dalla struttura che assume la situazione soggettiva in capo al socio che si può decidere della qualificazione dell’accordo come patto parasociale distinto dall’ordinamento statutario. Se, invero, si tratta di una situazione soggettiva che riguarda la posizione del socio come membro all’interno della società, si dovrà parlare di clausola statutaria. Se al contrario la situazione soggettiva è attribuita al socio direttamente nei confronti degli altri soci si potrà allora individuare nell’accordo che la pone un patto parasociale. Per un esempio di tale distinzione si pensi, anche qui, alle diverse configurazioni che può assumere una clausola di prelazioni nell’acquisto delle azioni della società” (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 184/185).

¹⁴⁰⁴ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p.130.

¹⁴⁰⁵ O caso da extensão da cláusula compromissória a administradores/conselheiros sócios não é de fácil solução. Embora, na teoria, a problemática envolva situações jurídicas material e formalmente distintas – (i) o acionista como membro de uma sociedade (status socii) e (ii) o acionista como administrador/conselheiro eleito pelos órgãos sociais para administrar (exercer as funções inerentes ao respectivo cargo, no caso dos conselheiros do Conselho Fiscal e do Conselho de Administração) a sociedade, na prática, as relações acabam se confundindo em muitas oportunidades. Concordamos, nesse sentido, com a posição de MARCELO VILELA: “É difícil, senão impossível, discernir como autônomas as relações de subordinação do dirigente à sociedade que administra, e do acionista ou sócio que tem o dever de zelar pelo cumprimento das normas sociais, atraindo, assim a incidência da cláusula compromissória prevista nos estatutos ou contrato social, uma vez que a

integrante de um órgão da companhia, hipótese em que estará vinculado à cláusula compromissória estatutária¹⁴⁰⁶. Nas demais situações (e.g. no contrato de prestação de serviços ou mandato), para que se estenda a terceiros, inclusive administradores e conselheiros não sócios, é indispensável que haja a respectiva concordância expressa ou tácita com relação à cláusula compromissória¹⁴⁰⁷.

Disso tudo, extrai-se que, a partir da reforma de 2001, a Lei n. 6.404/76 passou a prever expressamente que o estatuto das sociedades anônimas pode conter disposição estatutária prevendo a arbitragem como forma de resolução de conflitos que venham a surgir nas relações entre os acionistas e a companhia ou entre os acionistas entre si, independentemente do fato de eles serem minoritários ou controladores¹⁴⁰⁸. Quanto à matéria que será objeto do litígio, é importante ressaltar que deve ela estar relacionada com estatuto social no qual a cláusula está inserida¹⁴⁰⁹.

Ao tratar do tema da necessária incidência da cláusula compromissória sobre o pacto societário, MARCELO VILELA destaca que:

(...) a identificação dos limites de tal convenção arbitral passará pela conjugação do elemento referente à incidência do conflito instalado entre as partes sobre o pacto social (ou pacto societário). Não basta a verificação do nascimento de um litígio entre partes que intervieram na formação da cláusula compromissória, há

pertinência quanto aos interesses oriundos do pacto social é incontestável. Portanto, eventual conflito decorrente da prática dos atos de má-administração do dirigente associado deve estar submetido ao juízo arbitral, em decorrência da previsão da cláusula compromissória societária. Inegável, neste ponto, o atendimento aos limites de ordem subjetiva, já que o administrador integra o quadro societário, e de ordem objetiva, uma vez que a gestão fraudulenta ou incompetente tem impacto direto nos interesses sociais, interferindo na ordem jurídica societária.” (Cf. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 216). Em sentido semelhante, manifesta-se: COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 118-119.

¹⁴⁰⁶ De qualquer forma, recomenda-se que o administrador/conselheiro – sócio ou não – manifeste favoravelmente sua vontade com relação à cláusula compromissória estatutária, seja no momento de sua eleição para o cargo, ou em termo apartado, como ocorre nas companhias abertas listadas no Novo Mercado (Regulamento de Listagem no Novo Mercado – Anexos A e C – Termos de Anuência dos Administradores e Conselheiros).

¹⁴⁰⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 215-217; COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 117. Em sentido contrário, defendendo a extensão da cláusula compromissória estatutária a administradores e conselheiros não sócios, sem necessidade de sua expressa anuência: MARTINS, Pedro Antônio Baptista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 140-141.

¹⁴⁰⁸ Sobre o tema, CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO assevera que: “Quando nos referimos a todos os acionistas, estamos compreendendo todos os acionistas da classe focalizada, se a companhia tiver seu capital dividido em ações de diversas classes. A Cláusula Compromissória Estatutária pode limitar sua aplicação a uma ou mais classes determinadas ou referir-se a todas as ações do capital social.” (Cf. LOBO, Carlos Augusto Silveira. *A cláusula compromissória estatutária*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 12-13).

¹⁴⁰⁹ NELSON EIZIRIK lembra que, no âmbito societário, a regra é que as questões são patrimoniais disponíveis, mas há exceções sempre que os direitos em discussão forem de terceiros, não vinculados a cláusula compromissória, como é o caso da operação de incorporação de uma companhia por outra (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 614). Sobre o tema, ver: STEIN, Rachel. *Arbitrabilidade objetiva no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

que este se referir ao objeto da sociedade à qual a cláusula compromissória se adere¹⁴¹⁰.

Por derradeiro, saliente-se que a previsão do art. 109, §3.º, está inserida na seção que trata dos direitos essenciais dos acionistas e deve ser examinada em conjunto com a previsão do §2.º do art. 109 no sentido de que os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral¹⁴¹¹.

2.1. Procedimentos societários internos necessários para a adoção de uma cláusula compromissória estatutária

A cláusula compromissória decorre de um ato de vontade e de um ato de liberdade. Trata-se de uma opção e de uma decisão que devem ser livremente manifestadas pelas partes ao escolher a via arbitral em detrimento da via judicial como local para a resolução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. A cláusula, como disposição inserida em determinado instrumento contratual, passa a ser um negócio jurídico autônomo,

¹⁴¹⁰ E continua o autor, com base nas lições do francês DANIEL COHEN: “O conceito de pacto social não se encontra aprisionado nos instrumentos de constituição da sociedade, uma vez que este extravasa o limite de funcionamento desta, abrangendo uma plêiade de interesses que se colocam em torno da existência da própria sociedade, sejam estes interesses da própria sociedade em relação a seus associados, sejam interesses afetos aos associados entre si com impacto nos negócios sociais. O estatuto ou contrato social não se confunde com o pacto social, mas, antes, nele está contido. O pacto social refere-se à essência da sociedade, ao âmago do encontro de vontades dos associados que deu vida à pessoa jurídica e mantém o propósito social, e não simplesmente às disposições impositivas contratuais que regem uma sociedade. O pacto social, necessariamente, não está reduzido a termo, e, quando assim se apresenta, estará inserido apenas parcialmente no estatuto ou contrato social. (...) O princípio da necessária incidência do conflito sobre o pacto social deve-se conjugar com a necessidade do consentimento da parte para a criação da convenção arbitral, como a potencialização para instalação do juízo arbitral. Estes dois elementos, o primeiro de ordem objetiva, o segundo de ordem subjetiva, são os balizamentos para se definir os limites da cláusula compromissória inserida no estatuto ou contrato social da sociedade comercial” (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 186-188; COHEN, Daniel. *Arbitrage et société*. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 67-68).

¹⁴¹¹ PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO tece crítica à sistemática adotada pelo legislador: “O parágrafo em tela foi inserido em dispositivo legal que ostenta o *nomen juris* de direitos essenciais. O *caput* enumera quais são os direitos essenciais, o § 1.º acrescenta que os direitos conferidos pelas ações de cada classe serão iguais, e o § 2.º anota que nem o estatuto nem a assembleia geral podem elidir os meios, processos ou ações previstos na lei para assegurar os direitos dos acionistas. Como se vê, os parágrafos aludidos guardam relação com o *caput*, explicitando-o. Já o § 3.º introduz tema novo não relacionado diretamente aos direitos essenciais enumerados no *caput*. Assim sendo, por uma questão de boa técnica legislativa, a norma do § 3.º deveria ser objeto de artigo, e não de parágrafo. Não se trata, cumpre notar, de mera filigrana jurídica. Há regra geral a respeito, que não poderia deixar de ter sido observada. A Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que trata da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, estabelece, no art. 11, que as disposições normativas devem ser redigidas com clareza, precisão e ordem lógica. E, para obtenção desta, a redação deve ‘restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio’, e expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por esta estabelecida’. O legislador, como se viu, não teve este cuidado ao acrescentar o § 3.º ao art. 109 da LSA.” (Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 259-260).

formado pela vontade dos indivíduos, independente em relação ao contrato e dotado de objeto, conteúdo e perfil dogmático próprios¹⁴¹².

Relembremos, a título introdutório, como ocorre a inserção de uma cláusula compromissória nos contratos bilaterais (em contraposição aos plurilaterais). O procedimento de inserção é bastante singelo, semelhante à negociação de qualquer outra cláusula do contrato e decorre da decisão de ambas as partes de incluir no instrumento uma cláusula (que pode ser cheia ou vazia), prevendo que todo e qualquer conflito oriundo daquele negócio será resolvido por arbitragem, e não mais pelo Poder Judiciário, como é usualmente¹⁴¹³.

Partindo-se da premissa de que o ato constitutivo de uma sociedade é um contrato, é válido perquirir se o mesmo raciocínio empregado nos contratos de intercâmbio seria igualmente aplicável aos contratos de sociedade. Em outras palavras, assim como o representado e o representante em um contrato de representação comercial elegem, consensualmente, a arbitragem, se o estatuto social contiver em seu corpo uma cláusula compromissória determinando que todo e qualquer conflito surgido entre os acionistas/administradores/conselheiros, ou entre acionistas e a sociedade, serão dirimidos por meio da arbitragem, em detrimento da via judicial, todas essas partes estarão automaticamente vinculadas?

A leitura do §3.º do art. 109 da Lei das S/As indica que não se trata de norma impositiva, mas sim permissiva – o estatuto social pode conter cláusula compromissória. Logo, nas sociedades anônimas, sempre caberá, em última instância, aos acionistas, por meio da assembleia geral (de constituição ou extraordinária) e seus respectivos quóruns de votação, a faculdade de deliberar sobre a escolha da arbitragem como forma de resolução de conflitos, conforme recomendarem as circunstâncias específicas da relação em questão¹⁴¹⁴.

Na esfera societária, portanto, a cláusula compromissória estatutária pode constar tanto no projeto de estatuto encaminhado à assembléia geral de constituição da companhia (“cláusula compromissória originária”) quanto ser inserida em momento posterior, em sede

¹⁴¹² SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 133 e 163.

¹⁴¹³ Na prática empresarial, a seção do contrato referente à forma de resolução de conflitos tende a ser uma das últimas a ser negociada pelas partes e seus procuradores em contratos de grande envergadura econômica. Em razão disso, a cláusula que trata do tema é chamada de “*midnight clause*”, fato que, tendo em vista as morosas e, muitas vezes, complexas negociações, pode dar azo a uma redação confusa, imprecisa ou, até mesmo, patológica.

¹⁴¹⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003. p. 137.

de assembleia geral extraordinária, com a respectiva alteração do estatuto social (“cláusula compromissória superveniente”). No primeiro caso, por se tratar do momento de constituição da sociedade, o ordenamento societário requer a adesão unânime de todos os subscritores do projeto de estatuto social¹⁴¹⁵, não podendo a maioria, nem a unanimidade dos presentes alterá-lo¹⁴¹⁶ (nos termos do art. 87, §2.º, da Lei n. 6.404/76¹⁴¹⁷), salvo para correção de falhas ou irregularidades¹⁴¹⁸, ao passo que no segundo o procedimento para a alteração do estatuto

¹⁴¹⁵ WALDEMAR FERREIRA critica a utilização do termo ‘projeto’ para caracterizar o documento encaminhado à assembleia geral de constituição: “Os estatutos, assim referidos, tem-nos a lei, e isso é revelante, como ‘projeto’, de onde a sua transitoriedade. Ora, ‘projeto’ é proposição inicial; ou, como se lê nos dicionários, ‘intento de fazer alguma coisa, com a meditação e delineação dos meios de a conseguir; plano desígnio (MORAIS). Mas também é a ‘proposta escrita onde se consigna o pensamento em primeira redação de uma medida qualquer (estatutos, lei, etc), qual se lê no de LAUDELINO FREIRE. Todo o projeto se submete ao juízo de alguém, a que se destine, quiçá mesmo de várias pessoas reunidas em assembleia, seja de legisladores, seja de sócios ou acionistas. Dimana disso, a impropriedade da expressão legal. O ‘projeto’ dos estatutos constitucionais de sociedade anônima, por mais paradoxal que pareça, não é ‘projeto’. Não se destina a nenhuma discussão ou debate. Nêle se deparam, em sua forma definitiva, os ‘estatutos’ da companhia em formação, por serem irreformáveis.” (Cf. FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial, vol 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 77-78).

¹⁴¹⁶ Sobre o tema, esclarecedores são os comentários de TULLIO ASCARELLI: “A possibilidade de, a assembleia constituinte, deliberar por maioria, bem como os limites dessa possibilidade decorrem da circunstância de que já foram manifestadas as declarações de vontade, necessárias para formar o contrato. (...) a assembleia de constituição formada pelos subscritores tem justamente a tarefa de constatar ter sido o capital, regular e integralmente subscrito, declarando consequentemente constituída a sociedade: a sua função é, por isso, antes de mais nada declaratória” (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 269-27, nota 36, *in fine*, e 289). No mesmo sentido: CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vols. III, livro II, parte III, 6. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 323.

¹⁴¹⁷ A regra do art. 87 (“A assembleia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número. §2.º. Cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto”) tem origem no direito francês, mais especificamente no art. 79, al. 2, da Lei n. 66-537, de 24 de julho de 1966. A despeito de o legislador ter inserido o art. 87 na seção que disciplina a constituição de uma sociedade anônima por subscrição pública, a lei estende sua aplicação às constituições realizadas por instrumento particular, quer sob a forma de assembleia geral, quer sob a forma de escritura pública. Percuciente nesse sentido é a visão de JULIANA K. PELA: “Note-se que, embora situada na seção que cuida da constituição de companhias por subscrição pública, a regra é cogente também para as constituições operadas por subscrição particular, quer sob a forma de assembleia geral, quer sob a forma de escritura pública. Em relação à primeira de tais formas, a regra incide por força do disposto no art. 88, § 1.º, da lei acionária, segundo o qual: ‘Se a forma escolhida for a de assembleia geral, observar-se-á o disposto nos arts. 86 e 87, devendo ser entregues à assembleia o projeto do estatuto, assinado em duplicata por todos os subscritores do capital, e as listas ou boletins de subscrição de todas as ações’. Já em relação à segunda das formas acima indicadas, ou seja, subscrição particular por lavratura de escritura pública, a lei também prevê, no art. 88, § 2.º, a necessidade de que esta última seja assinada por todos os subscritores e contenha o estatuto da companhia.” (Cf. PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 130, nr. 5). A título ilustrativo, a mesma regra existe no direito italiano. Na constituição da sociedade e antes do arquivamento do ato no registro mercantil, somente a totalidade dos subscritores pode alterar o estatuto social e o ato constitutivo. O funcionamento da assembleia geral, como órgão societário com poderes para alterar o estatuto social, inicia a partir do registro. Sobre o tema, ver também: GALGANO, Franceso e GENGINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3. ed. T. I. Padova: Cedam, 2009, p. 158/159.

¹⁴¹⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 285; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vols. II. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 873-875. Aparentemente em sentido contrário, defendendo a aprovação

e inclusão da cláusula compromissória é mais minucioso e complexo, conforme explicado abaixo.

O art. 135 da lei acionária exige que a assembleia geral extraordinária tenha quórum de instalação, em primeira convocação, de acionistas que representem 2/3, no mínimo, do capital com direito a voto, podendo-se instalar em segunda convocação com qualquer número¹⁴¹⁹. Uma vez instalada, a regra geral é que as deliberações, ressalvadas as exceções previstas em lei, sejam tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco, podendo o estatuto da companhia fechada aumentar o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias (art. 129, *caput* e §1º da Lei n. 6.404/76).

Trata-se da aplicação do princípio majoritário – um dos pilares de funcionamento das sociedades anônimas. As exceções a essa regra estão previstas no art. 136 da lei acionária, de forma exaustiva (e não exemplificativa), as quais exigem quórum qualificado para determinadas alterações estatutárias, requerendo para a aprovação de tais matérias o voto de mais da metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se quórum maior não for

ou reprovação por inteiro do estatuto social: FERREIRA, Waldemar. Tratado de direito comercial, vol 4. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 77-78.

¹⁴¹⁹ HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA constrói algumas hipóteses problemáticas para a inclusão de cláusula compromissória estatutária superveniente, quando a iniciativa partir de acionistas minoritários. Segundo o autor: “Caso a proposta em tal sentido se origine do acionista controlador, não haverá qualquer problema na reforma do estatuto social objetivando tal finalidade. O problema se coloca quando o pleito se origina dos acionistas minoritários. O primeiro caminho será encaminhar pedido aos administradores para a convocação de AGE na qual venha a ser posta em deliberação a proposta de inclusão no estatuto social da referida cláusula. Os administradores poderão recusar-se a atender ao pedido em causa, orientados neste sentido pelo controlador, abrindo-se a possibilidade da discussão a respeito da configuração de abuso de poder do controle, por alegada ofensa ao parágrafo único do art. 116 da LSA, uma vez que ele não teria atendido a interesses legítimos dos minoritários, considerando-se as inegáveis vantagens de solução de pendências em menor tempo, com custo mais baixo e maior certeza e segurança do acerto da decisão arbitral. Outra saída estaria na alegação de que a recusa do controlador em aceitar a convocação de AGE para tal finalidade corresponderia à situação de abuso de direito, abrindo-se a possibilidade da convocação da assembleia em causa pela minoria, com base no art. 123, §5º, da LSA, sendo necessário que, para tal efeito, venham a se reunir acionistas que representem, no mínimo, 5% do capital social. Uma terceira situação seria aquela na qual, convocada e instalada a assembleia para fim da inclusão da cláusula compromissória no estatuto da companhia, o controlador votasse em sentido contrário, sem justificar devidamente suas razões, possibilitando o entendimento da manifestação de voto abusivo e/ou conflito de interesses. Afinal de contas, em tese, a solução arbitral sempre seria melhor para a companhia que uma ação judicial, diante de pendência que pudesse surgir. A solução para o voto abusivo está na imposição de indenização por perdas e danos, o que dificilmente se caracterizaria no caso sob exame, pois não haveria uma situação concreta suscetível de avaliação econômica que pudesse ensejar a condenação do controlador. No entanto, configurado o conflito de interesses – fundado no fato de que o voto do controlador, voltado para impedir a introdução da cláusula compromissória no estatuto social, não corresponderia aos interesses gerais e legítimos da sociedade –, este fato levaria ao impedimento do exercício do direito de voto por aquele, do que resultaria, certamente, a aprovação da deliberação assemblear vertente. (Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 336-337).

exigido pelo estatuto de companhias cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão (art. 136 da Lei n. 6.404/76¹⁴²⁰).

Da leitura dos parágrafos e dispositivos legais acima é possível depreender as seguintes conclusões: (I) no momento da constituição da companhia, o projeto de estatuto social – contendo cláusula compromissória originária – não pode ser alterado pelo voto da maioria dos acionistas, exigindo-se sempre a unanimidade dos subscritores¹⁴²¹; (II) o quórum ordinário de votação para promover alterações estatutárias – inclusive o de inserção de cláusula compromissória – é o da maioria absoluta dos acionistas com direito a voto presentes ao encontro; (III) nas matérias previstas no art. 136 da lei acionária exige-se quórum qualificado, sendo ele representado pelo voto de mais da metade, no mínimo, da totalidade das ações com direito a voto; (IV) o estatuto social da companhia fechada pode elevar os quóruns comum e qualificado, desde que especifique as matérias.

Em síntese, o sistema jurídico da Lei das Sociedades Anônimas não determina que a inclusão de cláusula compromissória estatutária necessite da aprovação de acionistas que representem quórum de natureza qualificada, aplicando-se, portanto, a regra da maioria absoluta, salvo se o estatuto social previr quórum distinto. Partindo dessa lógica, seria possível sustentar a submissão à arbitragem de acionistas ausentes e que se abstiveram na votação de cláusula compromissória estatutária superveniente, mesmo sem sua manifestação de vontade ou, no caso dos dissidentes, a despeito da sua expressa discordância.

O tema é, no entanto, polêmico. Observa-se a existência de colisão frontal entre regras de deliberação majoritária das sociedades anônimas e a escolha da forma de acesso à justiça. De um lado, o princípio societário da decisão por maioria (art. 129 da Lei n. 6.404/76), e, de outro, direito individual do acionista de manifestar sua vontade para fins de aprovar a cláusula arbitral, renunciar ao direito fundamental previsto no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal e se submeter aos seus efeitos (positivo e negativo). As consequências jurídicas que decorrem desse conflito são de natureza diversa e serão doravante analisadas.

¹⁴²⁰ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.033; LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei*. Vols. II, Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 225.

¹⁴²¹ Lembre-se que, no caso de subscrição particular, o consentimento dos subscritores é formalizado pela assinatura do projeto de estatuto submetido à assembleia geral, se for o documento que der origem à sociedade ou, ainda, pela assinatura da escritura pública, nos termos do art. 88, § 2.º, da Lei n.º 6.404/76.

3. Contrato plurilateral de sociedade e a declaração de constitucionalidade da Lei n. 9.307/96

O STF, no julgamento do ARSEC n. 5.206-7, declarou a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 e sedimentou o caminho para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Muito se fala do célebre julgamento, mas pouco se discute o paradigma contratual que motivou a decisão da Corte Suprema. Este será o enfoque deste item.

Ao examinar o teor integral da decisão percebe-se, de um lado, que o fundamento ventilado pelo Min. Moreira Alves para suscitar o incidente de inconstitucionalidade foi a impossibilidade de prévio afastamento da tutela jurisdicional estatal de mérito por meio de simples convenção, antes do advento do litígio¹⁴²²; e, de outro, que a linha argumentativa vencedora – do Min. Nelson Jobim – sustentou que a instituição da cláusula compromissória é, em regra, contemporânea à formação de um contrato bilateral, partindo da consensualidade das partes, isto é, de manifestações convergentes de vontade quanto à escolha da arbitragem e à renúncia da jurisdição estatal. Repousa, portanto, na natureza contratual e voluntária das convenções arbitrais a impossibilidade de imposição de cláusula compromissória a quem quer que seja¹⁴²³.

Cumprе registrar que a Corte Suprema reconheceu a compatibilidade em tese da Lei n. 9.307/96¹⁴²⁴, isto é, sem conexão com a hipótese fática subjacente ao julgamento. No

¹⁴²² Sobre o tema, convincentes são os argumentos ventilados no voto do Min. NELSON JOBIM: “Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema da arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula. Não há que se ler na regra constitucional (art. 5.º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico. Lá não se encontra essa proibição. Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão. É o reconhecimento da liberdade individual. É esse o âmbito de validade da Lei n. 9.307/96. Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrente de relação contratual específica. Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta. A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometam a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer relação jurídica futura. A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial. É necessário o contrato e a relação jurídica dele decorrente. O conflito é que é futuro e deverá circunscrever-se ao âmbito do contrato. A cláusula pressupõe a relação jurídica nascida do contrato e os litígios futuros decorrentes desse contrato.” Excerto extraído do Voto do Min. Nelson Jobim dos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino de Espanha, cuja íntegra se encontra disponível no *site* www.stf.gov.br.

¹⁴²³ Nesse sentido caminha a opinião de NELSON NERY JUNIOR: “(...) inconstitucional seria se a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) vedasse à parte o acesso ao Poder Judiciário, instituindo, por exemplo, casos de arbitragem obrigatória ou compulsória. Como não o fez, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às partes a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar lide existente entre elas.” (Cf. JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89).

¹⁴²⁴ Quanto ao tema, é importante destacar que a Constituição de 1988 optou pelo controle misto de constitucionalidade das leis, autorizando tanto o ajuizamento de ação direta para discutir o tema quanto a

entanto, a leitura dos votos e dos argumentos suscitados pelos Ministros na análise do caso demonstra que o debate teve como suporte fático material os contratos bilaterais (na verdade, o contrato de representação comercial) e a manifestação de vontade das partes como requisito de validade da cláusula compromissória em tais contratações, na linha do art. 4.º da Lei n. 9.307/96, sendo inegável que tais bases influenciaram o norte das discussões e da conclusão sobre o tema¹⁴²⁵.

declaração incidental. Na hipótese de controle direto de constitucionalidade, compete somente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o caso. Em tais situações, um dos legitimados constitucionais (art. 103 da Constituição Federal, alterado pela EC 45/2004) solicita que o STF examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (isto é, não existe caso concreto a ser solucionado pela Corte Suprema), cuja decisão tem eficácia *erga omnes*. Sobre o tema, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

¹⁴²⁵ Essa conclusão decorre do simples exame da ementa do julgamento: “1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação; ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da Lei 9.307/96, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei de Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei de Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção no direito interno, da homologação do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da constituição” – se furtar de enfrentar o problema da constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem: constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral, discussão incidental de constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5.º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluindo o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação do seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6.º, parágrafo único; 7.º e seus parágrafos, art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, inciso IX, do C. Proc. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição. Constitucionalidade, aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em prover o agravo para homologar a sentença arbitral e, por maioria, declarar constitucional a Lei 9.307, de 23.9.96, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que declaravam a inconstitucionalidade do art. 6.º, parágrafo único; 7.º e seus parágrafos, art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, inciso IX, do C. Proc. Civil; e art. 42, todos do referido diploma legal. SEC 5206-7. Data do Julgamento: 12.12.2001.”

O fato de o paradigma de análise utilizado pelo STF ao declarar a constitucionalidade da Lei de Arbitragem ter sido um contrato bilateral pode parecer um detalhe aparentemente insignificante, mas que ganha relevância quando se depreende que as características, a natureza, a estrutura interna e as regras de formação e funcionamento de tais contratos, como o de representação comercial, são absolutamente distintas daquelas aplicáveis aos contratos plurilaterais associativos e de organização, como o de sociedade.

O apontamento dá margem a algumas indagações. Por exemplo, a decisão da Corte Suprema teria sido distinta caso o contrato subjacente à cláusula compromissória superveniente fosse o estatuto social de uma sociedade anônima fechada? Os Ministros aceitariam a tese de que o princípio majoritário deve ser respeitado em detrimento da manifestação de vontade que renuncia a direito fundamental? Haveria separação das regras arbitrais aplicáveis a cada tipo contratual? Ou, ainda, o legislador, ao promulgar a Lei n. 9.307/96, teria atentado para as diferenças estruturais existentes entre os contratos bilaterais e os plurilaterais? A previsão do art. 4.º da Lei n. 9.307/96 – que regula a formação da cláusula compromissória – aplica-se, como regra geral, a todos os tipos contratuais indistintamente ou somente aos contratos bilaterais e de adesão?

Desenhar respostas absolutas para as hipóteses (cerebrinas) acima consistiria mera elucubração e não é este o objetivo deste estudo. O que se busca é ponderar se está correto, do ponto de vista legal, dogmático e hermenêutico, aplicar de forma automática (e um tanto quanto irrefletida) os argumentos ventilados na referida decisão na esfera societária, cujos princípios e regras são bastante peculiares. Nossa resposta imediata é negativa.

Parece-nos que tanto o enfoque regulatório – Lei n. 9.307/96 – quanto o decisório – julgamento da ARSEC – tiveram como fundamento ou paradigma os contratos bilaterais. Em nenhum momento se cogitou deslocar a discussão para o âmbito dos contratos plurilaterais associativos e de organização, como o de sociedade, nos quais o valor conferido à manifestação de vontade dos participantes e a estrutura de funcionamento adquirem contornos jurídicos distintos¹⁴²⁶.

Em razão disso, é legítimo (e recomendado) enveredar por caminhos pouco percorridos a fim de descobrir a melhor sistemática para tratar do tema. O ponto de partida para essa análise é integrar a previsão do art. 4.º da Lei n. 9.307/96 no contexto dos direitos e garantias individuais insculpidos no art. 109 da Lei n. 6.404/76, tendo como pilar a

¹⁴²⁶ Como já destacado, nos contratos plurilaterais, a despeito de o consentimento ser elemento essencial para a formação do contrato, ao longo da vida da sociedade, as decisões são tomadas pela maioria dos acionistas, respeitando os diversos quóruns existentes (maioria absoluta ou qualificada) na lei, estatuto ou contrato social.

legitimidade e a titularidade exclusiva dos acionistas (e não da sociedade) para dispor ou não de tais prerrogativas.

Em nosso sentir, há espaço e boa margem argumentativa para defender que o ordenamento societário tem calibrações internas suficientes para resolver o impasse, ainda que a solução possa não servir à finalidade que dela se espera. Seja como for, não é adequado interpretar e examinar a previsão do §3.º do art. 109 da Lei das S/As (que regula a arbitragem societária) tendo como únicas premissas legais e parâmetros hermenêuticos o art. 4.º da Lei n. 9.307/96 e o julgamento do STF na ARSEC n. 5.206-7¹⁴²⁷.

A despeito de eles serem os marcos legal e interpretativo da arbitragem no Brasil, é preciso construir uma nova sistemática para abordar a questão, ajustada ao contexto das sociedades anônimas fechadas e que deriva, justamente, da peculiaridade das normas societárias, da sua lógica de funcionamento, dos direitos individuais dos acionistas, da indisponibilidade da sociedade – representada pela maioria – sobre tais prerrogativas e do exame da jurisdição arbitral no contexto das garantias individuais erigidas pela lei (art. 109, §2.º).

Se antes da Lei n. 9.307/96 e do julgamento do STF os meios, ações e processos previstos no §2.º do art. 109 da Lei n. 6.404/76 eram restritos às medidas judiciais e tidos como inderrogáveis pela maioria e irrenunciáveis pelos acionistas (em razão do art. 5.º, inc. XXXV, da CF/88); depois da promulgação do referido diploma, da declaração da sua constitucionalidade e da inclusão do §3.º no artigo 109, esse contexto jurídico foi alterado. A escolha ou deslocamento do *locus* jurisdicional no qual as prerrogativas dos acionistas

¹⁴²⁷ No mesmo sentido: LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 50-52; FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 109-110. Essa também parece ser a opinião de MODESTO CARVALHOSA: “Questiona-se a validade e eficácia da cláusula compromissória nos contratos plurilaterais, já que o juízo arbitral em sua manifesta aplicação nos contratos de justaposição, em que a bilateralidade vai acompanhada da reciprocidade de prestações. E, com efeito, a Lei n.º 9.307, de 1996, destina-se claramente a este tipo contratual, como se pode ver nos seus arts. 1.º, 3.º e 4.º (...) E, de fato, o juízo arbitral, em sua longa formação no campo dos usos e costumes na legislação aplicável, atém-se à teoria contratual clássica, em que não se prescinde do sinalagma, ou seja: contrato entre duas únicas partes de que emana uma relação recíproca de dependência entre as prestações, tendo como fundamento interesses contrastantes e que na avença encontram sua composição. Transpor o instituto do juízo arbitral para os contratos plurilaterais demanda a construção de conceitos diferenciais encontráveis no seio dessa espécie convencional. A propósito, falta aos contratos plurilaterais associativos a exceção de não cumprimento e, via de consequência, a resolução da avença” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359). Como veremos a seguir, CARVALHOSA parece não seguir essa mesma linha argumentativa ao defender a aplicação do §2.º do art. 4.º da Lei 9.307/96 aos contratos plurilaterais.

serão exercidas passou a compor o núcleo derogável dos direitos individuais, desde que a mudança decorra da manifestação de vontade dos envolvidos.

Dito isso, parece-nos que a busca de uma solução calibrada para o problema deve consistir na análise dos direitos individuais dos acionistas integrados aos pressupostos da arbitragem e à escolha da jurisdição arbitral (e renúncia da estatal) em um contexto de alteração ilegítima do conjunto de atributos que formam o *status socii* pela assembleia geral majoritária.

4. Extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária

Vimos que no sistema da Lei n. 9.307/96 o consentimento da parte é requisito indispensável para a validade da cláusula compromissória, não sendo admitida a sujeição de qualquer pessoa à arbitragem à sua revelia, isto é, sem que ela tenha manifestado tácita ou expressamente sua vontade nesse sentido. Dessarte, seguindo a lógica do sistema arbitral, mormente a partir da decisão do STF na ARSEC n. 5.206-7, a imposição da arbitragem a qualquer indivíduo sem sua aceitação representa flagrante violação de dispositivo constitucional referente à inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5.º da CF.

Referimos, também, que nas sociedades anônimas vige o princípio da maioria, de modo que as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os em branco. Em alguns casos, o legislador relativizou a aplicação da regra da maioria, ora exigindo a unanimidade, ora outorgando o direito de recesso.

A hipótese relacionada à inserção de cláusula compromissória estatutária superveniente não está incluída em nenhuma dessas sistemáticas. Em razão disso, a questão provoca uma série de discussões a respeito do seu aspecto (alcance) subjetivo, as quais podem ser resumidas no seguinte questionamento: por se tratar de espécie de convenção arbitral que implica a renúncia à jurisdição estatal, os acionistas que não manifestaram expressa ou tacitamente sua concordância ou aqueles que se mostraram contrários à cláusula compromissória, ou, ainda, os ausentes, sem direito a voto, ou os que se abstiveram da votação, estarão obrigados a se submeter à arbitragem¹⁴²⁸? Vejamos como a doutrina trabalha a problemática em cada um desses contextos.

¹⁴²⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 72.

4.1. Contextos de contraposição entre os microssistemas

Do questionamento acima decorrem, pelo menos, três situações que suscitam profundas dúvidas na doutrina, nas quais o conflito entre a maioria e a autonomia privada se evidencia¹⁴²⁹: (I) o acionista que adquiriu ações da companhia cujo estatuto já continha cláusula compromissória; (II) o acionista que se ausentou ou se absteve de votar na deliberação que inseriu a cláusula compromissória no estatuto da companhia; (III) o acionista que manifestou sua discordância quanto à inserção de cláusula compromissória no estatuto da companhia.

Para os fins deste estudo agruparemos as hipóteses envolvendo os acionistas discordantes, os ausentes e os que se abstiveram na mesma categoria, em contraposição aos novos acionistas.

4.1.1. Acionista que se ausentou, se absteve ou manifestou sua discordância quanto à inserção de cláusula compromissória no estatuto da companhia

A doutrina divide-se em três grandes grupos:

¹⁴²⁹ Há duas situações que não materializam o conflito, mas ilustram soluções internas apresentadas pelo ordenamento societário para resolver questões semelhantes. A primeira delas diz respeito ao acionista que participou da fundação da companhia, cujo estatuto contém cláusula compromissória originária: tanto na subscrição pública (que cria uma sociedade aberta, apta a se capitalizar no mercado de capitais), quanto na subscrição particular (que cria uma sociedade fechada), a maioria não tem poder para alterar o estatuto (art. 87, § 2.º). Os fundadores e os subscritores de ações da nova companhia manifestam de forma inequívoca sua vontade de se submeterem ao juízo arbitral quando do surgimento de conflitos societários. Trata-se, portanto, de relativizações que a lei permite da regra da maioria (MAKANT, Barbara. A arbitralidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 4, ano 1, jan./mar. 2004, p. 82-103, p. 97/98; FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 101-102). A segunda refere o acionista que aprovou em assembleia geral a alteração do estatuto social que inseriu a cláusula compromissória superveniente: nos termos do artigo 121 da Lei 6.404/76, a assembleia geral da companhia, devidamente convocada e instalada, tem poderes para decidir sobre todos os negócios relativos ao objeto da companhia, inclusive de reformar o estatuto (artigo 122, I, da Lei 6.404/76). Dessa forma, entende-se que ela tem poderes para aprovar a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, prevendo que eventuais divergências entre acionistas e entre eles e a companhia sejam dirimidas por meio da arbitragem. Nessa lógica, entendemos que o princípio da maioria tem plena vigência, não sendo necessário o cumprimento de formalidades adicionais para dar eficácia à decisão de incluir a cláusula compromissória, como, por exemplo, a assinatura de um termo em apartado para que o acionista que votou favoravelmente à inclusão da cláusula compromissória no estatuto social esteja vinculado ao teor da nova previsão. A sistematização das hipóteses abaixo foi inspirada em: ACERBI, Andréa Goes. *A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas*. p. 181-231, p. 193-214. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008.

(I) a corrente majoritária é liderada por PEDRO BAPTISTA MARTINS¹⁴³⁰, acompanhado, entre outros¹⁴³¹, por LUIS LORIA FLAKS¹⁴³², MARCELO VILELA¹⁴³³, JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI¹⁴³⁴, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO¹⁴³⁵, EDUARDO S. MUNHOZ¹⁴³⁶ e CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO¹⁴³⁷, que, em resumo, sustentam a possibilidade de a alteração estatutária que insere cláusula compromissória ser tomada pela

¹⁴³⁰ MARTINS, PEDRO A. BATISTA. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 125-130; MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 126, p. 58-74, abr.-jun. 2002; MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitralidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensão fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 617-632.

¹⁴³¹ No mesmo sentido, ver: ARMELIN, Donaldo. Da alteração estatutária de companhia para inclusão de cláusula compromissória e a incompetência da Junta Comercial para analisar sua legalidade material. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n.º 24, jan./mar., 2010, p. 28-41; ROSSI, Livia. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 186-205; ACERBI, Andrea Góes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181-231; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 262; MAKANT, Barbara. A arbitralidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 4. ano 1, jan./mar. 2004, p. 82-103, p. 87; STEIN, Rachel. *Arbitralidade objetiva no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 138,150; WALD, Arnoldo. A arbitralidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 22-28, jan./mar. 2007; _____. A arbitragem e o direito societário (II), casos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 14, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 22-29, jul./set. 2007; _____. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 20, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 9-24, jan./mar. 2009; VIEIRA, Máira de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 377-385, abr./jun. 2012; BARROS, Octávio Fragata Martins de. Os litígios sociais e a arbitragem. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta e SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (coords.). *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 247; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342-343; SEGAL, Pedro Machado. Da vinculação dos sócios à cláusula arbitral estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 31, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 355-369, out./dez. 2011, 364/365; VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Arbitragem nas sociedades anônimas: aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do § 3.º ao art. 109 da Lei 6.404/1976 pela Lei 10.303/2001. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 139, São Paulo, Malheiros, p. 164-176, jul./set. 2005, p. 172.

¹⁴³² FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 105-106.

¹⁴³³ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 190-206.

¹⁴³⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 162/164.

¹⁴³⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 264.

¹⁴³⁶ MUNHOZ, Eduardo S. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77-99, p. 89.

¹⁴³⁷ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32; _____. A cláusula compromissória estatutária (II). Anotações adicionais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55.

maioria de votos em assembleia devidamente convocada e instalada e que seus efeitos vinculam os acionistas, com ou sem direito a voto, os presentes, os ausentes e os que se abstiveram;

(II) a corrente minoritária é guiada por MODESTO CARVALHOSA E NELSON EIZIRIK¹⁴³⁸, seguidos, entre outros¹⁴³⁹, por LUIS LEONARDO CANTIDIANO¹⁴⁴⁰, DANIELA BESSONE MOREIRA¹⁴⁴¹, TERESA CRISTINA G. PANTOJA¹⁴⁴² e CARLOS ALBERTO CARMONA¹⁴⁴³, que, em síntese, não aceitam a tese majoritária e defendem ser necessário o voto favorável do acionista quanto à inserção da cláusula compromissória no estatuto social, seja no momento da deliberação ou em termo apartado (na linha do art. 4.º, §2.º, da Lei n. 9.307/96);

(III) a corrente disruptiva é capitaneada por JULIANA K. PELA¹⁴⁴⁴ e defende a leitura integrada dos microssistemas arbitral e societário. Nesse contexto, sustenta que a inserção do §3.º no art. 109 da Lei n. 6.404/76 relativizou a plena eficácia da regra da maioria no contexto societário no que concerne à hipótese de aprovação de cláusula compromissória estatutária superveniente.

¹⁴³⁸ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros e EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 178-206; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 347 e ss.; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343; EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 616 e ss.

¹⁴³⁹ GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65 e ss.; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59; SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS, Fábio; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de; BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81; PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140; CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 28, out.-dez. 2010, p. 30-40, p. 33-34.

¹⁴⁴⁰ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/As comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 118 e 119.

¹⁴⁴¹ BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 370.

¹⁴⁴² PANTOJA, Teresa Cristina G. *Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem. Prática em arbitragem*. Brasília: Forense Universitária, 2008, 68-98, p. 84.

¹⁴⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário a Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

¹⁴⁴⁴ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n. 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140.

Em síntese, o argumento da corrente majoritária consiste na prevalência do princípio da maioria na aprovação da cláusula compromissória estatutária superveniente, não havendo motivo para relativizar a aplicação da regra em tal contexto, pois a lei nada dispõe a respeito. Já a corrente minoritária e a disruptiva defendem a ineficácia da cláusula com relação aos acionistas dissidentes, ausentes ou que se abstiveram da votação, com base nos seguintes argumentos: (I) a inexistência de presunção de renúncia quanto a direito essencial de qualquer acionista; (II) a exigência de unanimidade para aprovar a cláusula; (III) a equiparação do contrato de sociedade a um contrato de adesão e necessidade de assinatura da cláusula em termo apartado; (IV) a natureza parassocial da cláusula compromissória; e/ou (V) a ineficácia dos seus efeitos com relação aos acionistas dissidentes.

Vejamos, rapidamente, os principais argumentos defendidos por cada lado.

a) Corrente minoritária: caleidoscópio argumentativo

A corrente minoritária é liderada por MODESTO CARVALHOSA e por NELSON EIZIRIK e propõe que somente os acionistas que votaram favoravelmente à inclusão da cláusula arbitral em assembleia geral extraordinária estão a ela vinculados. Esse entendimento embasa-se na ideia de que os acionistas ausentes, que se abstiveram de votar ou votaram contra a inclusão da cláusula arbitral não manifestaram expressamente sua vontade de renunciar ao direito de acesso ao Poder Judiciário, não, estando, portanto, vinculados à cláusula arbitral estatutária aprovada por maioria¹⁴⁴⁵.

Os fundamentos sustentados por MODESTO CARVALHOSA podem ser resumidos da seguinte forma: (I) o art. 5.º da Constituição Federal garante o princípio do livre acesso à justiça, o qual tem a natureza personalíssima; (II) o §2.º do art. 4.º da Lei n. 9.307/96 condiciona a eficácia das convenções arbitrais à expressa concordância da parte, em termo apartado, não sendo permitida a renúncia tácita a direito essencial de acionista; (III) o §2.º do art. 109 da Lei n. 6.404/76 não permite que a assembleia geral ou o estatuto social elida garantias necessárias à satisfação dos direitos dos acionistas; (IV) a cláusula compromissória

¹⁴⁴⁵ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros e EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 178-206. Importante ressaltar que o argumento foi inicialmente sustentado conjuntamente por MODESTO CARVALHOSA e por NELSON EIZIRIK. No entanto, atualmente, CARVALHOSA é o grande defensor da corrente em seus comentários à Lei das Sociedades Anônimas, não sendo acompanhado por EIZIRIK em todos os seus posicionamentos, especialmente com relação aos casos dos acionistas que subscreveram ou adquiriram ações da companhia posteriormente à inclusão de cláusula compromissória, os quais, na visão de EIZIRIK, estão a ela vinculados, independentemente de consentimento expresso e em termo apartado (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 616). CARVALHOSA se destaca como o líder da corrente minoritária, razão pela qual o enfoque deste item estará nos seus argumentos e fundamentações.

estatutária tem a natureza de pacto parassocial e não pertence às normas organizativas do estatuto social¹⁴⁴⁶, sendo indispensável que sua aceitação ocorra em termo apartado.

Em rápida síntese, o autor reforça a ideia de que o direito de acesso ao Poder Judiciário, diferentemente dos demais direitos regulados no estatuto social, é um direito essencial e personalíssimo do acionista e sua renúncia depende de manifestação de vontade expressa e específica, não comportando aceitação tácita ou por referência¹⁴⁴⁷. Em razão disso, entende que, com base no §2.º do art. 4.º da Lei n. 9.307/96, não basta a adesão do acionista ao colégio acionário, sendo necessário também sua declaração, por escrito, em documento apartado revestido de todas as formalidades¹⁴⁴⁸.

Nessa lógica, a utilização da arbitragem é um direito subjetivo pertencente a todo e qualquer acionista sempre que o estatuto social contiver cláusula compromissória. Não se trata, portanto, de um dever ou obrigação do acionista no sentido de vincular-se ao juízo arbitral estatutário, mas sim de prerrogativa individual de aderir à cláusula compromissória a qualquer tempo e conforme a sua concordância, na linha prevista no §2.º do art. 109 da Lei n. 6.404/76¹⁴⁴⁹.

Ressalta CARVALHOSA, com base nas lições do italiano ALESSANDRO NIGRO¹⁴⁵⁰, que:

Não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, de cuja natureza é a cláusula compromissória estatutária. Não se pode presumir que alguém haja deferido a solução de controvérsia a um colégio arbitral pelo simples fato de estar ele previsto no estatuto. Não há renúncia implícita a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou não tenha aderido expressamente, por documento formal¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁶ O resumo dos argumentos de CARVALHOSA foi inspirado na sistematização feita por: WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge e CUNHA, Fernando Antonio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do Judiciário nos litígios societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 725-758, p. 747.

¹⁴⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352-353.

¹⁴⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.

¹⁴⁴⁹ E continua o autor: “Interpretar o § 3.º deste art. 109 como ‘direito’ da sociedade ‘imponível’ aos acionistas constitui flagrante aberração, por contrariar direito individual irremovível do acionista de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito seu (arts. 5.º, XXXV, e 60, § 4.º, IV, da CF). In: CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 347-348.

¹⁴⁵⁰ NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle Società*, ano XIII, fasc. 1, gen./feb., 1968, p. 175-192, p. 192.

¹⁴⁵¹ Na visão de CARVALHOSA: “A cláusula compromissória constitui matéria facultativa e, portanto, potestativa do estatuto social. Não se confunde com as matérias que obrigatoriamente deverão constar do estatuto, que são específicas da sociedade anônima, ditadas pela lei. Distingue-se, dessa forma, a cláusula estatutária potestativa, que consubstancia o pacto compromissório, daquelas cláusulas mandatórias. Na

Defende, pois, que a possibilidade de suprimir a instância judicial e substituí-la pelo juízo arbitral no estatuto social devem

(...) ser consideradas como uma faculdade para os acionistas e uma obrigação contratual para a sociedade. Somente para aqueles acionistas que se vincularam expressamente a tal supressão de direito subjetivo seu, nos diversos momentos da existência da sociedade, é o juízo arbitral oponível¹⁴⁵².

Na mesma linha de raciocínio, LUIZ LEONARDO CANTIDIANO, ex-Presidente da CVM, entende que ao adquirir ações de emissão de determinada companhia o adquirente estará aderindo às disposições estatutárias que foram aprovadas pela maioria de seus acionistas. Assim, uma vez inserida no estatuto norma que estabeleça a submissão de eventuais conflitos à arbitragem, o acionista, ao tornar-se titular de ações de emissão da companhia, adere ao contrato, ficando obrigado a acatar decisão que vier a ser proferida pelo juízo arbitral¹⁴⁵³.

Entretanto, para CANTIDIANO, seria prudente o cumprimento do ritual estabelecido no §2.º do art. 4.º da Lei n. 9.307/96 para fins de evitar discussões paralelas que possam colocar em risco a solução da controvérsia por meio do juízo arbitral¹⁴⁵⁴. Essa orientação é sustentada de forma mais fervorosa por CARVALHOSA, para quem a cláusula estatutária somente vincula os acionistas que tenham inequívoca, livre e expressamente contratado ou a ela aderido, em termo apartado, segundo a previsão do §2.º do art. 4.º¹⁴⁵⁵.

primeira, o conteúdo é livre, desde que não seja vedado por lei ou que não altere os dispositivos obrigatórios da lei e do próprio estatuto. De qualquer forma, o estatuto não pode privar os acionistas do direito que lhes é constitucionalmente assegurado com cláusula pétrea (art. 5.º, XXXV, § 4.º, da CF), cujo § 2.º dispõe que os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352-357).

¹⁴⁵² CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 357.

¹⁴⁵³ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/As comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118.

¹⁴⁵⁴ Para o ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários: “Cabe indagar se, à vista de disposição expressa que consta do § 2.º do art. 4.º da Lei n. 9.307/96, deve ser observado o procedimento ali previsto para que o acionista da companhia fique obrigado a submeter-se ao procedimento arbitral. (...) Considerando que o estatuto tem um conteúdo contratual, cujas provisões são estabelecidas pela vontade da maioria do capital, e que o adquirente da ação adere ao que nele (estatuto) está regulado, penso ser prudente fazer com que seja cumprido o ritual estabelecido no referido dispositivo, a fim de evitar discussões paralelas que possam colocar em risco a solução da controvérsia pela adoção do procedimento” (Cf. CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/As comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118/119).

¹⁴⁵⁵ Sustenta o autor que: “(...) no momento da constituição da sociedade (arts. 80 e ss. da Lei n.º 6.404, de 1976) estarão vinculados à cláusula compromissória todos os fundadores que subscreveram o capital social. São eles que fundam a sociedade e aprovam o seu estatuto. Pode-se dizer, portanto, que os fundadores-subscritores da sociedade não aderem ao estatuto, mas efetivamente o aprovam. Fique bem clara aqui a distinção. No caso, os atos constitutivos e, dentre eles, a aprovação do estatuto são *tractatus* entre os fundadores e não *dictatus*. O caráter de *dictatus* do estatuto social somente se dá no caso de aquisição de ações posteriormente aos atos constitutivos. Ressalte-se esse ponto. No momento da constituição da sociedade a

O ponto destacado por CARVALHOSA é o seguinte:

(...) a sociedade é parte vinculada à cláusula compromissória, ao declarar no seu estatuto que as controvérsias surgidas entre a sociedade e seus acionistas serão deferidas à decisão do juiz arbitral. Dessa forma, a norma estatutária constitui em si mesma a cláusula compromissória que vincula, de um lado, a sociedade e, de outro, aqueles acionistas que manifestaram duplamente essa vontade, pela sociedade e por si mesmos. Assim, os acionistas, ao mesmo tempo, exprimem coletivamente a vontade compromissória da sociedade e individualmente a sua própria vontade compromissória.

(...) a cláusula compromissória estatutária vincula, portanto, a sociedade e individualmente aqueles acionistas que a instituíram nos atos de sua constituição ou em alteração estatutária, seja para dirimir divergências e litígios entre eles, acionistas compromissados, e a sociedade, seja para resolver pendências que entre eles, acionistas compromissados, surgirem no futuro¹⁴⁵⁶.

Dessarte, não se pode tratar a cláusula compromissória como se fosse uma norma organizativa, parte integrante do estatuto social, já que a sociedade não figura, nessa hipótese, como centro de imputação de interesses, mas como parte em um pacto arbitral, cujo objetivo é dirimir futuros conflitos relacionados a determinada relação contratual associativa. Em razão disso, a cláusula compromissória assume o caráter, a natureza jurídica de pacto parassocial, tal qual um acordo de acionistas, firmado entre a sociedade, seus fundadores e acionistas que aprovaram sua inclusão ou que aderiram a seus termos¹⁴⁵⁷.

relação contratual é direta entre a sociedade constituída e seus fundadores-subscritores de capital. Por outro lado, nas aquisições sucessivas de ações, a cláusula compromissória estatutária tem a natureza de *dictatus* e não de *tractatus*. Em consequência, se impõe a adesão expressa desses acionistas derivados à cláusula compromissória estatutária, por força do que dispõe o referido § 2.º do artigo 4.º da Lei 9.307/96” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 357). E complementa: “Trata-se de um requisito *ad solenitatem*, em que a validade da adesão à convenção compromissória depende não apenas de sua forma escrita como também da formalidade registraria, ou seja, do seu arquivamento na sede social da sociedade. Esse arquivamento tem efeito de publicidade, de forma a permitir a oponibilidade do pacto.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral* (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 345).

¹⁴⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360/361; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral* (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 332.

¹⁴⁵⁷ E continua: “A sociedade despe-se, por conseguinte, do seu poder de impor a todos os acionistas a cláusula compromissória estatutária, na medida em que se coloca como parte no pacto compromissório diante de outras partes, ou seja, os acionistas que individualmente aceitarem essa convenção arbitral para dirimir seus conflitos. A cláusula compromissória estatutária não adquire caráter associativo, não sendo, por isso, impositivo aos acionistas que não votaram favoravelmente a sua adoção no estatuto e que, posteriormente, não aderiram expressamente a seus termos, na estrita conformidade com o § 2.º do artigo 4.º da Lei 9.307/96. (...) Ao renunciar à jurisdição estatal para adotar o juízo arbitral, o acionista e a sociedade estão renunciando a um direito essencial, que, portanto, tem caráter personalíssimo, como referido, não se transmitindo aos acionistas que não renunciaram expressamente a esse direito constitucionalmente assegurado (art. XXXV, CF) e societariamente reiterado (§ 2.º do art. 109, ora comentado). Em consequência, o pacto parassocial que instituiu a cláusula compromissória estatutária restringe seus efeitos e sua exigibilidade à sociedade, e, individualmente, aos acionistas estipulantes.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361); CARVALHOSA, Modesto de Souza

Com base nas lições de GIUSEPPE OPPO¹⁴⁵⁸ e ANTONIO PEDROL¹⁴⁵⁹ sobre os contratos parassociais, CARVALHOSA entende que a cláusula compromissória estatutária é uma convenção que não se impõe às relações sociais, as quais se mantêm fundadas no juízo estatal. É, portanto, a cláusula compromissória estatutária uma convenção entre as partes, oponível à sociedade e aos acionistas, individualmente comprometidos¹⁴⁶⁰.

Conclui dizendo que a cláusula tem a mesma natureza institucional dos acordos de acionistas regulados pelo art. 118 da Lei n. 6.404/76, razão pela qual não constituem normas estatutárias organizacionais, mas pactos parassociais a que a lei outorga validade e eficácia. Afirma que em razão de a cláusula compromissória ser negócio jurídico autônomo em relação ao estatuto social não se confunde com as demais cláusulas societárias organizativas, devendo ser arquivada na sede da companhia, nos termos do § único do art. 36 da Lei n. 6.404/76¹⁴⁶¹.

Segundo o autor:

Trata-se de convenção que não se impõe às relações sociais, que se mantêm fundadas no juízo estatal. Não logra, com efeito, a *cláusula compromissória estatutária* estabelecer uma *relação de subordinação* dos seus termos com respeito aos acionistas que individualmente não a subscreveram. E quanto aos seus efeitos prevalece o procedimento imposto pelo parágrafo único do art. 36,

Barros. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 333.

¹⁴⁵⁸ OPPO, Giuseppe. *Negozi parassociali*. Milano: Vallardi, 1942, 7 e ss.

¹⁴⁵⁹ PEDROL, Antonio. *La anonima actual y la sindicación de acciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 17 e ss.

¹⁴⁶⁰ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 362.

¹⁴⁶¹ E continua: “Não há unidade jurídica entre a cláusula compromissória e as normas organizativas constantes do estatuto social. A cláusula compromissória não afeta o direito dos acionistas não pactuantes. Não há oponibilidade dessa cláusula aos direitos essenciais dos acionistas que não estão vinculados aos seus termos por expressa manifestação individual de vontade. A cláusula compromissória não é oponível fora das relações estabelecidas nesse sentido entre as partes, que são a sociedade e os acionistas convenientes, ou seja, não é oponível aos demais acionistas nem terceiros. Não é, outrossim, oponível aos administradores e fiscais da sociedade o pacto compromissório estatutário, nos eventuais conflitos e litígios destes com a sociedade e com seus acionistas.” e “Aplica-se inteiramente à hipótese o parágrafo único do art. 36, que cuida da adesão ao pacto parassocial de limitação à circulação de ações. Trata-se de um requisito *ad solemnitatem*, em que a validade da adesão à convenção compromissória depende não só de sua forma escrita, mas também de formalidade registrária, ou seja, do seu arquivamento na sede social da companhia. Esse arquivamento tem efeito de publicidade, permitindo a oponibilidade do pacto. Cabe, assim, cumprir esse procedimento de manifestação individual expressa do acionista aderente à respectiva cláusula compromissória estatutária, cujo documento declaratório deverá ficar arquivado na sede social. O cumprimento dessas formalidades vinculará os acionistas aderentes a partir do referido arquivamento. Insista-se que sem esse procedimento não será válida e eficaz a cláusula compromissória estatutária, ainda que tenha o acionista, sob outra forma, manifestado a intenção de aceitar o pacto compromissório. O documento determinado pelo § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 9.307, de 1996, arquivado na sede social, é requisito necessário e suficiente para a eficácia dessa adesão. Essa declaração documentada e arquivada de adesão ao pacto compromissório estatutário não pode conter qualquer ressalva ou alteração, o que o tornaria ineficaz e não oponível à sociedade e aos demais acionistas convenientes.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 364-365).

que demanda a concordância expressa dos acionistas aos termos da respectiva alteração estatutária¹⁴⁶².

Em síntese, CARVALHOSA argumenta que:

A cláusula compromissória estatutária é um negócio jurídico autônomo (art. 8.º da Lei n.º 9.307, de 1996) que não se confunde com as cláusulas organizativas constantes do estatuto social. A cláusula compromissória estatutária não afeta o direito dos acionistas não pactuantes. Não há oponibilidade dessa cláusula aos direitos essenciais dos acionistas que não estão vinculados aos seus termos por expressa manifestação individual de vontade¹⁴⁶³.

Após apanhado das diversas opiniões da doutrina sobre o assunto, TERESA CRISTINA G. PANTOJA conclui que se a alteração estatutária é posterior à constituição da sociedade, deve haver manifestação inequívoca de adesão do acionista minoritário, sob pena de se retirar da decisão pela via arbitral seu condão volitivo, desfigurando-se-a, com isso¹⁴⁶⁴.

Na mesma linha, DANIELA BESSONE MOREIRA destaca, com base nos votos dos Ministros MARCO AURÉLIO e GILMAR GALVÃO, no julgamento da ARSEC 5.206-7 pelo

¹⁴⁶² Vale destacar que a analogia com o art. 36 da Lei 6.404/76 tem sido usada em outras esferas do direito para justificar a ineficácia de cláusula compromissória sem a anuência de todos os envolvidos. Essa é, por exemplo, a opinião de JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO ao examinar a cláusula compromissória no contexto da recuperação judicial: “Em razão dessas circunstâncias, entendemos que, aprovada em assembleia geral de credores pelo atendimento ao quórum estabelecido e não por unanimidade, a cláusula compromissória vinculará, apenas e tão somente, os que a tenham aprovado no bojo do Plano, seja expressa ou tacitamente. (...) Não se alegue que se estaria criando uma situação inédita em nosso marco legislativo por passarmos a contar com partes sujeitas a alguma modificação e outras não. Não é assim. Se tomarmos, como exemplo, a disposição contida no art. 36 e seu parágrafo único da Lei de Sociedades por Ações, dar-nos-emos conta de que ali a limitação à circulação de ações criada por alteração estatutária somente será aplicável aos que com ela tiverem *expressamente* concordado. Quanto aos demais, estarão eles livres de qualquer imposição decorrente do voto da maioria. Evidente que as situações são diversas, mas ambas se referem a deliberações que decorrem de ajustes consensuais em que a observância de um quórum ainda que qualificado não poderá ter o condão de vincular os que não tenham por ela optado. (...) Consequência da não vinculação de um ou mais credores à cláusula compromissória será a possibilidade conferida ao devedor de legitimamente se recusar a submeter à arbitragem controvérsia que venha a surgir com esse mesmo credor no futuro, alegando nesse caso a inexistência de cláusula compromissória que os vincule. Para que a arbitragem possa ser então instaurada, deverá o credor, nessa hipótese, propor ao devedor que firmem um compromisso.” (Cf. PINTO, Jose Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 7, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p. 79-100, p. 83-84).

¹⁴⁶³ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3.º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343, p. 334.

¹⁴⁶⁴ A autora menciona que a aplicabilidade coercitiva do dispositivo estatutário relativo à arbitragem como meio de solução de conflitos tem sido comparado com a tendência ocorrida a partir da década de 80 nas arbitragens da CCI (Câmara de Comércio Internacional) à sujeição das partes que, embora não tenham firmado a cláusula compromissória, eram pertencentes ao mesmo grupo societário das que haviam feito e haviam participado de alguma forma das negociações objeto da disputa. Entretanto, a referida doutrinadora discorda da comparação por entender que no caso da ampliação da abrangência dos julgados da CCI foram as próprias partes que pleitearam sua inclusão no feito, a despeito de não serem originariamente signatárias da cláusula compromissória, ao passo que, no caso do dispositivo estatutário, obriga-se uma parte a aceitar a decisão de terceiros. Referência é feita às seguintes decisões: CCI n.º 5.103 (1988), 5.920 (1989), 6.000 (1988), 6.519 (1991) (Cf. PANTOJA, Teresa Cristina G. *Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem. Prática em arbitragem*. Brasília: Forense Universitária, 2008, p. 84).

STF, a conexão inarredável do instituto da arbitragem como a liberdade das partes e com a sua livre manifestação de vontade, não havendo espaço para arbitragem compulsória ou necessária, seja em razão de imposição da lei, seja pela aplicação do princípio da maioria.

Nas palavras de BESSONE MOREIRA:

(...) apesar de sensíveis aos argumentos em sentido contrário, especialmente no que toca à supremacia do interesse social, coletivo, sobre o interesse pontual e específico do acionista, não vemos como se possa opor a cláusula compromissória ao acionista dissidente, assim entendido aquele que tenha manifestado expressamente discordância quanto à sua inclusão no contrato social ou no estatuto da companhia. Mesmo quando possa ele retirar-se da sociedade, sua permanência não parece suficiente para caracterizar aceitação das novas regras do jogo, quando tenha manifestado sua vontade em sentido contrário¹⁴⁶⁵.

Já CARLOS ALBERTO CARMONA sustenta que a aprovação da cláusula compromissória estatutária superveniente depende da aprovação da totalidade dos acionistas. Para o arbitralista, não é possível conceber a ideia de que haja um estatuto social híbrido, que obrigue alguns acionistas e não vincule outros; sendo o estatuto social a lei interna e reguladora dos direitos e obrigações dos sócios em suas relações entre si e com a sociedade, é necessário que a deliberação sobre a inclusão da cláusula compromissória seja unânime, contando com a adesão de todos os sócios¹⁴⁶⁶.

Por fim, para NELSON EIZIRIK, a natureza consensual da arbitragem não permite que seja estendido à cláusula compromissória o mesmo tratamento jurídico dispensado às demais cláusulas estatutárias, as quais podem ser impostas a todos os acionistas, inclusive aos discordantes, em caráter mandatório. Na visão do autor:

Tendo em vista que a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade, não se pode obrigar os acionistas que

¹⁴⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.) *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 370.

¹⁴⁶⁶ Nas palavras de CARMONA: “(...) se os sócios deliberarem a inclusão de cláusula compromissória no estatuto, tal cláusula haverá de obrigar todos os sócios, presentes e futuros. Mas como harmonizar tal conclusão com o fato de que a cláusula deve ser consensual, dependente sua validade de expressa manifestação de vontade no sentido de retirar a competência do juiz togado? Parece-me que a resposta está baseada na necessidade de a deliberação sobre a inclusão da cláusula ser sempre unânime, contando com a adesão de todos os sócios. Explico: se os sócios fundadores resolverem encartar o dispositivo no estatuto, tal deliberação fará parte da carta de regência da companhia; todos quantos vierem a adquirir ações no futuro estarão vinculados, portanto, à carta de direitos e deveres, de sorte que estarão, por vontade própria, sujeitando-se a todas as regras estatutárias – inclusive aquela que determina a solução arbitral de certas controvérsias. Caso, entretanto, a cláusula não tenha sido introduzida no momento da constituição da companhia, somente com o voto de todos os acionistas poderá ser incluída no estatuto, pouco importando o quórum estabelecido na lei ou no próprio estatuto para as demais alterações pontuais, eis que estará em jogo direito essencial do acionista, qual seja, o de dirigir-se ao Estado para tratar de lesão ou de ameaça de lesão a suposto direito seu. Em conclusão, o interessado em adquirir ações – inclusive no mercado aberto – deverá tomar o cuidado de conhecer previamente o estatuto da companhia a que irá aderir.” (Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111). No mesmo sentido parece ser a opinião de GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65.

expressamente votaram contra a inclusão de cláusula compromissória no estatuto. Com efeito, se o acionista manifesta-se no sentido de que não quer ter a solução de conflitos futuros submetidos à arbitragem, evidentemente não cabe a imposição do juízo arbitral, cujo principal fundamento de validade repousa na manifestação de vontade das partes. Estarão vinculados à cláusula compromissória estatutária todos os demais acionistas: os que votaram favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia. Os acionistas titulares de ações preferenciais que não se manifestaram na assembleia geral contrariamente à cláusula compromissória, ou a ela não compareceram, estarão vinculados ao compromisso arbitral. Recomenda-se, portanto, fazer constar essa orientação no edital de convocação da assembleia geral¹⁴⁶⁷.

Em resumo, esses são os principais argumentos sustentados pela corrente minoritária para justificar a impossibilidade de submeter os efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária aprovada com base no princípio majoritário ao acionista ausente, abstinente ou dissidente.

b) Corrente majoritária: prevalência da maioria

A corrente majoritária defende a aplicação irrestrita do princípio da maioria e a vinculação do acionista ausente, do que se absteve e do dissidente da assembleia geral que aprovou a inserção de cláusula compromissória estatutária superveniente. A lógica que sustenta esse posicionamento é simples: o acionista, ao ingressar voluntariamente em uma sociedade, aceitou se submeter a inúmeras regras societárias, dentre as quais a que determina que, na ausência de quórum especial previsto no estatuto ou na lei, as decisões da assembleia geral serão tomadas com base na maioria absoluta dos votos (art. 129 da Lei n. 6.404/76).

Sustenta-se que a decisão da maioria não se dá à revelia do acionista ausente, abstinente ou dissidente, mas decorre da sua prévia e voluntária aceitação das regras do jogo¹⁴⁶⁸. O direito das sociedades adotou o que COMPARATO denominou de “princípio do poder finalístico”, o que deriva na outorga de poderes e deveres ao acionista controlador *vis-à-vis* a consequente sanção dos atos praticados com desvio ou abuso de poder¹⁴⁶⁹, inclusive

¹⁴⁶⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 617.

¹⁴⁶⁸ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 150.

¹⁴⁶⁹ Nas palavras do autor: “No direito acionário, o funcionalismo foi claramente consagrado pelo legislador. Não conferiu a lei ao acionista controlador suas prerrogativas de poder em benefício próprio, mas para o ‘fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social’, com deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os trabalhadores na empresa e a comunidade onde esta se insere (art. 116, parágrafo único). O acionista, ainda que não controlador, está legalmente obrigado a exercer seu direito de voto no interesse da companhia, considerando-se ‘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 quem não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas’ (art. 115). “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

no que diz respeito à arbitragem em matéria societária. Dentre esses poderes está o de inserir no estatuto social, por maioria, cláusula compromissória estatutária superveniente.

No jogo de interesses da sociedade anônima cabe aos acionistas controladores interpretar o interesse social e decidir, no exercício do seu poder-função, qual o melhor rumo para a companhia, inclusive no que se refere à escolha do método de resolução de conflitos. Os acionistas descontentes ou eventualmente prejudicados deverão buscar ressarcimento por perdas e danos em caso de configuração de hipótese de abuso do poder de controle, como determina o art. 117 da Lei n. 6.404/76¹⁴⁷⁰⁻¹⁴⁷¹.

exigências do bem público e da função social da empresa.” Houve, pois, no regime legal das sociedades por ações a integral adoção do princípio do poder finalístico, com a consequente sanção dos atos de desvio ou abuso de poder. Tal como no direito público, não há guarida para o arbítrio na sociedade anônima; mas impõe-se a devida e sistemática submissão de todos os poderes ao juízo de sua legitimidade *quoad usum*. De nada vale argumentar com a legitimidade *quoad titulum* (o acionista tem direito ao controle, pela posse fundada de ações que lhe conferem a preponderância nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; o ato foi devidamente autorizado pela assembleia geral) ou com a regularidade formal dos atos praticados. A finalidade antissocial ou emulatória vicia o ato *ab intus*.” (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. Funções e disfunções do resgate acionário. In _____. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 120-130, p. 122). Sobre a possibilidade da inclusão de cláusula compromissória ser considerada uma hipótese de abuso de poder por parte do acionista controlador ver: FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* nº 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 115-116.

¹⁴⁷⁰ Mais uma vez lúcidas são as observações de FÁBIO K. COMPARATO: “(...) o direito moderno assina ao acionista controlador o dever de obrar, também, no interesse da empresa – que ultrapassa o âmbito puramente societário – bem como em prol do bem geral da comunidade em que atua a empresa. Obviamente, esses interesses gerais, na lógica econômica e no sistema jurídico, só podem ser realizados por intermédio da companhia; só podem ser atendidos enquanto esta existir e desenvolver a atividade constante do objeto social estatutário. Se a lei atribuiu ao acionista controlador esse especial dever e responsabilidade de agir no interesse de todos os acionistas, dos que trabalham na empresa e na comunidade em que esta se insere, está claro que reconhece no controlador, em princípio, verdadeiro intérprete do interesse social, diante dos não controladores. A presunção legal, tanto nas sociedades mercantis quanto na sociedade política, é de que o titular do poder age no interesse coletivo. Não se trata, porém, como é óbvio, de presunção absoluta. É livre à minoria e aos que não detêm o poder, em qualquer circunstância, demonstrar o contrário; tanto mais que todos os acionistas, majoritários ou minoritários, têm o dever legal de colaborar na realização dos fins sociais.” (Cf. COMPARATO, Fabio K. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidente. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236, p. 225/226.

¹⁴⁷¹ Sobre a possibilidade da inclusão de cláusula compromissória ser considerada uma hipótese de abuso de poder por parte do acionista controlador assevera, com precisão, LUIS LORIA FLAKS: “(...) em princípio, as deliberações do acionista controlador são tidas como voltadas para o interesse social, cabendo ao acionista que se sentir prejudicado o ônus de provar o descumprimento da lei, no caso de inexistência desse interesse. Portanto, a inserção de cláusula compromissória arbitral, por si só, não pode ser considerada como abusiva, até mesmo porque a possibilidade de se dirimir os conflitos sociais por arbitragem está prevista na própria Lei das S/A. No caso, porém, de a cláusula compromissória visar tão-somente a dificultar o direito de defesa (*lato sensu*) de todos os demais acionistas da companhia, que não o controlador, poderá configurar-se abuso do poder de controle. É possível, no entanto, em determinados casos, que, apesar de a deliberação que instituir a cláusula arbitral estatutária atentar ao interesse social, essa cláusula venha a ferir o princípio da igualdade processual das partes – considerada a condição específica de certos acionistas – o que deverá ser analisado caso a caso. Imagine-se a hipótese de o estatuto de companhia sediada no Rio de Janeiro estabelecer que as suas disputas com acionistas serão decididas por arbitragem em Paris, pela Câmara de Comércio Internacional (CCI). Neste caso, em se tratando de um acionista minoritário sem muitos recursos, a arbitragem em Paris impediria, na prática, o seu acesso à câmara arbitral, simplesmente por não ter dinheiro suficiente para pagar as suas taxas e os honorários dos árbitros e peritos, aos quais se somariam as despesas com viagens pessoas que se fizessem necessárias para prestar depoimentos e os custos dos advogados a serem contratados. Isso não

Sobre o tema, precisas são as observações de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO ao abordar o equilíbrio que alimenta o regime jurídico de proteção das minorias na Lei n. 6.404/76:

É, portanto, para assegurar o equilíbrio funcional da empresa que o legislador preceitua que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder (art. 117). (...) existe entre esses preceitos legais, um objetivo comum, que eu interpreto como sendo a preservação do equilíbrio societário, que repousa na manutenção das bases essenciais que justificam a associação de capitais, na constituição de uma sociedade anônima. Aquele equilíbrio constituiu equilíbrio entre desiguais, porquanto a regra-chave do funcionamento da sociedade anônima é a preponderância decisória da maioria, computada aritmeticamente nas deliberações da assembleia geral. Ora, a atuação dos acionistas majoritários em assembleia geral é balizada não apenas pela fiel observância da lei (e também do estatuto), como, fundamentalmente, pelo interesse da companhia¹⁴⁷².

O defensor mais fervoroso dessa corrente é PEDRO BAPTISTA MARTINS, coautor do anteprojeto que deu origem à Lei n. 9.307/96 (mas que não tratou diretamente do tema). Sua visão baseia-se na concepção de que o princípio majoritário é o esteio condutor das sociedades anônimas, admitindo derrogação somente nas hipóteses previstas na lei. Logo, cabe ao acionista controlador dirigir a sociedade em busca do seu interesse social, sendo a escolha da arbitragem, como método de resolução de conflitos, uma decisão absolutamente benéfica e positiva para a coletividade de acionistas.

Para MARTINS, é com fundamento do princípio majoritário que

(...) se deve enfrentar a questão do alcance da cláusula compromissória estatutária. A maioria domina e dita as regras sociais. A maioria prevalece nas deliberações assembleares. A maioria reflete, por suposto, a vontade da coletividade. A minoria se sujeita à maioria por esta exprimir a manifestação da coletividade social. (...) O princípio majoritário é regra inderrogável do direito societário¹⁴⁷³.

Em outras passagens, destaca o autor que:

ocorreria, entretanto, se o acionista minoritário tivesse recursos suficientes para instaurar ou se defender em qualquer procedimento arbitral, não importa onde. (...) Visando evitar a discussão sobre a eventual ineficácia de cláusula arbitral, por implicar em ônus excessivo para determinada parte ou ferir o princípio da igualdade processual, poderia a companhia constituir uma reserva contábil específica, conforme permitido pelo art. 194 da Lei das S/A, com o objetivo exclusivo de adiantar as despesas diretamente vinculadas à arbitragem, para aqueles acionistas que necessitarem e assim requererem.”(Cf. FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* nº 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 116-117).

¹⁴⁷² TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito das minorias na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 63, ano XXV, jul.-set. 1986, p. 106-111, p. 106/107, p. 108.

¹⁴⁷³ MARTINS, Pedro Antônio Baptista. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 617-632, p. 624.

Seja maioria simples ou qualificada, o que importa para a empresa é que determinado número de participação societária detenha o direito de, quando necessário, ajustar os rumos sociais, por via de deliberação soberana da assembleia geral. Conquanto individuais os votos na assembleia, a união os transforma na *voz* da sociedade. Tudo isso no pressuposto maior do interesse social.

Desse propósito o direito societário não se afasta. E não se afasta porque dele depende a existência e a sobrevivência das sociedades. Trata-se de um imperativo essencial do direito societário. O princípio majoritário impera nas anônimas e há de ser encarado à vista da *ratio* de seus fins e, não, com a emoção de suas eventuais repercussões. Conquanto a maioria pode não exprimir a maior das justiças, ela é, por certo, a menor das possíveis injustiças.

A unanimidade é simples quimera em qualquer esfera do relacionamento em sociedade. Impensável pretender que uma organização como as anônimas funcione de forma unânime. Mera utopia. Da mesma forma que seria impraticável submeter toda e qualquer sociedade ao controle da minoria. Pura fantasia. Indesejável ditadura. Daí o direito ter adotado a deliberação majoritária, como a forma mais democrática de deliberação social e como o meio mais adequado de se dar continuidade a um ente importantíssimo para o desenvolvimento das nações. O direito ainda não encontrou fórmula mais justa e democrática de gestão social do que a majoritária¹⁴⁷⁴.

Conclui, ao final, que:

(...) sendo essa regra de caráter inderrogável e, conseqüentemente, de ordem pública, há que se aplicar para toda e qualquer deliberação submetida à assembleia geral. Inclusive, àquela que visa alterar o estatuto social para nele introduzir uma cláusula compromissória. O princípio majoritário não comporta exceção onde o legislador não fixou. O ramo do direito é o societário e é, pois, com base nas regras que norteiam essa disciplina que o intérprete deve analisar e ponderar as questões controversas.

Note-se que nossa lei societária, ao contrário do que ocorre na Itália, deixou de ressalvar ou de criar certos obstáculos à introdução da arbitragem. O art. 109, parágrafo 3.º, da Lei n.º 6.404/76 autoriza, e induz, a utilização da arbitragem para a solução das disputas intrassociais, sem que conste qualquer restrição quanto ao *quorum* de deliberação ou direito de recesso por parte do acionista descontente.

Assim sendo, cumpridas as formalidades legais, a aprovação da inserção de cláusula de arbitragem estatutária vinculará todos os acionistas da companhia. Estejam presentes ou ausentes, ou, mesmo, contrários à deliberação¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 617-632, p. 624-626.

¹⁴⁷⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 625-626. A dedicação do autor ao tema rendeu uma obra específica sobre o assunto, na qual o posicionamento é reiterado em diversas oportunidades: MARTINS, Pedro Antônio Baptista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

À mesma conclusão chegou MARCELO VILELA, um dos pioneiros a tratar de forma abrangente do tema no Brasil, ao examinar a natureza das deliberações sociais e seus efeitos perante todos os sócios ou acionistas:

(...) deve-se ter em vista que as sociedades, sobretudo as sociedades empresárias, têm em sua instância deliberativa o foro adequado para a formação da vontade social. Pela teoria organicista, a formação da vontade social ocorre através da descisão (*sic*) colegiada dos associados. Após a deliberação da assembleia geral, não há que se falar na vontade de cada associado, mas na norma social que espelha a “vontade da companhia”. A manifestação de cada associado, vista isoladamente, será apenas considerada para fins de exercício do direito de recesso (quando cabível) ou para fundamentar a anulação da descisão (*sic*) por abuso da maioria. (...) ¹⁴⁷⁶

Em outro trecho defende que:

(...) não há motivos para se exigir que a unanimidade do capital social aquiesça à inclusão da cláusula compromissória nos instrumentos sociais, sob pena de se relegar o instituto arbitral à quase impossibilidade de adoção. Há que se privilegiar a formação da vontade social – deliberação da maioria do capital social votante – uma vez que a inserção da cláusula compromissória nos estatutos ou no contrato social não implica em supressão de direito essencial do associado, mas apenas disciplina o exercício do direito de ação, subtraindo da apreciação do Poder Judiciário a decisão sobre o mérito do conflito ¹⁴⁷⁷.

De mais a mais, a inserção de cláusula compromissória estatutária não consistiria matéria de grande impacto para o funcionamento da sociedade. Como lembra LUIS LORIA FLAKS quando o legislador desejou estipular requisitos adicionais para que determinadas deliberações vinculassem todos os acionistas, ele o fez, como se denota no disposto nos arts. 36 (imposição de limites à livre circulação de ações de companhias fechadas) e 118 (acordos de acionistas) da Lei n. 6.404/76 ¹⁴⁷⁸.

Outro argumento ventilado pela doutrina majoritária diz respeito à necessidade de garantir a efetividade da cláusula compromissória. A posição não tem subsídios inteiramente jurídicos e busca, de certa forma, sensibilizar a comunidade empresarial para a necessidade de se adotar uma posição pragmática e unitária quanto ao tema, sob pena de anular as

¹⁴⁷⁶ E continua o autor: “As deliberações sociais, em regra, são tomadas pela maioria simples do capital social, salvo as exceções legais e contratuais. Não se tratando de tais exceções, há que se ter como válida a decisão colegiada do corpo societário tomado pela maioria, mesmo em se tratando de deliberação acerca do juízo a ser eleito para dirimir futuros conflitos surgidos no âmbito do funcionamento da sociedade, vinculando-se a todos os associados ausentes ou dissidentes” (Cf. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 200/201).

¹⁴⁷⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 206.

¹⁴⁷⁸ FLAKS, Luis Loria. A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 106

vantagens da arbitragem e inviabilizar seu uso na resolução de disputas societárias. JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI é um dos defensores dessa corrente. Segundo o autor:

Estamos convencidos de que a cláusula compromissória estatutária só será efetivamente empregada e disseminada, assim como só será capaz de atingir o seu objetivo, se e quando for consolidado o entendimento no sentido de que o novo acionista se vincula automaticamente a ela. Qualquer entendimento contrário suprimiria da cláusula arbitral toda a efetividade e todos os benefícios que ela seria capaz de proporcionar. Isto porque a cláusula compromissória só trará benefícios à sociedade e de um modo geral aos acionistas se todos os acionistas estiverem vinculados a ela. Caso contrário, se apenas alguns acionistas estiverem vinculados à arbitragem, qualquer demanda de interesse geral de uma certa categoria de acionistas poderá suscitar a propositura de demandas paralelas tanto na via arbitral, como na via judiciária, com sério risco de decisões conflitantes e com um inegável desperdício de recursos¹⁴⁷⁹.

No mesmo sentido, EDUARDO S. MUNHOZ, ao criticar a orientação que exige a unanimidade para aprovação da cláusula compromissória:

Esse entendimento, embora baseado em respeitáveis fundamentos jurídicos, acaba por restringir de forma relevante o papel e, portanto, a eficiência da arbitragem como meio de solução de conflitos no mercado de capitais. O espaço para atuação da arbitragem ficaria significativamente reduzido. Além disso, o tratamento distinto entre acionistas sujeitos à cláusula compromissória e acionistas não sujeitos poderia ensejar uma série de dificuldades processuais, notadamente de decisões (arbitrais e judiciais) antagônicas, o que na prática inviabilizaria que o instituto exercesse o papel relevante para o direito societário. Pelo contrário, poderia contribuir para a introdução de ainda maior nível de insegurança e incerteza¹⁴⁸⁰.

Sustenta-se, também, que a adoção de cláusula compromissória superveniente não viola garantia essencial do acionista (art. 109, §2.º, da Lei n. 6.404/76) nem acarreta renúncia a direito fundamental (art. 5.º, inc. XXXV, da CF), haja vista que a natureza jurisdicional da arbitragem garante ao acionista o direito de ação. A questão é bem abordada por MARCELO DIAS GONÇALVES:

(...) a adoção do juízo arbitral importa apenas em retirar do Poder Judiciário (poder estatal) a apreciação do mérito da demanda, transferindo-a a um árbitro que também está investido do poder jurisdicional, de forma a exigir deste o respeito às garantias processuais previstas constitucionalmente. O direito essencial do acionista, nesse aspecto, ou de qualquer cidadão independentemente de haver relação societária, é aquele substanciado no direito de ação, que lhe

¹⁴⁷⁹ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 159.

¹⁴⁸⁰ MUNHOZ, Eduardo S. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77-99, p. 89. No mesmo sentido: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 201/202.

garante a solução do mérito do conflito por um terceiro imparcial e investido de poder jurisdicional¹⁴⁸¹.

Nessa toada, argumenta-se que o direito essencial de acesso à justiça não pode ser entendido como o direito irrenunciável e inafastável, mas sim como a prerrogativa de escolher entre uma dentre duas alternativas: o Poder Judiciário ou o juízo arbitral. Desde que o acionista tenha assegurada uma dessas alternativas, não haveria que se falar em violação a direito essencial¹⁴⁸².

De mais a mais, o argumento de que o contrato de sociedade deve ser considerado um contrato de adesão, devendo a cláusula compromissória estatutária atender às formalidades adicionais constantes no art. 4.º, §2.º, da Lei n. 9.307/96, também é descartado pela corrente majoritária. Segundo JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI:

(...) acreditamos que o art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/96 não se aplica à cláusula compromissória no contexto de sociedades anônimas. Em primeiro lugar, porque

¹⁴⁸¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 192; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 263. O raciocínio é complementado por CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO: “Para que a arbitragem se tornasse possível no âmbito dos estatutos sociais das companhias, a Lei 10.303/2001 acrescentou o § 3.º ao art. 109, que é uma ressalva ao que dispõe o § 2.º. Assim, a redação consolidada, com sua ressalva, passou a ser: ‘Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral, ressalvado, entretanto, que o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos que especificar. Portanto, os §§ 2.º e 3.º do art. 109 constituem partes de um mesmo comando legal que se dirige ao estatuto da companhia. O § 3.º participa da mesma natureza estatutária do § 2.º. Não há como considerar a Cláusula Compromissória Estatutária um pacto parassocial.” Cf. LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 23).

¹⁴⁸² ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 159. O argumento é complementado por JULIANA K. PELA, especialmente no que se refere ao fato de a dimensão negativa da cláusula compromissória arbitral, cuja consequência é a renúncia à jurisdição estatal para o julgamento de litígios societários, violar o direito essencial do acionista insculpido no art. 109, § 2.º, da Lei n.º 6.404/76. Nas palavras da autora: “(...) tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal citada na parte II, supra, segundo a qual da escolha da arbitragem não decorre ofensa à garantia constitucional de acesso à jurisdição, não se vê razão para entender que, em matéria societária, tal ofensa ocorra. De fato, os meios, processos ou ações garantidos aos acionistas por lei não restam prejudicados pela adoção da cláusula compromissória arbitral. Eles apenas passam a ser exercidos em outro âmbito, qual seja, o do juízo arbitral e não mais o do Poder Judiciário. Ademais, se levada às últimas consequências, tal interpretação impediria qualquer forma de composição de litígios societários pela via arbitral, já que o estatuto não poderia restringir, segundo a visão ora criticada, o acesso ao Poder Judiciário”. E continua com base nas lições de COMPARATO: “(...) aceitar que a cláusula compromissória estatutária tem aptidão para violar um direito essencial do acionista significaria atribuir ao minoritário dissidente um verdadeiro e próprio direito de veto a esse respeito. Com efeito, já esclareceu COMPARATO, sobre essa matéria que ‘nem os estatutos sociais, nem a assembleia geral poderão privar nenhum acionista dos direitos catalogados no art. 109, vale dizer, cada acionista detém, nessa matéria, um direito de veto’. Por esse motivo, caso se aceite o argumento em análise, será necessário, por dever de coerência, atribuir ao minoritário dissidente o referido poder de veto, o que equivale a submeter a deliberação sobre a inclusão no estatuto da cláusula compromissória à regra da unanimidade.” (Cf. PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 136-137).

a sociedade não pode ser juridicamente qualificada como um contrato de adesão, muito embora guarde certas semelhanças com tal modalidade de contrato, na medida em que aos novos acionistas, via de regra, não é permitido renegociar os termos da relação contratual já estabelecidos no estatuto.

Neste ponto, recorda-se a clássica lição de Tullio Ascarelli, afirmando que a natureza jurídica da sociedade anônima é a de um contrato plurilateral, do que também decorre a sua natureza de contrato “aberto”, ou seja, contrato que via de regra admite o constante ingresso de novas partes, bem como a possibilidade de desistência daqueles que dele participam, sem que se faça necessária a reforma do estatuto. A natureza aberta da sociedade anônima, que guarda certa semelhança com a natureza do contrato de adesão, é na verdade decorrência da natureza plurilateral ínsita à sociedade anônima, a qual exige uma uniformidade de direitos e obrigações por parte de cada acionista sob pena de inviabilidade da sociedade.

Não há, contudo, como nos contratos de adesão propriamente ditos, o uso pela parte detentora de uma posição negocial privilegiada do seu poder para impor condições contratuais previamente definidas a uma parte inferiorizada, à qual não é dada a possibilidade de propor modificações de qualquer natureza. A expressão “contratos de adesão” não faz parte do vocabulário próprio da legislação societária, sendo ignorada, por exemplo, pela Lei 6.404/76¹⁴⁸³.

¹⁴⁸³ E continua o autor: “Trata-se de termo consagrado em outras áreas do direito, sobretudo no direito do consumidor, onde, aliás, encontramos a única definição legal da expressão, conforme o art. 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, a seguir reproduzido: ‘contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. Como se vê, o conceito legal pressupõe uma relação de fornecimento, inexistente no âmbito das relações societárias. O art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/96 teve o louvável objetivo de proteger o consumidor, reconhecido como hipossuficiente, ao mesmo tempo em que buscou revogar a vedação à arbitragem que vinha disposta no art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, sob a pecha de cláusula abusiva. Em momento algum, o art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/96 teve a pretensão de alcançar as sociedades anônimas, até porque é anterior à Lei 10.303/2001 e, portanto, ao presente debate. Se é verdade que o acionista minoritário é muitas vezes hipossuficiente, exigindo-se proteção legal, a legislação societária, aí incluídas a Lei 6.404/76 e as diversas regulamentações emanadas do órgão regulador, a Comissão de Valores Mobiliários já se incumbiu da tarefa de protegê-lo, empregando para tanto um conjunto coordenado e sistemático de princípios e normas concebidos para atender às especificidades da sociedade anônima (...). Até por uma questão de política legislativa e competência regulatória, deve-se reconhecer a autonomia e especificidade do regime legal a que estão sujeitas as sociedades anônimas, não se podendo pretender tomar por empréstimo princípios pertencentes a outras áreas do direito, como aqueles que disciplinam os contratos de adesão, sobretudo no âmbito do direito do consumidor, que, como é cediço, jamais se aplicou às relações societárias.” (Cf. ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 151-152). No mesmo sentido, JULIANA KRUEGER PELA traz relevantes argumentos para o debate, a partir da experiência do direito italiano: “Por fim, cumpre discutir a equiparação do estatuto social a um contrato de adesão. Nesse ponto, é importante mencionar que tal equiparação é feita, sobretudo, pela doutrina italiana, no âmbito da discussão sobre a submissão de um novo acionista à cláusula compromissória previamente inserida no estatuto social da companhia. Invoca-se, nesse sentido, a aplicação analógica do art. 1.341 do *Codice Civile*. Por força desse dispositivo, não são eficazes, salvo se especificamente aprovadas por escrito, as cláusulas que atribuem, àquele que predispõe o conteúdo contratual, prerrogativas não equitativas, dentre as quais se inclui, segundo o direito positivo italiano, a cláusula compromissória. Assim, ainda que a equiparação pudesse ter algum sentido se estritamente considerada a situação do novo acionista que, minoritário, adentra o quadro social de companhia, ela seria pouco útil para resolver a situação do acionista que é dissidente na deliberação de que resultou a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social. Da mesma forma, sob esse raciocínio, não seria possível aproximar o estatuto social de um contrato de adesão no caso de o novo acionista ser o adquirente do controle da companhia. Por essas razões, bem como pela ausência, no que toca ao estatuto social, de outros traços característicos dos contratos de adesão, como é o caso da assimetria informacional e da hipossuficiência econômica do aderente,

PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO traz importante contribuição ao estudo do tema ao referir que a anuência do acionista à cláusula compromissória estatutária

(...) pode ser tácita, o que se dá ou pela permanência do acionista na sociedade, após alteração estatutária na qual inseriu-se a cláusula, pela aquisição das ações da companhia de cujo estatuto conste a adoção da via arbitral. Pode também ser expressa, sem que se possa contudo dizer que ela deve sê-lo em todos os casos. Assim, a cláusula vincula a todos os acionistas e não só os aderentes. Opõe-se, portanto, *erga omnes*¹⁴⁸⁴.

Além disso, o autor faz precisa crítica à suposta natureza jurídica parassocial da cláusula compromissória defendida por CARVALHOSA:

(...) como dizer-se parassocial a cláusula compromissória se: a) insere-se no estatuto; b) abrange todos os acionistas, presentes ou futuros. Não se pode equipará-la, para fins de qualificação, ao acordo de acionistas, este sim parassocial.

Também não se percebe como possa uma norma estatutária – seja ou não organizacional, e faça parte ou do ato constitutivo ou de alguma alteração posterior – dizer respeito somente a uma parcela dos acionistas. Não faz sentido, por exemplo, que um litígio entre a sociedade e dois de seus acionistas seja, quanto a um deles, solucionado pela via arbitral, e quanto ao outro, com idêntica causa de pedir, deva ser levado ao Poder Judiciário.

O contrato de adesão, por implicar que alguns acionistas adeririam às cláusulas estatutárias (entre as quais a compromissória) e outros não, é incompatível com a natureza do estatuto social. Note-se, também que não há, no contrato plurilateral, a sujeição de uma parte a outra, própria do contrato de adesão. Todas as partes, ou seja, todos os acionistas, situam-se exatamente no mesmo plano jurídico¹⁴⁸⁵.

Já CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO classifica como incompatível com o regime jurídico das sociedades anônimas o entendimento de que a cláusula compromissória

não se pode eleger a aplicação analógica da disciplina dos contratos de adesão como forma de resolução do problema objeto deste estudo.” (Cf. PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 137-138).

¹⁴⁸⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 265.

¹⁴⁸⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 265-268. No mesmo sentido, CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO: “Os pactos parassociais são contratos, coligados ao de sociedade, em que sócios, colocando-se fora do ato constitutivo e do âmbito do estatuto, regulam entre si seu comportamento na sociedade e perante a sociedade. Os pactos parassociais não se confundem com o estatuto nem dele fazem parte: colocam-se à margem. Existem justamente para não fazerem parte do estatuto social. Não criam normas objetivas de aplicação geral: conferem direitos subjetivos e impõem obrigações às partes.” (Cf. LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 22).

estatutária superveniente só teria eficácia para obrigar a sociedade e os acionistas que anuíram à sua inclusão no estatuto. Para o autor:

Quem ingressa em uma organização está *ipso facto* manifestando vontade de aceitar as disposições do respectivo estatuto. Sejam as disposições existentes no momento da aquisição das ações, sejam aquelas que futuramente forem introduzidas pela maioria na forma da lei. Compra-se um pacote fechado (mas transparente), cujo conteúdo é o *status* de sócio.

As pessoas se vinculam a uma sociedade anônima adquirindo ações e se desvinculam delas se desfazendo. Os direitos e obrigações dos sócios, previstos em normas de direito objetivo no estatuto, incorporam-se à ação e com ela circulam, transferindo-se aos sucessivos titulares pelo próprio fato de serem parte integrante da coisa e não pelo efeito de qualquer regra adveniente.

Tal como as demais disposições do estatuto social, a Cláusula Compromissória Estatutária incorpora-se à ação e com ela circula. Quem adquire ações da companhia, cujo estatuto contenha a disposição prevista no § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/76, está *ipso facto* vinculando-se a Cláusula. Diz-se que, ao adquirir ações de uma companhia, o adquirente está “aderindo” às cláusulas e condições do contrato de sociedade e do estatuto. Na verdade, não está praticando ato de adesão tal como era entendido na teoria dos contratos: está adquirindo um bem que contém em si o feixe de direitos e obrigações pertinente. Compra a coisa como ela é; se ela contiver vinculação à Cláusula, fica vinculado à Cláusula. Se quiser desvincular-se, tem de transferir a coisa que a contém¹⁴⁸⁶.

Ao defender a plurilateralidade do contrato de sociedade, o estatuto social como ordenamento jurídico interno da companhia, bem como a plena eficácia do princípio majoritário no sistema jurídico das sociedades anônimas, cujas exceções somente são admitidas por lei, SILVEIRA LOBO refere ser um equívoco pressupor que

(...) que a deliberação sobre a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social constitui um negócio entre a sociedade e cada um dos acionistas, no recinto da assembleia geral. Ou seja: aplicando o procedimento geral de formação dos contratos e adotando uma visão pulverizada da assembleia geral, a proposta de alteração do estatuto, estaria sendo oferecida a cada acionista, pela administração (na qualidade de representante legal da companhia), para a formação de um vínculo entre a companhia e cada um de seus acionistas. Sendo assim, só os que aceitassem a proposta se estariam ligando ao vínculo jurídico de natureza contratual, que os obrigaria à convenção de arbitragem. Em relação aos acionistas dissidentes e ausentes, teria falhado a segunda etapa do procedimento da formação dos contratos, isto é, a aceitação. O entendimento se choca frontalmente contra a advertência de Ascarelli de que a generalização das regras peculiares aos contratos bilaterais é inadequada para resolver as questões relativas ao contrato de sociedade¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁶ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 17/18.

¹⁴⁸⁷ E continua o autor: “A sociedade anônima é constituída por um contrato associativo ou plurilateral, aberto, que cria uma organização perene dotada de personalidade jurídica. O contrato é associativo ou plurilateral porque, nele, as partes não se contrapõem, trocando prestações, como nos contratos bilaterais: todas visam um objetivo comum a ser realizado mediante a participação de todas na organização perene criada para esse fim. O contrato não se extingue com a efetivação das prestações das partes; perdura enquanto perdurar a

Por fim, entende que o direito de recesso não seria a melhor solução para resolver o imbróglio e sustenta que se a cláusula compromissória vincular apenas aqueles que votaram favoravelmente a ela na assembleia geral haveria violação do sistema jurídico das sociedades anônimas e equivaleria a dizer que a regra do § 3.º do art. 109 da Lei n. 6.404/76 é inconstitucional, a saber:

A inclusão da deliberação que inclui a Cláusula Compromissória Estatutária dentre os casos de recesso é questão de política legislativa. Em nossa opinião, andou bem a lei brasileira ao não conferir o direito de recesso ao acionista dissidente da introdução da Cláusula no estatuto. O direito de recesso – um temperamento do princípio majoritário – visa a proteger o minoritário dissidente em hipóteses especiais, quando os majoritários, por decisão legítima, resolvem introduzir modificações radicais na substância do contrato de sociedade, durante a vida da companhia.

Com efeito, a introdução da Cláusula no estatuto não altera substancialmente as condições essenciais do contrato de sociedade, nem restringe meios e processos de que o acionista carece para a proteção de seus direitos¹⁴⁸⁸.

organização. Trata-se de um contrato aberto porque as portas da relação contratual estão sempre abertas para a entrada e a saída das partes. Essa abertura atinge o grau máximo na sociedade anônima, em que os direitos e obrigações componentes do *status* de sócio se incorporam em um título de crédito – a ação, para maior facilidade de circulação. A transferência da ação implica necessariamente a transferência dos direitos e obrigações que compõem o *status socii* e estão consolidados no estatuto social publicado. A posição de sócio de uma companhia é adquirida mediante a aquisição de ações de seu capital e se transmite a outrem através da transferência das ações. O ato de transferência da ação implica a retirada do cedente e o ingresso do cessionário na organização. O ente coletivo criado pelo contrato de constituição de companhia submete-se a normas legais cogentes, que lhe desenham a estrutura. A liberdade contratual preenche os desvãos dessa estrutura legal, sem abalar-lhes as vigas. Toda companhia tem de ter o capital representado por ações de espécies e classes delineadas pela lei; toda companhia tem de ter um órgão supremo de deliberação – a assembleia geral, a reunir-se segundo os preceitos da lei; tem de ter uma administração dual ou una, cujos poderes e responsabilidades a lei disciplina; tem de levantar as demonstrações financeiras segundo estrita disciplina legal; e assim por diante. (...) Porque constitui uma organização perene e aberta, apta a contratar com terceiros e a abrigar novos acionistas em seu quadro social, o contrato de constituição de companhia tem de estabelecer um corpo de normas de aplicação geral – o estatuto social – que regerá a organização. As normas estatutárias têm natureza de direito objetivo, pois são impessoais e definem, em abstrato, a posição jurídica de acionista (*status socii*). Os direitos e deveres, que compõem a posição de acionista, não se conectam à pessoa do sócio, mas à ação. O estatuto é o ordenamento jurídico da companhia, subordinado ao ordenamento jurídico do Estado, mas é ordenamento jurídico. (...) O princípio majoritário não é uma especialidade das companhias, pois se faz presente em deliberações tomadas por outros grupos sociais de variada natureza e até mesmo em simples reuniões isoladas. O que fundamenta a aplicação do princípio majoritário é a necessidade de a deliberação coletiva ser unitária, posto que formada por uma pluralidade de manifestações individuais nem sempre convergentes. Há dois caminhos para atingir a unidade, quando não há membro do grupo, ou o princípio majoritário, em que a vontade social é formada pela vontade da maioria dos membros do grupo. Em ambas as hipóteses, a vontade coletiva vincula os que dela individualmente dissentem. De se notar ainda que a unificação das vontades individuais em uma deliberação supõe um procedimento; na sociedade anônima esse procedimento de formação da deliberação é a assembleia geral convocada e reunida na forma da lei. (...) A Lei de Sociedades Anônimas impõe o princípio majoritário no art. 129 e só admite exceção quando expressa em lei. (...) princípio majoritário, já se disse, é basilar do sistema e as exceções a que se sujeita tem como única fonte a própria lei; nunca construções interpretativas” (LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 51-53).

¹⁴⁸⁸ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 20/21.

Em conclusão: o § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/1976 é parte integrante do sistema jurídico da companhia, cujo ordenamento legal abrigou a cláusula compromissória e a erigiu à condição de disposição estatutária. Em face do princípio inscrito no já citado § 1.º do mesmo art. 109, que garante a igualdade entre os titulares de ações da mesma classe, não é possível admitir que acionistas titulares de ações de uma classe sejam tratados diferentemente, no que toca aos meios de obter a prestação jurisdicional, nos litígios com a companhia e com o acionista controlador. É absolutamente incompatível com o sistema o entendimento de que, na hipótese, a deliberação da assembleia por maioria só vincula os que votaram favoravelmente à sua aprovação. A persistir esse entendimento, só há uma via para se chegar a uma conclusão: considerar inconstitucional o § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/1976. Isso nem mesmo os mais radicais intérpretes do inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988 (LGL/1988/3) chegam a propugnar diante da evidência de que a autonomia da vontade enseja às partes optar pela jurisdição privada¹⁴⁸⁹.

RODRIGO BERNARDES BRAGA e LUIS LORIA FLAKS ressaltam que tão logo seja aprovada a alteração estatutária para incorporar a cláusula compromissória por maioria de votos, todos os acionistas ficam a ela vinculados, não havendo razão para que os acionistas ausentes ou dissidentes escapem de sua aplicação, nem os acionistas titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito¹⁴⁹⁰. Do contrário, seria como exigir

¹⁴⁸⁹ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 55.

¹⁴⁹⁰ Com relação a esse ponto em particular argumenta LUIS LORIA FLAKS: “Aqueles que subscrevem ações sem direito a voto estão cientes da ausência desse direito e, por conseguinte, de que não participarão de qualquer decisão da companhia, salvo nos casos em que o estatuto ou a lei diversamente determinarem, como é o caso das assembleias especiais. Essas assembleias especiais são instaladas quando, por exemplo, deseja-se alterar as preferências vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criar nova classe mais favorecida (cf. art. 136, §1º da Lei das S/As); ou ainda, quando o próprio estatuto social assim estipular (cf. parágrafo único do art. 18 da Lei das S/As). Todavia, em regra, salvo as exceções estatutárias ou previstas em lei, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto simplesmente não se manifestam. Assim, deliberações, como, por exemplo, cisão, incorporação ou fusão da companhia, alteração do objeto social ou da sede, dissolução da companhia, por mais importantes que sejam, independem da vontade dos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto. Também, pelo mesmo motivo, não se levará em conta a vontade desses acionistas quando da deliberação assemblear que aprovar a alteração estatutária para prever a cláusula compromissória arbitral. No entanto, para melhor se entender a razão pela qual os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito estariam vinculados à uma eventual cláusula arbitral estatutária, faz-se necessário esclarecer a abrangência da expressão acionista minoritário. (...) Na lei societária, todas as vezes que o legislador utilizou a expressão acionista minoritário isoladamente, sem referir-se, simultaneamente, a acionistas detentores de ações com direito a voto, teve a intenção de abranger todos os acionistas da companhia não detentores do poder de controle, o que engloba, obviamente, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito. Dito de outra forma, nos casos em que a lei quis diferenciar os acionistas minoritários detentores de ações ordinárias dos acionistas minoritários detentores de ações preferenciais, ela o fez expressamente. Em todos os outros casos, inclusive no do §3º do art. 109 da Lei das S/A, em que não há uma distinção expressa, a espécie acionista minoritário abrange os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, visto que não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue. (...) Conclui-se, portanto, pelas razões expostas ao longo desta pesquisa – as quais também se aplicam ao presente caso –, que os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito igualmente serão vinculados à cláusula compromissória arbitral, na hipótese de o estatuto ser alterado por acionistas representados de ações com direito a voto.” (Cf. FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 110).

unanimidade nas decisões assembleares, o que não se conforma com o sistema das sociedades anônimas, nem com qualquer outro organismo coletivo¹⁴⁹¹.

Por derradeiro, LÍVIA ROSSI ventila que a melhor forma de solucionar o problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória ao grupo de acionistas que dissentiu ou que não se manifestou expressamente em favor da cláusula compromissória superveniente é a alteração legislativa da regra que regula o direito de recesso das sociedades anônimas, de modo a permitir expressamente a retirada dos acionistas incomodados¹⁴⁹².

Com base nessas razões, conclui-se que, na visão da corrente majoritária, o acionista, com ou sem direito de voto, ausente, abstinente ou dissidente de deliberação assemblear que aprovou a cláusula compromissória arbitral superveniente está plenamente vinculado aos efeitos subjetivos da cláusula compromissória aprovada com base no princípio da maioria¹⁴⁹³.

c) Corrente disruptiva: relativização da regra da maioria

A corrente denominada de disruptiva é capitaneada por JULIANA KRUEGER PELA e sustenta que o procedimento jurídico necessário para inserir uma cláusula compromissória superveniente no estatuto social de uma sociedade anônima exige o diálogo entre dois microssistemas jurídicos distintos, o arbitral e o societário, cuja consequência é a relativização da plena eficácia da regra da maioria, tendo sido esta a razão (qualitativa) que nos fez dar a essa corrente tratamento autônomo e apartado da minoritária.

¹⁴⁹¹ BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 262; FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 110.

¹⁴⁹² ROSSI, Lívia. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 186-205, p. 204.

¹⁴⁹³ Deve-se, no entanto, diferenciar a deliberação social regularmente realizada para inserir cláusula compromissória estatutária daquela em que a inserção ocorre por meio de abuso do poder de controle. MARCELO VILELA destaca esse ponto: “Assim, deve-se diferenciar a deliberação social que regularmente inclui a cláusula compromissória no contrato social de uma sociedade, do abuso da maioria acionária ou quotista que, ao aprovar a cláusula compromissória, viola os princípios fundamentais que informam tal instituto, quando, por exemplo, veda-se aos acionistas minoritários que participem da indicação do(s) árbitro(s) quando da instauração do juízo arbitral que os envolva. Constitui também abusiva a cláusula compromissória que preveja a indicação apenas pelo acionista majoritário; ou ainda, que preveja a indicação de que um ou mais árbitros se dará proporcionalmente à participação societária dos litigantes. Ou, por fim, a cláusula compromissória que imponha onerosidade excessiva ao procedimento arbitral obstando acesso à decisão (*sic*) jurisdicional.” In VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 203-204. O tema também é tratado por WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR e FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA sob a expressão “Táticas de vedação ao acesso à justiça e os esquemas de ‘encarceramento societário’”: WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, CUNHA, Fernando Antonio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do Judiciário nos litígios societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 725-758, p. 750-753.

A partir de uma análise minuciosa dos princípios que fundamentam cada uma dessas esferas, a autora evidencia que as reformas estatutárias relacionadas ao tema não outorgam aos dissidentes o direito de recesso nos termos do art. 137 da Lei n. 6.404/76, aplicando-se, como regra, a imperatividade da regra da maioria. Em contrapartida, verifica que a Lei n. 9.307/96 se assenta na manifestação explícita e voluntária do indivíduo para se vincular à cláusula compromissória, não sendo possível legalmente sustentar a possibilidade de imposição de cláusula contra a vontade de uma das partes.

Ao conectar tais raciocínios, KRUEGER PELA conclui pela existência de uma

(...) tensão entre, de um lado, a regra da maioria, sobre a qual se organiza, em larga medida, a disciplina das sociedades e, de outro, um dos princípios basilares adotados pela Lei de Arbitragem, segundo o qual a cláusula compromissória é válida desde que voluntariamente aceita pelos que a ela se sujeitarão. Diante dessa tensão, é de se indagar se a cláusula compromissória, cuja inclusão em estatuto social tenha sido deliberada por maioria, pode obrigar os minoritários que restaram vencidos¹⁴⁹⁴.

Na visão da autora, a solução para o problema está em uma análise conjunta das Leis n. 9.307/96 e n. 6.404/76, bem como no entendimento do caráter instrumental do princípio majoritário, cuja aplicação varia de acordo com o contexto em que deve ser aplicado¹⁴⁹⁵. Seu argumento principal se baseia na lógica de que

(...) a regra da maioria tem um caráter instrumental na disciplina das sociedades por ações. Em outras palavras, a regra da maioria não tem um sentido em si mesma; seu papel é simplesmente o de permitir a condução dos negócios sociais com uma agilidade que não seria possível caso fosse necessária a obtenção de unanimidade.

Tanto é assim que o estatuto social pode conter, sem ofensa à lei, regra segundo a qual as deliberações sociais só serão tomadas por unanimidade, devendo-se lembrar que a própria Lei n.º 6.404/76 trabalha com contextos em que a regra da maioria cede espaço para outras fórmulas, como a unanimidade e o recesso¹⁴⁹⁶.

Sustenta que a Lei n. 9.307/96 relativizou a imperatividade da regra da maioria, criando um novo contexto para sua aplicação, o qual impossibilita a extensão da cláusula aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção. Apesar de imperfeita e geradora de efeitos deletérios para o interesse social, em decorrência da convivência, em uma mesma sociedade, de acionistas sujeitos a um determinado juízo

¹⁴⁹⁴ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 131.

¹⁴⁹⁵ O raciocínio e a linha argumentativa de JULIANA KRUEGER PELA foram pormenorizados quando tratamos das possíveis dimensões do princípio da maioria na Parte II, Capítulo I, item 2, alínea “b.2” deste estudo.

¹⁴⁹⁶ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 138.

arbitral e acionistas não sujeitos a ele, essa seria a única solução compatível com a estrutura principiológica da Lei de Arbitragem e com o sistema da lei acionária.

(...) enquanto a lei das sociedades por ações convive com situações em que não vigora a regra da maioria, a Lei de Arbitragem não admite a submissão de qualquer pessoa ao juízo arbitral contra a sua vontade. Por essa razão, a conjugação das duas disciplinas deve ser feita com o fim de alocar a deliberação sobre a adoção da cláusula compromissória estatutária em um contexto no qual a regra da maioria não seja dotada de plena eficácia.

Sob essa perspectiva, considerando que o rol do art. 137 da Lei n.º 6.404/76 é taxativo, e que não há exigência expressa de unanimidade capaz de afastar a regra geral do art. 129 da Lei n.º 6.404/76, chega-se à conclusão de que a Lei n.º 10.303/01 criou um novo contexto de aplicação da regra da maioria (...)

Trata-se, propriamente, da hipótese em que a regra da maioria, nada obstante seja o mecanismo de apuração dos votos em assembleia geral extraordinária, não tem aptidão para estender os efeitos da deliberação aos acionistas minoritários que dela divergiram. Assim, em que pese ser possível a alteração do estatuto social para o fim de incluir a cláusula compromissória, estar-se-á diante de uma situação de inoponibilidade dessa cláusula aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção.

No entanto, embora seja essa a única solução compatível tanto com a estrutura da Lei de Arbitragem como com o sistema da lei acionária, não é possível tê-la como satisfatória ou até mesmo apropriada. É preciso lembrar, a esse respeito, que a convivência, dentro de uma mesma companhia, de acionistas sujeitos a um determinado juízo arbitral e acionistas não sujeitos a esse juízo arbitral pode engendrar situações ainda mais complexas e insolúveis. Pense-se, por exemplo, em duas ações concorrentes movidas por acionistas minoritários contra a companhia, uma delas proposta perante o Poder Judiciário por um acionista dissidente na deliberação sobre a adoção da cláusula compromissória, e a outra proposta perante o juízo arbitral, por um acionista que consentiu com tal deliberação.

Em uma perspectiva jurídica, a autora defende que a Lei n. 10.301/01, ao trazer expressamente para o âmbito societário a discussão em torno da arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307/96, estabeleceu um novo contexto de aplicação da regra da maioria, relativizador da sua intensidade, no qual a deliberação assemblear majoritária que aprovou cláusula compromissória permanece válida, mas é inoponível aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção.

Na sua conclusão, KRUEGER PELA aventa que a melhor solução – jurídica e econômica – para o imbróglio teria sido a ampliação das hipóteses de exercício de direito de recesso para o fim de incluir dentre elas o caso de adoção da cláusula compromissória, senão vejamos:

Por conta desses inconvenientes, a conclusão final do presente estudo é a de que o legislador teria andado melhor se, juntamente com a inclusão do § 3.º ao art.

109 da Lei n.º 6.404/76, houvesse ampliado as hipóteses de exercício de direito de recesso, para o fim de incluir dentre elas o caso de adoção da cláusula compromissória. Essa solução, além de ser mais eficiente, por evitar os custos de administração de dois sistemas de resolução de litígios, mantém incólume a autonomia do acionista dissidente, em consonância com os ditames da Lei de Arbitragem¹⁴⁹⁷.

Em síntese, a corrente disruptiva sustenta a ineficácia da deliberação assemblear majoritária que aprovou cláusula compromissória estatutária com relação aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção.

4.1.2. Acionista que subscreveu novas ações ou adquiriu ações de companhia cujo estatuto já continha cláusula compromissória

O acionista que ingressa em uma sociedade anônima fechada, em momento posterior à instituição de cláusula compromissória estatutária – seja por meio de aquisição originária ou derivada de ações –, aceita integralmente o teor do estatuto social em vigor, desde que a respectiva alteração tenha sido devidamente registrada na Junta Comercial. Nesse particular, é inaceitável sustentar a ignorância do acionista quanto à previsão da arbitragem como forma de resolução de conflitos daquele contrato como argumento para sua não vinculação aos seus efeitos jurídicos¹⁴⁹⁸.

Este item discute, portanto, se esse mesmo acionista deve aquiescer expressamente quanto ao teor da cláusula compromissória estatutária, o que ocorreria necessariamente mediante a assinatura de termo em apartado¹⁴⁹⁹. Ainda que seja necessário retomarmos

¹⁴⁹⁷ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 138-139.

¹⁴⁹⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 337; MARTINS, Pedro Antônio Baptista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-141.

¹⁴⁹⁹ Na visão de CARVALHOSA e de EIZIRIK: “Há, com efeito, um requisito necessário de forma para a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária, que depende de sua específica e formal adoção por parte de todos os compromissados. Sem essa expressa aprovação, a cláusula compromissória é nula, por ferir direito essencial do acionista de socorrer-se do Poder Judiciário”. “Assim, a cláusula compromissória não vincula nem os acionistas atuais que não subscreveram o pacto nem os acionistas que posteriormente adentram a sociedade sem expressamente aderir a ele.” (...) “Não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, cuja natureza é a da cláusula compromissória.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros e EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 178-206). Em seus comentários à Lei 6.404/76, CARVALHOSA vai além e sustenta que a cláusula compromissória estatutária: “Por se tratar de típico pacto parassocial – tal como a cláusula estatutária de limitação à circulação de ações (art. 36) e o acordo de acionistas (art. 118) –, não se confundindo com as normas organizativas da sociedade, é absolutamente irrelevante que tenha a cláusula compromissória estatutária sido instituída no momento da constituição da sociedade, por seus fundadores, por unanimidade, portanto. Essa unanimidade necessária não transforma o pacto parassocial de arbitragem em regra organizativa da sociedade. Esta, por sua natureza, sujeita-se à mobilidade constante do seu colégio acionário. E, ainda que seja aprovada a cláusula compromissória por unanimidade em alteração estatutária, o pacto compromissório não vincula os futuros acionistas, a qualquer título. A propósito, o novo acionista não sucede ao antigo em um contrato, mas sim na propriedade de uma ação, que é título. Sucede ou herda assim o novo titular desse título

parcialmente alguns argumentos sustentados pela corrente minoritária e criticados pela majoritária, o objetivo não é revisitar o debate sobre a possibilidade ou não de relativizar a aplicação do princípio majoritário – que já foi devidamente examinado –, mas tão somente a forma por meio da qual deve ocorrer a manifestação de vontade e, por conseguinte, aderência do novo acionista à cláusula compromissória estatutária.

A corrente minoritária sustenta a necessidade de o acionista que ingressou na sociedade em momento posterior à instituição de cláusula compromissória – seja em aquisição originária ou derivada – celebrar termo apartado, nos termos do art. 4.º, §2.º, da Lei n. 9.307/96. Segundo CARVALHOSA,

o pressuposto de validade e eficácia da decisão arbitral depende de expressa declaração de vontade das partes envolvidas, seja na cláusula compromissória, seja no compromisso propriamente dito. Há, com efeito, um requisito necessariamente de forma para a validade e eficácia da cláusula compromissória, que depende de sua específica e formal adoção por parte de todos os compromissados. Sem essa expressa aprovação a cláusula compromissória é nula, por ferir direito essencial do acionista de socorrer-se ao Poder Judiciário. (...) não pode a cláusula compromissória negar o direito de ingresso em juízo de qualquer acionista que não tenha expressamente aderido expressamente a essa mesma cláusula na forma prescrita no § 2.º do art. 4.º da Lei 9.307/96 (...) ¹⁵⁰⁰.

O argumento parece tentador, mas não resiste a uma análise aprofundada. Em primeiro lugar, reitera-se que os contratos de sociedade não se confundem com os contratos de adesão decorrentes de relações de consumo entabuladas entre consumidor (art. 2.º da Lei n. 8.078/90) e fornecedor (art. 3.º da Lei n. 8.078/90), cuja definição está no art. 54 do Código

uma coisa, e não uma obrigação contratual. Não se transmite o pacto com a venda do título (ação), já que não é o pacto compromissório estatutário uma cláusula organizativa da sociedade, mas convenção parassocial, ao qual deve o adquirente das ações, *mortis causa* ou *inter vivos*, expressamente aderir na forma suprarreferida. Se não o fizer, a cláusula compromissória não lhe será oponível.” (Cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366).

¹⁵⁰⁰ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros e EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183 e 190.

de Defesa do Consumidor¹⁵⁰¹, nem com os contratos de adesão de cunho empresarial, discretamente regulados pelos arts. 423 e 424 do Código Civil¹⁵⁰².

Apesar de a regra do §2.º do art. 4.º da Lei n. 9.307/96 ser aplicável a ambas as relações jurídicas de adesão – consumerista e empresarial – não nos parece correto incluir nesse contexto os contratos plurilaterais associativos e de organização¹⁵⁰³. Em segundo, uma

¹⁵⁰¹ Art. 54 da Lei 8.078/90: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.” Na visão da doutrina, a intenção do legislador ao impor certas condições para a validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, constante no § 2.º do artigo 4.º da Lei de Arbitragem, foi proteger o consumidor em face do fornecedor, já que aquele é reconhecidamente hipossuficiente em relação a este. Com isso, busca-se evitar que tais indivíduos sejam obrigados a resolver seus conflitos fora do Poder Judiciário, sem que tivessem qualquer margem de negociação quanto à inserção da cláusula arbitral ou quanto aos seus termos. Em momento algum teve a pretensão de alcançar a sociedade anônima, cujo contrato tem a natureza plurilateral. O tema é desenvolvido por: JUNIOR, Joel Dias Figueira. Cláusula compromissória, contrato de adesão e juízo arbitral. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 30, p. 85-88, São Paulo, abr./jun. de 1999, p. 86. O assunto também é bem explorado por DANIELA BESSONE BARBOSA MOREIRA, com base na jurisprudência italiana – já que a redação § 2.º do artigo 4.º da Lei de Arbitragem é bem semelhante à previsão do art. 1.341 do Código Civil italiano. Nas palavras da autora: “A jurisprudência italiana encontrou, em nossa opinião, a melhor solução para o problema: não é razoável que o sócio, no tocante às suas relações com a sociedade e com os demais sócios, goze dos favores concedidos ao contratante hipossuficiente, em confronto com os interesses de partes muito mais poderosas e/ou no âmbito de contratos a cuja celebração não se pode furtar (...) Realmente não parece adequado considerar minoritários como hipossuficientes em relação à sociedade e ao sócio majoritário. É preciso lembrar que minoritários serão sempre investidores, com grau mínimo de sofisticação e informação, os quais dispõem de meios, modos e recursos para inteirar-se perfeitamente do *barco* em que estão entrando (...)” (Cf. BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.) *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 378). Não há que se confundir, portanto, um contrato bilateral de adesão com o contrato plurilateral de sociedade. Diferente seria se a cláusula compromissória estivesse inserida numa convenção parassocietária, como um acordo de acionistas, não registrado nos órgãos competentes. Nesse caso, o novo sócio/acionista poderia alegar que não está obrigado a se submeter ao juízo arbitral para a resolução de conflitos que o envolvam. A falta de publicidade do ato leva à consequente ausência de manifestação de vontade” (Cf. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 195). Sobre o tema, ver: ENEL, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 151 e ss.; PINTO, José Emilio Nunes. Comentário. Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa fé. A convenção arbitral como elemento da equação econômico-financeira do contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n.º 10, jul./set. 2006, p. 235-242, p. 239; COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n.º 8, jan./mar. 2006, p. 119-141, p.123; TIMM, Luciano B. MOSER, Luis Gustavo Meira. Vícios e abusividade do compromisso arbitral? *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n.º 24, p. 217-236, jan./mar. 2010, p. 42-57, p. 49; FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p 102-104.

¹⁵⁰² “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” e “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

¹⁵⁰³ Em uma perspectiva hermêutica, deve-se lembrar dos ensinamentos de TULLIO ASCARELLI (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 15) no sentido de que um direito especial nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios e não da especialidade da matéria tratada. Em relação ao direito empresarial, isso se faz sentir na adoção de um sistema contratual mais complexo e elástico, fundado, de um lado, na liberdade de formas, e, de outro, em princípios peculiares, dentre os quais estão o profissionalismo do agente, a presunção de onerosidade, a informalidade e o cosmopolitismo. A existência de princípios próprios faz com as regras de interpretação dos negócios comerciais também sejam peculiares: interpretar um contrato entre fornecedor e distribuidor ou representante e representado é

das características dos contratos plurilaterais é a constante abertura para o ingresso de novos sócios, isto é, a agregação de novos participantes se dá sem dissolução das relações jurídicas preexistentes e sem a necessidade de celebração de novo contrato entre antigos e novos associados¹⁵⁰⁴. O subscritor ou o aderente simplesmente assume a título universal e singular a posição jurídica de parte contratual do negócio original¹⁵⁰⁵.

completamente diferente de interpretar a doação de um pai para uma filha ou de uma relação de consumo, por exemplo. Ao mesmo tempo em que função e racionalidade econômicas assumem importância determinante na formação e interpretação dos contratos empresariais (na condição de pressupostos para a proteção da boa fé objetiva do agente e de suas legítimas expectativas na contratação), existem sistemas jurídicos específicos voltados à tutela de outros ramos do direito, como o das relações de consumo (o direito do consumidor). Não se nega, no entanto, a visível conexão entre esses dois ramos, a ponto de se poder afirmar que o direito do consumidor retirou do âmbito de abrangência do direito empresarial uma ampla gama de contratos que passaram a se submeter a uma racionalidade econômica e jurídica diversa daquela do direito empresarial, de forma que a este restou disciplinar especificamente as relações profissionais entre empresas e não entre empresas e consumidores. É evidente, portanto, que os negócios entre profissionais merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, já que estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, sob pena de prejudicar a lógica de funcionamento do mercado ao incluir no corpo do direito empresarial um inapropriado consumerismo fadado à rejeição. Premissas tais como o direito de não ser explorado, a busca do lucro como fator orientador do comportamento de somente um dos polos da relação, a presunção de hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, entre outros, são pressupostos que pertencem à lógica de funcionamento do sistema consumerista, não sendo aplicáveis ao relacionamento empresarial entre partes profissionais e iguais. Lembre-se que, se no direito do consumidor a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito mercantil, parte-se, necessariamente, na dicção oposta, como há muito já explicitava JOSÉ DA SILVA LISBOA (o VISCONDE DE CAIRU), lembrado por PAULA A. FORGIONI (Cf. FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro – Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 139: “os Comerciantes são, ou sempre se presumem, hábeis, atilados, e perspicazes em seus negócios [...] Por tanto, os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circunspectos em seus tratos [...]”). Sobre o tema, ver, também, FORGIONI, Paula A. *A interpretação dos negócios jurídicos empresariais no novo Código Civil Brasileiro*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, Vol. 130, 2003, 1-38; FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵⁰⁴ Sobre o tema, esclarecedoras são as lições de RACHEL SZTAJN: “O que importa ter presente é que o contrato plurilateral, ao admitir a adesão de novas partes a um instrumento já aperfeiçoado, submetendo-se tais partes aderentes às regras já estabelecidas, responde à realidade da vida das sociedades e não se confunde com os contratos por adesão em que as cláusulas contratuais, não livremente estipuladas, são aceitas por uma das partes e fixadas pelo outro contratante. (...) Define-se o contrato de adesão como aquele em que o conteúdo contratual é fixado, total ou parcialmente, de forma abstrata e geral antes do período contratual. Não se estabelece qualquer debate anterior na fixação das cláusulas gerais, permitindo-se ao aderente, eventualmente, debater a introdução de algumas cláusulas, de comum acordo com o outro contratante, sem que modifique, substancialmente, o conteúdo do contrato. Não é o que ocorre na adesão aos contratos de sociedade já aperfeiçoados, pois o sócio aderente pode discutir a introdução de novas cláusulas no contrato ao qual adere: ou aceita-o integralmente ou não se associa se as modificações pretendidas forem rejeitadas.” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 43 e 44.

¹⁵⁰⁵ Por todos: MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 126, abr.-jun. 2002, p. 58-74. p. 68; MAKANT, Barbara. A arbitralidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. n.º 4. ano 1, jan./mar. 2004, p. 82-103, p. 99; ENEL, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 147-152; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 193; BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391, p. 380-381.

De mais a mais, na grande maioria dos casos é possível verificar, de antemão, se determinada sociedade possui ou não cláusula compromissória em seu estatuto social, estando tal providência no campo do dever de diligência de cada acionista (de sociedade anônima fechada) em buscar nos registros públicos, a cargo da Junta Comercial, informações adicionais sobre o contrato no qual está ingressando¹⁵⁰⁶. Da mesma forma, é incorreto presumir que existe diferença de tratamento na esfera judicial e na esfera arbitral, bem como que “(...) a arbitragem é potencialmente injusta e lesiva quando comparada ao foro tradicional de resolução de conflitos, o Poder Judiciário”¹⁵⁰⁷.

Como ressaltado, tanto em um sistema quanto no outro estão garantidos por lei os princípios do devido processo legal (i.e., do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e de seu livre convencimento). Não há, portanto, qualquer dúvida quanto à idoneidade da escolha e à inexistência de redução de direitos e garantias aos participantes¹⁵⁰⁸.

Concordamos, nesse particular, com JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, para quem

(...) o direito essencial do acionista não pode ser entendido como o direito irrenunciável e inafastável de acesso ao Judiciário, mas sim o direito a uma dentre duas alternativas, vale dizer, o direito de fazer valer as suas proteções através do Poder Judiciário, ou, alternativamente, através de um tribunal arbitral. Desde que o acionista tenha assegurada uma dessas alternativas, não há que se falar em violação a direito essencial, pois dessa forma não se está suprimindo qualquer das proteções legais a que o acionista faria jus, mas tão somente permitindo que ele, acionista, escolha antecipadamente o foro por meio do qual tais proteções serão concretizadas se necessário¹⁵⁰⁹.

Em síntese, não há que se falar na necessidade de adesão em termo apartado à cláusula arbitral para que os novos acionistas (originários e derivados) se vinculem aos seus efeitos. A aceitação e, por conseguinte, os efeitos jurídicos daí decorrentes, ocorre

¹⁵⁰⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 195.

¹⁵⁰⁷ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 147.

¹⁵⁰⁸ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106/107; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 203.

¹⁵⁰⁹ E continua o autor: “Se o acesso ao Poder Judiciário fosse um direito essencial em si mesmo, seria ele irrenunciável, ainda que os acionistas quisessem excluí-lo expressamente no estatuto social ou em documento apartado, assim como é irrenunciável, independentemente da forma com que o ato de renúncia se revista, o direito à participação nos lucros sociais (art. 109, I), ou no acervo da companhia em caso de liquidação (art. 109, II). Se esse entendimento fosse correto, portanto, não estaríamos aqui discutindo a forma pela qual o ato de aceitação à cláusula arbitral se daria, mas simplesmente reconhecendo a inviabilidade de adoção da arbitragem na sociedade anônima em virtude de afronta insanável a direito essencial e irrenunciável dos acionistas.” ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n.º 129, p. 136-173, São Paulo, jan./mar. 2003, p. 147.

automaticamente no momento em que o acionista ingressou na sociedade cujo estatuto social já continha cláusula compromissória estatutária.

5. Notícia do direito comparado

Os próximos dois itens farão uma abordagem panorâmica da arbitragem societária nos direitos italiano e espanhol, especialmente no que concerne às recentes mudanças no tratamento dado à extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária. O critério de escolha dos países objeto da análise foi simples e objetivo: a semelhança da problemática envolvendo os acionistas ausentes, abstinentes e dissidentes da deliberação assemblear que aprovou a cláusula, por maioria, bem como as recentes reformas de seus aparatos legislativos para resolver ou delinear essa questão.

5.1. Direito italiano: a reforma de 2003

Assim como no Brasil, o tema da arbitragem societária também é sensível e muito debatido na Itália¹⁵¹⁰, inclusive no que se refere aos efeitos e limites subjetivos da cláusula compromissória estatutária¹⁵¹¹, conectando-se, nesse aspecto, com o direito constitucional. Sobre essa problemática assevera FRANCESCO GENNARI:

¹⁵¹⁰ Para análise do tema em uma perspectiva mais ampla, ver: NOBILI, Raffaele. *L'arbitrato delle associazioni commerciali*. Padova: Cedam, 1957; NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle Società*, ano XIII, fasc. 1, gen./feb., 1968, p. 175-192; FAZZALARI, Elio. L'arbitrato nella riforma del diritto societario. *Rivista dell' Arbitrato*, n.º 3, 2002, p. 443-460; LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007; GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009. Entre nós: MAKANT, Barbara, QUEIROZ, Samantha Longo, Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, ano 1, set.-dez. 2004, p. 296-300; BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 14, ano IV, abr./jun. 2007, p. 77-98; AMARAL, Paulo Osternak. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, out. 2013, p. 1-25, disponível em www.iappr.com.br, acesso em 08/08/2014.

¹⁵¹¹ O tema é bem resumido por ALESSANDRO NIGRO, em estudo específico sobre a matéria: “Innazi tutto, la *vexata quaestio* dell’approvazione specifica della clausola compromissoria adietta allo statuto sociale si pone, in effetti, unicamente con riguardo ai soci sopravvenuti, con riguardo a coloro cioè, non avendo partecipato alla stipulazione dell’atto costitutivo ed essendo entrati nella società soltanto in epoca successiva, si trovano per ciò stesso assoggettati ad un pattuizione contrattuale di assai rilevante importanza ed alla cui determinazione essi non hanno affatto contribuito. Nell’ambito, poi, dei soci sopravvenuti, occorre ancora distinguere a seconda che essi siano subentrati a taluno dei soci originari (cessione della quota o delle azioni) oppure si siano aggiunti a questi ultimi (aumento del capitale: ingresso di nuovi soci nelle cooperative). Nel primo caso, sembra non sorga alcuna particolare questione: in conformità dei principi generali, la clausola compromissoria si impone automaticamente al cessionario divenuto socio. In realtà, quindi, il problema dell’applicabilità o meno degli art. 1341 e 1342 c.c. ha ragion d’essere solo con riferimento all’ipotesi di nuovi soci che si siano aggiunti a quelli originari. (...) Potrebbe paraltro a questo punto porsi il problema se la clausola compromissoria adietta allo statuto od all’atto costitutivo di società abbia caratteri strutturali diversi da quelli della clausola compromissoria adietta ad un contratto di scambio. A nostro avviso, il problema va risolto in senso negativo: infatti, sia nei contratti plurilaterali (o associativi) sia nei contratti bilaterali (o di scambio), la clausola compromissoria presenta sempre un’identica struttura, che è poi quella di un accordo fra i contraenti, inteso a derogare alla competenza del giudice ordinario. Il numero delle parti o la natura associativa del contratto cui

Il limite soggettivo di carattere assoluto che l'arbitrato incontra nel nostro ordinamento è di rango costituzionale. In primis l'articolo 24 garantisce a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, tutela che il successivo articolo 25 assegna al giudice naturale precostituito per legge, cioè ai magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario indicati dall'articolo 102.

Diretta conseguenza di tali previsioni è che nessuna legge ordinaria può distogliere chiunque, in assenza di specifica volontà contraria esplicitamente manifestata, dal diritto di accedere alla tutela giudiziaria ordinaria. Per questo grande attenzione è sempre stata rivolta, soprattutto in tema di convenzioni arbitrali fondate su clausole compromissorie, che hanno questo specifico effetto, alla salvaguardia della necessità di esplicita adesione di tutte le parti del contratto che le contiene, con pacifica esclusione di ogni efficacia nei confronti di eventuali soggetti terzi o, comunque, non aderenti alla convenzione arbitrale.

La necessità del consenso delle parti, tuttavia, oltretutto principio pacifico, non comporta altri problemi se non quelli di identificare, di volta in volta, la sussistenza¹⁵¹².

A arbitragem está regulada no Título VIII, Livro IV, do Código de Processo Civil italiano, tendo sofrido constantes reformas nas décadas de 80 e 90, culminando com a última mudança engendrada pelo Decreto Legislativo n. 5/2003. A primeira importante alteração na legislação arbitral italiana ocorreu no ano de 1983, com o advento da Lei n. 28, de 9 de fevereiro, que introduziu duas principais inovações no sistema legal: (I) a possibilidade de estrangeiros figurarem como árbitros e (II) o caráter obrigatório/vinculante da sentença arbitral. No ano de 1994, foi editada a Lei n. 25, de 5 de janeiro, enfatizando e internalizando a regulação da arbitragem internacional e a necessidade de harmonização do sistema legislativo italiano às necessidades da sociedade contemporânea, com o objetivo de assegurar uma maior autonomia ao instituto e permitir seu amplo desenvolvimento¹⁵¹³.

accede non esercitano, sotto questo profilo, alcuna influenza. Esiste, è vero, una differenza fra le due ipotesi: la clausola compromissoria, infatti, se iscritta nell'atto costitutivo di una società, produce l'effetto (e qui è la particolarità) di assoggettare alla competenza arbitrale anche la società, che, in quanto tale, non si pone, almeno apparentemente, come una delle parti contraenti. Ma questa caratteristica è facilmente spiegabile, ove si pensi che al momento dell'approvazione della clausola in questione i soci, al tempo stesso, esprimono collettivamente la volontà della società e singolarmente la volontà di ciascuno di essi. Tachè viene pienamente rispettato il principio desumibile dal sistema della legge, secondo il quale deve esservi assoluta identità fra coloro che stipulano la clausola e coloro fra i quali insorgeranno le controversie deferibili ad arbitri. E ciò, tra l'altro, rende ragione del fatto che la clausola compromissoria, iscritta nello statuto solo in un momento successivo alla costituzione della società, deve essere approvata da tutti i soci." (Cf. NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle Società*, ano XIII, fasc. 1, gen./feb., 1968, p. 175-192, 187-189).

¹⁵¹² GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009, p. 88-89.

¹⁵¹³ MAKANT, Barbara, QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, ano 1, set.-dez. 2004, p. 296-300, p. 296.

Em termos estruturais, essas reformas equipararam o sistema arbitral italiano às mais modernas legislações arbitrais. Em 2001, iniciou-se um novo processo de alteração da sistemática em vigor, cujo ponto de partida foi a edição da Lei n. 366, a qual delegou competência ao Poder Executivo para regular, entre outras questões, as controvérsias relativas à transferência das participações e aos pactos parassociais¹⁵¹⁴.

No ano de 2004, entrou em vigor o Decreto Legislativo n. 5, de 17 de janeiro de 2003, prevendo nova disciplina para a arbitragem societária, a intermediação financeira, os direitos bancário e creditício. A alteração fez parte de um relevante contexto de mudanças no Código de Processo Civil Italiano, complementado pelo Decreto Legislativo n. 6, também de 17 de janeiro de 2003, que contextualizou a nova normativa em matérias de sociedades de capital e de cooperativas¹⁵¹⁵.

Nesse particular, o legislador idealizou uma nova sistemática para resolver controvérsias de natureza societária, estabelecendo uma série de regras (i.e., arts. 34, 35 e 36) cuja essência foi outorgar maior segurança jurídica ao tema, bem como adaptar as regras materiais e os procedimentais ao contexto das relações societárias disponíveis havidas entre os sócios e entre eles e a sociedade¹⁵¹⁶ (art. 34, inc. I).

O tema relacionado aos limites e ao alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária foi claramente delineado pelo legislador italiano, com o intuito de pôr fim às discussões doutrinárias existentes acerca do tema¹⁵¹⁷⁻¹⁵¹⁸. Um dos objetivos da

¹⁵¹⁴ MAKANT, Barbara, QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, ano 1, set.-dez. 2004, p. 296-300, p. 296.

¹⁵¹⁵ BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 14, ano IV, abr./jun. 2007, p. 77-98, p. 77.

¹⁵¹⁶ BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 14, ano IV, abr./jun. 2007, p. 77-98, p. 78. A reforma tratou, por exemplo, da intervenção de terceiros em conflitos envolvendo matéria societária. Sobre o tema, ver: AMARAL, Paulo Osternak. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, out. 2013, disponível em www.iappr.com.br, acesso em 08/08/2014, p. 16-19.

¹⁵¹⁷ Nesse ponto, o legislador confirmou a possibilidade de serem dirimidos por arbitragem conflitos havidos entre aqueles que têm o poder de administração e de decisão na gestão da sociedade. Na nova sistemática italiana, são passíveis de resolução por meio de arbitragem os conflitos existentes entre: (I) os sócios; (II) os sócios e a sociedade; (III) administradores, liquidantes e síndicos entre si; (IV) administradores, liquidantes, síndicos e os sócios; ou (V) administradores, liquidantes e síndico e a sociedade. Para tanto, ver: CORAPI, Diego. Notas sobre a arbitragem econômica nas sociedades, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-dez. 2004, p. 32-41; MAKANT, Barbara, QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, ano 1, set.-dez. 2004, p. 296-300.

¹⁵¹⁸ Em recente estudo sobre a reforma do direito arbitral italiano em matéria, PAULO OSTERNAK AMARAL afirma que: “O art. 34, inc. III, do Decreto Legislativo n.º 5/2003, determina que na arbitragem estatutária italiana a cláusula compromissória prevista no estatuto da sociedade é vinculante para a companhia e todos os sócios, inclusive aqueles cuja qualidade de sócio seja objeto de controvérsia. O Decreto foi além, para admitir que “os atos constitutivos podem prever” que a cláusula compromissória abrangerá as controvérsias promovidas pelos administradores, liquidantes e síndicos ou no confronto entre eles. Para se contornar o

regulamentação foi estabelecer a desnecessidade de o novo sócio anuir expressamente à cláusula compromissória estatutária quando ingressa em sociedade que já a contém¹⁵¹⁹.

A reforma tratou também do quórum assemblear necessário para aprovar a inclusão de cláusula compromissória estatutária superveniente. Nesse particular, o legislador foi bastante inovador e alterou a sistemática existente até então. O art. 34.6 passou a exigir que as alterações estatutárias referentes à introdução de cláusula compromissória estatutária ou à alteração da redação de cláusula já existente sejam aprovadas por sócios que representem, pelo menos, 2/3 do capital social. Além disso, o dispositivo prevê, em ambos os casos, que os sócios ausentes ou dissidentes têm a possibilidade de exercer seu direito de retirada da sociedade no prazo de 90 dias¹⁵²⁰.

Para a doutrina, o novo tratamento dado ao tema reconheceu o efeito derogatório e preclusivo das cláusulas compromissórias estatutárias em relação à jurisdição estatal¹⁵²¹, outorgando ao sócio ausente e dissidente uma porta de saída em caso de inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, evitando, assim, discussões de cunho constitucional¹⁵²². Na visão de FRANCESCO GENNARI,

Le disposizioni sull'arbitrato societario sino ad ora incontrate sono state oggetto di critiche, per eccesso di delega o per il possibile contrasto con norme costituzionali, ma quella che più ha destato attenzione in tal senso è contenuta nel sesto comma dell'articolo 34 del d. Lgs. N. 5 del 2003, nel momento in cui prende definitivamente posizione su un punto da sempre controverso in tema di clausole

problema relacionado à livre manifestação da autonomia da vontade, positivou-se que a aceitação do encargo pelos administradores, liquidantes e síndicos os vincula à cláusula arbitral (art. 34, IV, do Decreto)” (Cf. AMARAL, Paulo Osternak. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, out. 2013, p. 1-25, p. 10).

¹⁵¹⁹ Sobre o tema se manifestou FRANCESCO GENNARI: “Nel momento in cui il 3° comma dell'articolo 34 del d.lsl n. 5 del 2003 afferma che la clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, infatti, inclusive coloro la cui qualità di socio è oggetto di controversia, pare volere sgombrare il campo dalle perplessità sollevate circa l'estensione della clausole statutaria compromissoria anche ai soci subentranti successivamente alla sottoscrizione dell'atto costitutivo, anche in mancanza di un'accettazione espressa. (...) In conclusione si può affermare che non sono pare identificabile una questione di legittimità costituzionale in relazione al contenuto del terzo comma dell'articolo 34 del d. Lgs. N. 5 del 2003, poichè la natura contrattuale del vincolo sociale, e le particolari esigenze di funzionamento dell'organizzazione di gruppo, tra le quali spicca la necessità di perseguire un'uniformità di trattamento delle relazioni sociali, consentono di rendere compatibile la posizione del singolo, subentrante ad altro nel rapporto sociale, o socio ex novo della società, rispetto alla presenza di una clausola compromissoria nello statuto sociale” (GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009, p. 90 e 93).

¹⁵²⁰ Decreto legislativo 177 gennaio 2003, n. 5 – Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonchè in materia bancaria e creditizia in attuazione dell' articolo 12 della legge 3 ottobre 2011, n. 366: “34-6 – Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvato dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.”

¹⁵²¹ MAKANT, Barbara, QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, ano 1, set.-dez. 2004, p. 296-300, p. 300.

¹⁵²² BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 14, ano IV, abr./jun. 2007, p. 77-98, p. 85.

compromissoria statutaria, ovvero quello delle modalità della sua introduzione alla costituzione della società, o della soppressione e modificazione di quella originariamente presente. La preoccupazione è che possa venire violato il principio così detto consensualistico, che trova origine nel disposto degli articoli 24 e 25 della Costituzione, che subordinano la validità della rinuncia al diritto ai ciascuno soggetto al giudice naturale statale, ad una specifica ed esplicita manifestazione di volontà a favore di quello arbitrale.

Poichè la nuova norma prevede che l'introduzione e la soppressione delle clausole compromissorie negli atti costitutivi devono essere approvate dai soci che rappresentano almeno i due terzi del capitale sociale, è evidente che, per assenti e dissenzienti, si pone il dubbio di legittimità costituzionale della disposizione, in quanto viene loro imposta una rinuncia alla giurisdizione statale non soltanto non accettata, ma addirittura, in ipotesi, formalmente rigettata. È pur vero che, proprio per evitare tale tipo di accusa, il legislatore ha predisposto un correttivo fondamentale, nel secondo periodo del comma, configurando un'ulteriore ipotesi di recesso, rispetto all'ampliamento già predisposto nella disciplina societaria positiva, proprio a favore dei soci assenti e dissenzienti dalla delibera che introduce o sopprime la clausola compromissoria, da esercitarsi nel consueto termine di novanta giorni dalla data della delibera o da quella della sua iscrizione nel registro delle imprese, trattandosi di deliberazioni modificativa del contratti sociale¹⁵²³.

A reforma, no entanto, não passou isenta de críticas. De um lado, menciona-se que o quórum da maioria qualificada de 2/3 exigido para modificação da cláusula é muito elevado e protetivo dos acionistas minoritários, podendo tornar difícil a implementação de futuras alterações e impedir o processo de uniformização das antigas cláusulas à nova regulamentação. De outro, fala-se que a elevação do quórum de aprovação pode ser interpretada como uma estratégia do legislador para reduzir quantitativamente o exercício do recesso pelos acionistas e a consequente (e nefasta) descapitalização da companhia¹⁵²⁴.

Uma parcela da doutrina tem considerado o exemplo do recesso italiano como um caso emblemático (*leading case*) a ser seguido nos demais sistemas jurídicos, como o brasileiro, que enfrentam problemas teóricos e práticos com relação à inserção da cláusula compromissória estatutária e vinculação dos acionistas ausentes e dissidentes¹⁵²⁵. Como

¹⁵²³ GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009, p. 100-102.

¹⁵²⁴ Nesse sentido, explana FRANCESCO GENNARI: "Non dovrebbe sorprendere tanto, quindi, che una volta inquadrato l'arbitrato societario nella nuova configurazione, il legislatore abbia cercato di temperare le esigenze di maggioranza e minoranza, prevedendo la necessità di una maggioranza rafforzata per la formazione della volontà dell'ente, con il chiaro intento, da un lato, di rendere più bassa possibile la possibilità di pregiudizio per la minoranza dissenziente e, dall'altro lato, di diminuire il rischio di recesso in massa dei soci contrari, con tutte le evidenti consanguenanze negative per la società in sede di liquidazione delle quote, il tutto nel rispetto del principio maggioritario" (GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009, p. 105).

¹⁵²⁵ MAKANT, Barbara, QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, ano 1, set.-dez. 2004, p. 296-300, p. 300; AMARAL, Paulo Osternak. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, out. 2013, disponível em www.iappr.com.br, acesso em 08/08/2014, p. 22.

veremos a seguir (Item 6.5.1), o legislador brasileiro parece ter se inspirado na experiência italiana para propor novo tratamento ao tema.

5.2. Direito espanhol: a reforma de 2011

O tratamento legislativo dado à arbitragem na Espanha remonta o final do século XVII, mais especificamente às Ordenanças de Bilbao de 1737 e a Constituição de Cádiz de 1812. No entanto, a discussão envolvendo matéria societária somente teve início com a publicação da Lei das Sociedades Anônimas em 1953 e se sedimentou com a Lei Espanhola de Arbitragem n. 60, de 2003, considerada um grande marco legislativo na regulamentação do tema, tendo como referência legal a lei modelo da UNCITRAL¹⁵²⁶.

Em maio de 2011, o governo espanhol, por meio da Lei n. 11/2011, reformou a Lei n. 60/2003¹⁵²⁷. Em matéria societária, a nova regulamentação eliminou dúvidas quanto à possibilidade do uso da arbitragem para a resolução de conflitos em sociedades de capitais, tendo disciplinado a arbitrabilidade objetiva das demandas surgidas no seio dessas sociedades. No que se refere à inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, a lei determinou que a deliberação de aprovação deve contar com votos favoráveis de, pelo menos, 2/3 das ações ou participações em que se divide o capital social¹⁵²⁸.

A lei também previu que os estatutos sociais poderão estabelecer que a impugnação de acordos sociais por sócios ou administradores seja resolvida por arbitragem de árbitro único ou por painel de árbitros. Em ambos os casos a arbitragem será institucional e caberá à instituição que administra a arbitragem indicar os respectivos árbitros¹⁵²⁹. Por derradeiro, a reforma também faz previsão expressa à necessidade de registro de laudos arbitrais que anularam acordos societários registrados no Registro Mercantil¹⁵³⁰.

¹⁵²⁶ PROL, Francisco G. Arbitragem no direito comparado: a arbitragem em Espanha – ameaças à sua plena aceitação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 34, jul. 2012, p. 223-233, p. 223; LEHUÉDÉ, Eduardo Jequier. *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades*. Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 102.

¹⁵²⁷ Boletín Oficial Del Estado, Número 121, Seção I, página 50.797.

¹⁵²⁸ Lei n.º 11/2011 – Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divide el capital social.”

¹⁵²⁹ Lei n.º 11/2011 – Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.”

¹⁵³⁰ Lei n.º 11/2011 – Artículo 11 ter. “Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles. 1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto. 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en

Diferentemente da solução legislativa implementada na Itália, o legislador espanhol optou por exigir apenas quórum qualificado para a deliberação assemblear que aprova a inclusão de cláusula compromissória estatutária e não outorgar aos acionistas ausentes e dissidentes o direito imediato de retirada (separação) da sociedade. A nova sistemática foi objeto de críticas pela doutrina:

Nem toda a gente está de acordo com a conveniência de que a Lei tenha incluído uma maioria reforçada, tão qualificada, para a introdução da cláusula arbitral. Independentemente da diferença de maiorias que seja exigida na legislação sobre sociedades anônimas e sobre sociedades de responsabilidade limitada, certo é que ao exigir os 2/3 de votos que se possam emitir, a lei da arbitragem está a exigir uma maioria reforçada que não é necessária para outros muitos aspectos de suma importância para a vida de uma empresa e parece considerar a arbitragem como um método extraordinário ou esotérico de resolução de conflitos (por oposição aos métodos, que podemos classificar de “ordinário ou normal”, que seria o procedimento judicial).

Coloca-se igualmente uma série de problemas sobre o regime a aplicar aos dissidentes, isto é, àqueles que não tenham votado a favor da inclusão da cláusula arbitral nos estatutos da empresa de que sejam sócios ou accionistas, preferindo continuar a submeter ao foro judicial correspondente ao domicílio social da empresa. A nossa legislação não contempla um direito de separação para este caso. Além disso, por exemplo, a Lei das Sociedades de Capital apenas contempla a possibilidade de que um accionista seja separado da empresa em determinados casos muito avaliados (entre os que não se inclui a discrepância da maioria, no que se refere à inclusão de uma cláusula arbitral nos estatutos).

Os dissidentes ficam, pois, obrigados pela decisão da maioria de 2/3, devendo aceitar a cláusula arbitral como forma de resolução de conflitos e, desde esse momento, muitos autores concedem a estes dissidentes uma série de “defesas” tendentes a evitar que fiquem submetidos a uma decisão que não tenha sido votada por eles¹⁵³¹.

A solução espanhola outorga maior legitimidade à deliberação assemblear¹⁵³² favorável à arbitragem (e aproximando-a do que a doutrina considera interesse social da companhia), porém, por se tratar de medida protetiva da minoria, como grupo, e não de medida de tutela do acionista, individualmente considerado, não resolve, de forma definitiva,

el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.”

¹⁵³¹ PROL, Francisco G. Arbitragem no direito comparado: a arbitragem em Espanha – ameaças à sua plena aceitação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 34, jul. 2012, p. 223-233, p. 224-225.

¹⁵³² Sobre o tema da legitimidade da deliberação assemblear, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE refere que: “Se o quórum exigido para a tomada de uma certa decisão social é ampliado, lógica se torna a necessidade de um maior consenso entre os acionistas. A quantidade de capital social que tem de estar presente neste acordo é muito superior, tal como também tem de ser maior a maioria que assegura a gestão da sociedade. Quanto mais próximo chegar o quórum da própria exigência de unanimidade, mais perto estaremos da situação ideal, em abstracto, que seria o acordo de todos os membros na tomada de decisões importantes para o ente corporativo. Permite-se, assim, um controlo de bloqueio que pode ser exercido por uma minoria de capital” (Cf. TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 37).

o problema da extensão dos efeitos da cláusula aos acionistas dissidentes, que permanece sendo objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, com predominância da tese que defende a plena vigência da regra da maioria¹⁵³³.

¹⁵³³ Nessa direção ressalta o autor espanhol FRANCISCO G. PROL: “A arbitragem societária apenas se recomenda às sociedades de capital (onde se rege a regra geral de que os acordos da maioria, adotados validamente, com todos os requisitos exigidos pela lei ou estatutos, vinculam as minorias) e não às pessoais (colectiva e comanditária simples), pelo que terá de se prestar especial atenção à necessidade, formação e manifestação dos acordos tendentes a declarar o procedimento arbitral como a via de resolução de conflitos, que se podem dar no seio da sociedade. Já vimos que se exige uma maioria reforçada dos 2/3 do capital social, para que uma cláusula de submissão a arbitragem possa ser incluída em uns estatutos. Se se sustiver que a minoria, que não está a favor da inclusão nos estatutos da cláusula de submissão à arbitragem, pode invalidar os efeitos de tal decisão da maioria (alegando, por exemplo, que não se pode privar ninguém de recorrer aos Tribunais de Justiça, que são os únicos órgãos do Estado capaz de prestar uma ‘tutela judicial efectiva’), poderíamos nos encontrar perante um claro exemplo de ditadura da minoria. Com efeito, um dos princípios básicos das sociedades de capital em Espanha (e creio que em todo o mundo “conhecido”) é que os sócios ou accionistas de uma empresa se vejam vinculados pelas decisões que tenham podido ser tomadas pelas maiorias previstas nos estatutos. Desde o momento em que se formaliza a *affectio societatis*, o sócio ou accionista aceita em ficar vinculado pelas normas constantes na escritura de constituição e nos estatutos, incluindo as maiorias necessárias para a tomada de decisões. Quando a lei quer proteger as minorias, perante os possíveis abusos em que pode incorrer a maioria, exige o voto a favor de uma percentagem de capital que representa uma maioria reforçada relativamente à que é necessária, para a tomada de decisões de menor importância ou de menor relevância para a vida da sociedade. Mas sim, ainda depois de ter cumprido com a maioria reforçada exigida pelos estatutos (que pode ser a prevista na Lei de Sociedades de Capital ou outra ainda mais severa), diz-se ao que votaram contra o acordo tomado com maioria absoluta, da oportunidade de não ficarem vinculados pelo acordo legitimamente tomado, encontrar-nos-íamos com um caso em que o princípio de submissão à vontade da maioria – legitimamente obtido – se veria violado de uma forma flagrante. (...) A pergunta então é a seguinte: porque o sócio que tenha votado contra a inclusão de uma cláusula arbitral não deve ficar vinculado pela decisão da maioria reforçada que prevê a Lei da Arbitragem? A resposta, que dão os críticos da solução adoptada pela modificação da Lei de Arbitragem, é que ninguém pode renunciar a que os juízes ou tribunais lhe prestem a tutela judicial efectiva prevista no art. 24.1 da Constituição espanhola, nem quando a pessoa a ser tutelada tenha entrado, voluntária e livremente, em um contrato de sociedade (que contém, como princípio básico, que as decisões da maioria, validamente adoptadas, vinculam a minoria dissidente). Como vemos, nesta resposta existe uma clara preferência do procedimento judicial sobre o arbitral. Por outras palavras, o normal é que as pessoas se submetam ao procedimento judicial para dirimir os seus litígios. Podem escolher também a arbitragem, mas nesse caso não podem existir dúvidas sobre a sua vontade expressa de ‘abandonar’ a cobertura que dá o procedimento judicial e ‘abraçar’ o procedimento arbitral (do qual se pode pensar que não dá as mesmas garantias, esquecendo que os tribunais estatais realizam um controlo da legalidade do procedimento arbitral – precisamente para controlar que este procedimento respeitou as garantias que a lei concede a quem inicia um procedimento contencioso – através do conhecimento e decisão pelos Tribunais Superiores de Justiça da acção de anulação, que pode ser interposta pelas partes de um procedimento arbitral). Esquece-se assim que quando alguém decide fazer parte de uma sociedade, está a admitir, voluntária e livremente, as normas que regem o referido contrato e o funcionamento das sociedades criadas para seu amparo. Entre as referidas normas encontra-se em posição proeminente a regra de que as minorias ficam submetidas às decisões validamente adoptadas pela maioria. Como vimos anteriormente, tanto o Tribunal Supremo como o Tribunal Constitucional consideraram a arbitragem como um ‘equivalente jurisdiccional’, no qual se prestam (certo é que de uma forma distinta) as mesmas garantias que as que se podem encontrar no procedimento judicial. Por isso, não parece lógico supor que no procedimento arbitral não se vá receber a mesma tutela judicial que a que se poderia ter num procedimento judicial. Se o resto dos sócios decidirem (sempre que esta decisão tenha sido validamente adoptada, a respeito das maiorias reforçadas impostas pela legislação) substituir o procedimento judicial como método de resolução de conflitos pelo procedimento arbitral, a minoria dissidente (que demonstrou a sua aceitação ao entrar em contrato de sociedade com os restantes sócios) não pode ‘desvincular-se’ de tal acordo (no qual votou contra), porque entende que o procedimento arbitral não leva a conceder a mesma tutela judicial efectiva que a que seria outorgada pelo procedimento judicial.” (Cf. PROL, Francisco G. Arbitragem no direito comparado: a arbitragem em Espanha – ameaças à sua plena aceitação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34, jul. 2012, p. 223-233, p. 231-233).

6. Calibragem dos microssistemas

Em nosso sentir, a solução para o problema da extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária aprovada em deliberação majoritária aos acionistas dissidentes, ausentes e abstinentes passa pela calibragem dos princípios e regras aplicáveis a cada microssistema jurídico envolvido (i.e. arbitral, societário e constitucional). Os itens abaixo elucidam algumas das premissas indispensáveis para mediar esse diálogo, propondo, ao final, algumas alternativas (potencialmente equilibradas) para resolver o imbróglio.

6.1. Nota sobre os direitos fundamentais no direito societário

Diferentemente do direito civil, o direito empresarial brasileiro ainda parece imune ao movimento (por vezes exagerado) que defende a leitura e a interpretação das suas normas a partir dos preceitos e princípios constitucionais. A influência da visão constitucional em matérias de direito privado tem grande representatividade nos sistemas jurídicos romano-germânicos europeus, tais como os da Itália¹⁵³⁴, França¹⁵³⁵ e Alemanha¹⁵³⁶.

Na doutrina francesa, por exemplo, a leitura de normas e regras empresariais a partir de um prisma constitucional recebeu o nome de fundamentalização (*fondamentalisation*) e vislumbra, nos direitos fundamentais dos agentes econômicos e daqueles que se relacionam com eles, verdadeiros direitos subjetivos, podendo a interpretação das normas assumir duas principais dimensões: “(I) o preenchimento de lacunas legislativas que inviabilizam a realização de direitos fundamentais; e (II) a correção e/ou reformulação de interpretação das regras do direito empresarial que atentem contra os direitos fundamentais”¹⁵³⁷.

Concordamos com a leitura constitucional do direito privado, desde que alinhada com os seguintes pressupostos:

(I) o núcleo dogmático privatista permanece sendo a interpretação da legislação infraconstitucional e dos institutos por ela regulados; logo, a lei ordinária deve remanescer como centro de respostas para os conflitos surgidos entre particulares,

¹⁵³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁵³⁵ DUMAS, Romain. *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*. Paris: L'Harmattan, 2008.

¹⁵³⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁵³⁷ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11; DUMAS, Romain. *Essai sur la fondamentalisation Du droit des affaires*. Paris: L'Harmattan, 2008, p. 94.

porém seus preceitos e soluções devem ser interpretados em conformidade com a Constituição, para que deles resultem respostas legítimas e adequadas com o que se espera de um sistema jurídico harmônico;

(II) na hipótese de a legislação infraconstitucional mostrar-se omissa, lacunosa, insuficiente ou inadequada para a defesa, tutela ou promoção de direitos fundamentais, a invocação direta, automática e imediata de normas constitucionais que sustentam tais preceitos fundamentais torna-se imprescindível para oferecer aos agentes soluções interpretativas adequadas ao caso;

(III) porém, a invocação direta dos direitos fundamentais deve ser excepcional, haja vista a presunção de constitucionalidade da regulamentação promovida pelo legislador infraconstitucional, sendo de responsabilidade de quem alega diretamente a aplicação de um preceito fundamental o ônus argumentativo de que o afastamento da regra infraconstitucional aplicável à questão consiste em medida indispensável para a devida tutela dos direitos fundamentais envolvidos¹⁵³⁸.

É a partir dessa ordem de ideias que se pretende fazer alusão à leitura constitucional do direito privado, em especial do societário, com o objetivo de conferir legitimidade à produção e à aplicação do Direito, exercendo os direitos fundamentais importante tarefa de legitimação e fundamento material de todo o ordenamento jurídico¹⁵³⁹.

Mantendo essa lógica argumentativa, é correto afirmar que o direito privado assume uma função instrumental, consubstanciada na concretização prática de um sistema de direitos previstos na Constituição, ora restringindo posições que se incluem no domínio da sua proteção, ora conferindo precisão e conformação ao conteúdo protetivo de um direito fundamental¹⁵⁴⁰.

Por óbvio que o direito societário, como uma das searas jurídicas privadas em que orbitam interesses diversos (e.g. acionistas, credores, trabalhadores, comunidade, etc.), é diretamente abrangido pelo espectro de incidência das normas fundamentais, notadamente as constantes no art. 5.º da Constituição Federal¹⁵⁴¹ – com especial destaque no presente

¹⁵³⁸ Os argumentos são amplamente desenvolvidos em: BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18 e ss.

¹⁵³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

¹⁵⁴⁰ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19.

¹⁵⁴¹ Por exemplo, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK e LUIS FELIPE SPINELLI sustentam, com base nas lições de HERBERT WIEDEMANN, que a aplicação do princípio da igualdade de tratamento na esfera societária tem como fundamento o princípio constitucional da isonomia (Constituição Federal, art. 5º, *caput*), a despeito de com ele não se confundir. Nesse particular, é importante observar que a transposição da noção constitucional de

estudo para o direito de (des)associação (inc. XX) e o direito de acesso à justiça (inc. XXV, que, como vimos, inclui a arbitragem, desde que sua escolha decorra da manifestação de vontade do acionista).

É indispensável, no entanto, que a incidência das normas fundamentais em solo societário – especialmente na sua relação com o interesse da sociedade – não ocorra de forma abrupta, nem demasiadamente intervencionista. Em nosso sentir, o processo de transição e de aplicação das normas fundamentais deve ocorrer de forma cautelosa, utilizando-se como parâmetro interpretativo estrito os princípios da atividade econômica estabelecidos pelo art. 170 da CF/88, com maior peso para o da propriedade privada e da livre concorrência¹⁵⁴².

6.2. Microssistemas arbitral e societário: um problema de antinomia?

Vimos que existe uma tensão entre a regra da maioria, pilar de sustentação das sociedades anônimas (art. 129 da Lei n. 6.404/76), e a necessidade de manifestação de vontade do acionista, premissa fundamental da arbitragem (art. 4.º da Lei n. 9.307/76).

isonomia para as relações jurídicas privadas, inclusive societárias, requer ajustes, haja vista que em tais situações vige o princípio da autonomia privada, o qual autoriza que os particulares concebam relações e posições jurídicas que não sejam necessariamente igualitárias, respeitados determinados limites. Nesse sentido: ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: ____ (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185-215, p. 191; _____. *Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. 436 p. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 87; SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 202. Sobre o tema assevera HERBERT WIEDEMANN: “Para estabelecer claramente a diferença com relação ao princípio de isonomia, fala-se, no direito privado, em princípio da igualdade de tratamento ou em preceito (*Gebot*) da igualdade de tratamento. Com isto simplesmente chama-se à consciência [o fato de] que a aplicação do princípio da isonomia em direito privado requer especial fundamentação, uma vez que o cidadão, em face do princípio da autonomia privada dos negócios jurídicos, está fundamentalmente autorizado a dispor de suas relações livremente (*unkontrolliert*) e, com isso, também arbitrariamente (*willkürlich*). O conteúdo do preceito da igualdade de tratamento em direito privado é assim formulado como o do princípio da isonomia constitucional; aplica-se o dever platônico-aristotélico do *suum cuique*, não o princípio da *égalité* da Revolução Francesa” (WIEDEMANN. *Gesellschaftsrecht*, B. I, cit., p. 428, tradução livre de Erasmo Valladão A. e N. França, extraída de ADAMEK. *Abuso de minoria em direito societário*, cit., p. 87, nota de rodapé 201).

¹⁵⁴² Assim dispõe o art. 170 da CF/88: “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: (I) soberania nacional; (II) propriedade privada; (III) função social da propriedade; (IV) livre concorrência; (V) defesa do consumidor; (VI) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (VII) redução das desigualdades regionais e sociais; (VIII) busca do pleno emprego; (IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Em sentido semelhante: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 280, 418-419.

Aparentemente existe um conflito entre regras de diferentes microsistemas – o arbitral e o societário – que nos remete à teoria geral das normas jurídicas.

Embora não se pretenda aprofundar o nebuloso universo das antinomias¹⁵⁴³, é preciso registrar que o termo significa justamente um conflito entre normas incompatíveis, pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico, e com o mesmo grau de validade¹⁵⁴⁴, o que pode conduzir à necessidade de uma delas ser expurgada do sistema¹⁵⁴⁵.

O raciocínio é complementado (e de certa forma amenizado) por RICARDO LUIS LORENZETTI, para quem

A colisão requer, como pressuposto, que ambas as normas pertençam ao mesmo ordenamento e que se refiram ao mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material. (...) A antinomia pode ser resolvida eliminando uma das normas porque a aplicação de uma delas é excludente. Também se pode chegar a uma solução que conserve as duas, mas fixando o sentido de uma¹⁵⁴⁶.

Em princípio, a doutrina refere três critérios para resolver problemas dessa natureza: (I) o cronológico¹⁵⁴⁷ (*lex posterior derogat priori*), (II) o hierárquico (*lex superior*

¹⁵⁴³ O fenômeno das antinomias não é incomum na seara jurídica, especialmente na societária. JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, em parecer sobre a contradição entre as reformas realizadas pela Lei nº. 7958/89 no regime legal do recesso (com a eliminação de hipóteses ensejadoras) e a previsão dos arts. 230 e 270 da Lei das S/As – que não foram revogados pela nova lei, e mantiveram o direito do acionista dissidente nos casos de incorporação, fusão, cisão e associação a hrupe de sociedades – invocam as lições de NORBERTO BOBBIO ‘Nenhum legislador pode evitar que surjam antinomias no ordenamento; limita-se a pretender sejam elas eliminadas. Do mesmo modo que num sistema científico duas proposições incompatíveis não podem ser, ambas, verdadeiras, assim, num ordenamento jurídico duas normas jurídicas incompatíveis não podem ser ambas válidas.’ (Cf. BOBBIO, Norberto. Antinomia (verbete). In: AZARA, Antonio & EULA, Ernesto (Dir.). Novissimo Digesto Italiano. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, v. I. p. 667-668 apud BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 560 e 567).

¹⁵⁴⁴ BOBBIO estende o conceito de antinomia para além do conflito entre regras jurídicas, aplicando o conceito a outros fenômenos, os quais denomina de “antinomias impróprias”. Para o jurista italiano: “Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e, com consequência, um ordenamento jurídico inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio” (Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 88 e 90).

¹⁵⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 194.

¹⁵⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 423.

¹⁵⁴⁷ Ao tratar do problema da cláusula compromissória estatutária, Guilherme Recena Costa traz interessante exemplo de aplicação do critério cronológico para superar potencial antinomia existente entre o §§2º e 3º da Lei n. 6.404/76: ““(…) muitos autores sustentam que a cláusula compromissória estatutária fere direito essencial do acionista que com ela não concordou expressamente. Mais especificamente, a imposição de arbitragem contra ou na ausência de vontade expressa do acionista violaria o art. 109, § 2º, da LSA, assim redigido: “§ 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”. Desde logo, cabe perguntar: o que deve ser entendido por

derogat inferiori) e (III) o da especialidade (*lex specialis derogat generali*). No entanto, como ressaltava NORBERTO BOBBIO, tais elementos são falhos e com abrangência limitada, haja vista que “o critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial”¹⁵⁴⁸.

A situação ganha complexidade quando as normas jurídicas não são aplicadas em contextos isolados e independentes entre si, mas sim em cenários de regulação mista e global, nos quais há uma constante interação entre regras e sistemas materialmente diversos. Em tais microssistemas, os critérios fundamentais para a solução das antinomias não se mostram suficientes, pois são válidos e efetivos apenas internamente, mas se mostram incompatíveis com a totalidade e a miscigenação entre dois ou mais ordenamentos¹⁵⁴⁹.

Em razão disso, observa-se que a solução prática para o conflito entre regras jurídicas que disciplinam ramos distintos e concorrentes entre si tende a ser a utilização de uma espécie de “critério da especialidade às avessas”. Isto é, as regras de um sistema simplesmente sobrepõem-se às do outro em razão de uma suposta hierarquia fática, sem aprofundamento das causas da extirpação da norma sobreposta – fazendo com que esta permaneça como um fantasma que assombra a segurança jurídica em torno do tema. Os argumentos para tanto têm cunho diverso, ora defendendo a maior relevância de determinado bem ou pilar jurídico protegido naquele microssistema, ora a necessidade (política, econômica, social, jurídica) de desenvolver determinado instituto.

No caso em questão, o ponto nevrálgico está em saber se a conjugação dos microssistemas arbitral e societário é capaz de acarretar a relativização da regra da deliberação por maioria na inserção de cláusula compromissória superveniente no estatuto

“meios, processos ou ações” conferidos aos acionistas? A meu ver, o dispositivo não pode ser interpretado como norma que assegura ao acionista um suposto direito essencial de litigar no Poder Judiciário. Primeiramente, porque isso criaria, dentro do próprio artigo 109 da lei acionária, uma antinomia entre os §§ 2º e 3º, o que não se pode simplesmente presumir como a intenção do legislador da reforma. Requer-se, assim, um esforço hermenêutico para compatibilizar as duas disposições, o que aponta claramente para a admissão da cláusula compromissória sem que se entenda por violado o § 2º: pelo contrário, é possível entender o § 3º como meio para que seja conferida efetividade ao parágrafo imediatamente anterior. Seja como for, a introdução do § 3º é ulterior ao § 2º e, portanto, se houver mesmo antinomia, deverá prevalecer a regra permissiva da cláusula compromissória estatutária, com base no critério elementar de sua ulterioridade (Lei de Introdução às Normas, art. 2º, § 1º)”. (Cf. COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 98-99).

¹⁵⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 100.

¹⁵⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 424.

social de sociedade anônima fechada. Ou, alternativamente, se a cláusula compromissória, aprovada por simples maioria, pode vincular os acionistas dissidentes, ausentes e abstenentes.

O critério da sobreposição imediata de uma regra sobre a outra não nos parece o mais adequado. A inadequação persistirá mesmo se considerarmos a necessidade prática de solucionar o problema ou de preencher um vácuo legislativo não regulado pelas respectivas leis (lembre-se que os ordenamentos societário e arbitral se limitam a estabelecer regras internas, sem se preocupar em solucionar o imbróglio resultante da inter-relação entre eles).

Em regra, as soluções estudadas no Brasil trilham esse caminho, optando por aplicar de forma estática e automática os ditames e as regras dos contratos bilaterais ao contrato plurilateral associativo de sociedade, especialmente no que se refere à manifestação de vontade. Ou, simplesmente, transferem o tratamento da arbitragem para o âmbito interno da sociedade, onde impera a lógica da maioria, sem qualquer tentativa de adequação ou consideração do seu caráter de garantia fundamental¹⁵⁵⁰. De uma ou de outra maneira, categorizam-se como idênticos fenômenos jurídicos absolutamente distintos, cuja consequência é o aumento da insegurança jurídica no uso da arbitragem em matéria societária.

Concordamos, nesse particular, com as ponderações de NORBERTO BOBBIO sobre o poder do intérprete para resolver impasses dessa natureza:

(...) no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra. Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas.

A terceira solução – conservar as duas normas incompatíveis – é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais frequentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta

¹⁵⁵⁰ Nesse sentido parece opinar LUIS LORIA FLAKS: “Lembre-se, a propósito, conforme já mencionado, que em havendo conflito entre o dispositivo referente à arbitragem contido na Lei das S/As e as disposições da Lei de Arbitragem, prevalecerá sempre o disposto na primeira, não só por ser posterior, mas também por ser específica sobre sociedade por ações. Dessa forma, é possível concluir que, sob a luz da legislação em vigor, não há a necessidade de uma concordância expressa dos acionistas para ficarem vinculados à cláusula arbitral.” (Cf. FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 108).

incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade¹⁵⁵¹.

Dissemos que o terceiro caminho é o mais usado pelos intérpretes. O jurista e o juiz tendem, tanto quanto possível, à conservação das normas dadas. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve acarretar prejuízo ao princípio da autoridade, segundo o qual as normas existem pelo simples fato de terem sido estabelecidas¹⁵⁵².

Dito isso, a melhor alternativa nos parece uma solução ou interpretação de compromisso que busque conservar, na medida do possível, a materialidade de ambas as regras, mas sem deixar de fixar o sentido da que prevalecerá, como leciona LORENZETTI.

6.3. Escolha da arbitragem como situação subjetiva dos acionistas

O contrato de sociedade é do tipo plurilateral associativo, estruturado e organizado segundo as disposições da lei, distinguindo-se dos demais contratos bilaterais em razão de uma série de características, dentre as quais está a comunhão de esforços em busca de um objetivo comum e o fato de o consenso das partes representar requisito de validade do contrato somente no momento da constituição e não no decorrer da vida da sociedade.

As sociedades anônimas são um tipo societário regulado pela Lei n. 6.404/76. A assembleia geral é seu órgão de deliberação colegiada mais relevante, sendo naturalmente composta pelos seus próprios acionistas. Se devidamente convocada e instalada, nos termos da lei e do estatuto, sua função é versar sobre as matérias de sua competência, decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e ao seu desenvolvimento.

Compete à assembleia geral é responsável formar a vontade da sociedade seguindo um rigoroso e metódico método assemblear. Nesse ambiente decisório, o princípio

¹⁵⁵¹ E continua o jurista italiano: “Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada corretiva. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogente, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogação, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogente tem por efeito a eliminação total de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente parcial de uma norma (ou de duas)” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 102-103).

¹⁵⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 102-104.

majoritário constitui instrumento indispensável para o exercício do controle societário interno e para o funcionamento do ente social. Trata-se de pilar de sustentação das sociedades anônimas, com função central na estruturação e na organização da sociedade.

O fundamento jurídico subjacente ao princípio majoritário está na comunhão de interesses entre todos os acionistas¹⁵⁵³. Quando recai sobre a maioria o ônus de decidir sobre fato ou situação que diz respeito a interesse particular do sócio (e não comum a todos eles, enquanto acionistas), o pressuposto de legitimidade desaparece ou fica reduzido a limites muito restritos.

Sobre o tema, são lúcidas as palavras de ASCARELLI:

O princípio da possibilidade de uma deliberação por maioria (tanto em relação à gestão ordinária da sociedade, quanto relativamente às modificações estatutárias) baseia-se no pressuposto de existirem, entre os vários acionistas, tendências e opiniões divergentes, mas de serem, todos os acionistas, animados por um interesse fundamental comum (o da melhor gestão da sociedade). Esse pressuposto desaparece quando a maioria deve decidir acerca dos direitos de quem... deixe de fazer parte da sociedade. É natural, portanto, admitir-se que esses direitos podem ser convencionalmente determinados com o consentimento unânime (e, portanto, no ato da constituição que reúne o consentimento de todos os subscritores e que é conhecido de todos os que, adquirindo ações, entram sucessivamente a fazer parte da sociedade); não é, no entanto, natural, admitir-se que o possam ser numa deliberação por maioria. E esse mesmo princípio vale, a meu ver, quanto a todos os direitos que, embora sendo derogáveis no estatuto originário, se refiram, no entanto, à disciplina da posição do sócio em relação à maioria.

Na essência, o poder da maioria encontra o seu fundamento na comunhão de interesses entre os sócios. Apesar da possível disparidade de tendências e opiniões entre os vários acionistas, essa comunhão subsiste em todas as questões que se referem à gestão da sociedade e mesmo à modificação dos estatutos. Nas questões, portanto, em que não houver comunhão, mas conflito de interesses, por se prenderem justamente aos direitos do sócio perante a maioria, é lógico que o poder desta desapareça ou fique reduzido a limites mais restritos¹⁵⁵⁴.

Os direitos individuais dos acionistas previstos na lei (ou melhor, suas situações subjetivas individuais abstratas) são prerrogativas indisponíveis e intangíveis do estado, da

¹⁵⁵³ Nesse sentido caminham as lições de ASCARELLI: “Pertanto, opposizione di interessi, nella costituzione della società, ma coincidenza per quanto concerne la realizzazione di quella comune finalità sociale che ridonda vantaggio di tutti i soci, seppure in misura diversa, ciò che a sua volta spiega il contrasto nella costituzione; sebbene in relazione a scopi individuali diversi, cui ciascun socio mira. Seppure senza escludere, dunque, un rele conflitto di interessi anche durante la vita della società. Anche durante la vita della società i vari soci possono tendere a scopi diversi, e perciò essere ispirati ad interessi diversi. Lo studio delle società anonime va sempre più ponendo in evidenza che i vari azionisti sono ispirati da intenti diversi (di controllo della società, di investimento di capitale, di speculazione, ecc); hanno diversità di interessi, durante la vita della società, e così via. La disciplina dell’organizzazione interna della società mira appunto a disciplinare questi contrasti (Cf. ASCARELLI, Tullio. Il contratto plurilaterale. In: *Studi in tema di contratti*. Milano: Giuffrè, 1952, 97-157, p. 101).

¹⁵⁵⁴ ASCARELLI, Tullio. Sociedade por ações. Retirada do acionista dissidente. *Revista Forense*. Vol. XCVI, Ano XL. Fasc. 484, Rio de Janeiro, out. 1943, p. 19-22, p. 21/22.

posição ou da qualidade jurídica de acionista. Constituem, assim, um limite negativo externo ao exercício do poder de controle nas sociedades anônimas, razão pela qual o princípio majoritário, como instrumento de atuação do controlador, não tem eficácia para adentrar nessa esfera particular e inderrogável do acionista, nem legitimidade para dispor de tais posições subjetivas ativas alheias.

Retoma-se, portanto, o conceito de legitimidade, aplicável ao direito societário na sua perspectiva material, particularmente no que se refere à impossibilidade de a sociedade dispor (modificar, alienar ou suprimir) direitos de titularidade dos seus acionistas¹⁵⁵⁵. Há uma profunda conexão entre indisponibilidade de alguns direitos dos acionistas e a ilegitimidade da sociedade para deles dispor. Como afirmou A. MIGNOLI, o indivíduo que ingressa em uma coletividade - e concorda com suas regras - não transfere tudo de si; embora ceda uma parcela do seu patrimônio ou da sua liberdade, mantém uma porção mínima de individualidade, que não pode ser eliminada, nem suprimida.

Nas palavras do jurista italiano:

Alla base del concetto di ‘diritto individuale’ (nozione mutuata dal campo della politica) sta l’idea del singolo contro lo Stato; di una cerchia inviolabile di libertà, contro la quale si arresta il potere sovrano dello Stato o della società, che nulla possono contro questa sfera riservata; sta l’idea che l’individuo, il quale entra in una collettività e ne accetta le leggi, non si dà tutto, ma una parte sè sottrae a questa soggezione¹⁵⁵⁶

Os direitos individuais dos acionistas representam uma parcela dessa esfera privativa intransferível. Conforme destaca RENATO MICCIO, embora se mantenha a relação societária, inexiste nesse contexto um relacionamento plurilateral e organizativo propriamente dito entre sócio e sociedade, mas sim uma relação sinalagmática que dá origem a direitos e obrigações (onde não há escopo comum), na qual o sócio se contrapõe à sociedade. Nessa sistemática, subtrai-se da maioria o poder de dispor de direito de caráter individual (e subjetivo) do acionista, ainda que sob o pretexto de atingir o interesse social¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁵ DONATI, Antigono. *L’invalidità della delibera d’assemblea delle società anonime*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 129.

¹⁵⁵⁶ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 180-181.

¹⁵⁵⁷ Nas palavras do autor: “Si trata, insomma, di diritti che pur appartenendo all’ambito del rapporto sociale, hanno tutti i caratteri di diritti soggettivi veri o propri, e che come tali sono sottratti al potere delle maggioranze sociali. Sono diritti ed obblighi per i quali i soci e la società (nonchè i soci fra loro) stanno l’uno di fronte all’altro in una posizione di reciprocità e non in circolo come nel rapporto organizzativo vero e proprio, e per l’esecuzione dei quali è inammissibile che alle parti o ad una di esse, sia lasciata una sfera libera di valutazione che consenta loro la disponibilità attuale di diritti che dal negozio sono sorti a favore dell’altra parte. La individuazione di questi diritti, così posti i termini del problema, non presenta difficoltà insuperabili nè si discosta da quella che costituisce l’idea dominante. Essi sono i diritti di partecipazione alla esecuzione del contratto di società ed al perseguimento dello scopo che esso si è proposto, il che equivale a dire diritti di coamministrazione e diritti patrimoniali agli utili e alla quota di liquidazione tale quale sarà al momento dallo

Para garantir a realização desses direitos essenciais e permitir a defesa dos acionistas contra as resoluções e eventuais abusos perpetrados pela maioria, o legislador assegurou aos participantes do negócio societário meios, processos e ações que avalizam o exercício de tais prerrogativas (art. 109, §2.º, da Lei n. 6.404/76). Nesse contexto, o Poder Judiciário e, no caso de eleição pelo estatuto, com aceitação da totalidade dos acionistas, a instância arbitral, representam os fiéis depositários e principais avalistas do exercício legítimo dos direitos individuais previstos pela lei¹⁵⁵⁸.

scioglimento della società” (Cf. MICCIO, Renato. *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 88).

¹⁵⁵⁸ Em sentido contrário, CARLOS AUGUSTO SILVEIRA LOBO, um dos representantes da corrente majoritária: “Recentemente, foi proferida sentença de primeiro grau (provavelmente a única sobre o assunto até o momento), confirmando decisão da Junta Comercial de São Paulo, que denegou registro à ata de assembleia geral extraordinária, que consignava deliberação, aprovada por maioria de votos, indicando a Cláusula Compromissória Estatutária no estatuto de uma companhia. Entendeu a Junta, com posterior apoio do Juízo, que tal deliberação só poderia ser aprovada por unanimidade porquanto o princípio majoritário só é aplicável a questões direcionadas aos interesses sociais, sendo a solução dos conflitos por arbitragem matéria de interesse individual dos acionistas. O fundamento não procede, pois o § 3.º do art. 109 não se refere a conflitos individuais entre acionistas, mas cinge-se aos conflitos entre a companhia e os acionistas e aos litígios entre o acionista controlador e os acionistas minoritários. A resolução pela via arbitral de conflitos que surgem no seio da organização é, indubitavelmente, matéria do interesse da organização, principalmente quando envolvem a própria pessoa jurídica da organização ou o seu principal órgão de comando. Com efeito, nos termos do art. 116 da Lei 6.404/76 o acionista controlador tem por função ‘dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia’. Responde pelos atos que pratica no exercício do poder de controle que, nos termos do parágrafo único do art. 116 citado, deve ser usado ‘com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social’. Coerentemente, a LSA, no art. 246, dispõe que ‘A sociedade controladora será obrigada a reparar dos danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117 (abuso do poder de controle)’. Mais ainda: no art. 246, a lei atribui ao acionista minoritário a ação para, como substituto processual da companhia, promover a responsabilização do controlador faltoso, para que este indenize o patrimônio social. A lei autoriza a inserção da Cláusula Compromissória Estatutária no estatuto da companhia porque se trata de matéria de interesse da sociedade, sendo certo que no estatuto só cabem matérias de interesse social. E, como a própria sentença comentada diz, o princípio majoritário aplica-se às questões relativas ao interesse social. (...) Aduza-se finalmente que não é o voto proferido na assembleia que vincula o acionista aos efeitos da Cláusula Compromissória Estatutária. Ao votar na assembleia, o acionista, como integrante de um órgão da sociedade, está contribuindo para a formação da vontade social. Não está manifestando seu consenso de se submeter à Cláusula, como possível parte *ex adversa* da sociedade em um litígio futuro. Se o acionista, que votou favoravelmente à Cláusula, for considerado vinculado, não será por força do voto, mas pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*). Então, não há como concluir que o voto favorável obriga o acionista e o voto desfavorável desobriga. (...) A Cláusula em exame é disposição estatutária. Assim dispõe expressamente o § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/76, que se insere no capítulo referente aos direitos essenciais dos acionistas, porque constitui ressalva ao disposto no § 2.º do mesmo art. 109. Como norma estatutária, integra o ordenamento jurídico interno da companhia e se aplica indistintamente a todos os acionistas nela referidos. Não é o voto proferido na assembleia que vincula o acionista à Cláusula; o que o vincula é o fato de a cláusula constar do estatuto, por força da vontade social formada na assembleia geral pela maioria, consoante o princípio majoritário. Por isso, alcança os acionistas que votaram contra a sua inclusão no estatuto, bem como os que deixaram de votar. Como norma estatutária, os direitos e deveres nela previstos incorporam-se na ação e circulam com o título vinculando os sucessivos titulares, ainda que tenham adquirido as ações quando a Cláusula ainda não estava presente no estatuto. (...) Não procede o entendimento que exige o consentimento de todos os acionistas para que a Cláusula se insira no estatuto, sob o fundamento de que ela diz respeito apenas a interesses dos acionistas, enquanto o princípio majoritário só tem aplicação nas deliberações sobre interesses da sociedade. Disposição estatutária sobre o meio de solução dos litígios em que figuram como parte a sociedade ou o acionista controlador – órgão da sociedade – é evidentemente o interesse social. A Cláusula não se aplica a litígios entre acionistas minoritários, como seu próprio texto adequadamente dispõe (Cf. LOBO,

O direito de acesso à Justiça do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988 é de cunho fundamental, representando, também, uma garantia individual dos acionistas prevista na lei societária. Sustentamos que a partir da promulgação da Lei n. 9.307/96 e do julgamento da sua constitucionalidade pelo STF no ARSEC 5.206-7, a livre estipulação contratual de cláusula compromissória arbitral representa uma forma válida de renúncia à apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito, desde que cumpridos alguns requisitos.

Um deles diz respeito ao princípio da autonomia privada, diretriz fundante da arbitragem. A força imperativa do direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário somente pode ser relativizada pelas partes mediante manifestação (expressa ou tácita) em favor do deslocamento da jurisdição para a instância arbitral. Não é à toa que o art. 4.º da Lei n. 9.307/96 determina que o consentimento da parte é requisito de validade do negócio jurídico (i.e., art. 104, I, do Código Civil) que dá origem à cláusula compromissória, sendo ilícito submeter algum indivíduo à arbitragem à revelia da sua vontade.

Estabelecidas essas premissas, defende-se que a prerrogativa de optar pela esfera arbitral em detrimento da jurisdição estatal constitui uma situação subjetiva do acionista, de caráter fundamental e decorrente da sua qualidade de sócio¹⁵⁵⁹. Como tal, sua renúncia e/ou

Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 11-32, p. 20, 24 e 31). O autor faz referência ao Parecer CJ/Jucesp 488/08 e à indevida interferência da Junta Comercial de São Paulo no controle material de atos societários. Sobre o tema, ver: ROVAI, Armando Luiz. Cláusula compromissória – registro na junta comercial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 41, abr. 2014, p. 79-83.

¹⁵⁵⁹ O direito lusitano trata do tema no contexto do direito de ação judicial do sócio e, também, no contexto dos direitos especiais (e suas consequências jurídicas). Como bem ressalta RUI PEREIRA DIAS, em artigo dedicado ao estudo da arbitragem societária no direito português: “É por esse motivo que importa dizer que estamos, em matéria de estudo da arbitragem de direito das sociedades, a manusear os chamados direitos de ação judicial do sócio. Estes representam uma categoria de direitos dos sócios, em sentido amplo, nos quais se desentranha a socialidade ou a participação social. Eles incluem o direito de impugnar deliberações (art. 59), o direito de requerer inquérito judicial por falta de prestação de contas (art. 67), o direito de propor ação social de responsabilidade, contra membros da administração ou fiscalização, a favor da sociedade (arts. 77 e 81), ou o direito de propor ação de responsabilidade, para indemnização de danos diretamente causados aos sócios, por esses titulares de órgãos sociais, no exercício das respetivas funções (art. 79). Em suma: estão incluídas todas as providências jurisdicionais que o sócio tenha legitimamente ao seu dispor para exigir o cumprimento, pela sociedade e/ou por determinados membros dos órgãos sociais, dos respetivos direitos sociais. Mas, como é sabido, nem todos esses direitos sociais têm as mesmas características. Desde logo, e para não entrar em mais detalhe, há direitos gerais e há direitos especiais. Ora: a susceptibilidade de comprometer em árbitros a tutela jurisdicional destes direitos de ação, bem como os requisitos para que tal comprometimento seja válida e eficazmente operado, não podem ser alheios às concretas características desses direitos sociais. (...) Se, como vimos, e por um lado, o direito das sociedades nos dá instrumentos para, dentro de certos limites, criar um quadro favorável à (quase) exclusividade da arbitragem na resolução dos litígios societários, a realidade é que, por outro lado, há que proteger, na minha opinião, todo aquele sócio que quer manter-se alheado das instâncias arbitrais quando se trate de serem emitidos atos jurisdicionais que o vinculem. Isto é: se por um lado devem retirar-se os escolhos desnecessários no recurso à arbitragem, permitindo que neste campo se espriem todos aqueles expedientes gerais do direito da arbitragem que são um espelho do *favor arbitrandum* com que muitas ordens jurídicas, em que pode incluir-se a nossa, encaram o recurso a esse meio de resolução de litígios, por

outro lado, há que criar mecanismos para que, com a mesma naturalidade, seja permitido aos sócios e membros de órgãos sociais subtraírem-se válida e eficazmente do mundo arbitral. Muitas razões podem conduzir a essa pretensão, tais como um receio (justificado ou injustificado, não me cabe tomar parte nesse debate) de uma justiça mais cara, de uma justiça menos favorável ao pequeno acionista que ele é, de uma justiça mais salomónica e menos assertiva do direito constituído etc. Pois bem: é aqui que me atrevo a sugerir-lhes, aos que não queiram a arbitragem e aos seus advogados, que considerem a eventual utilidade dos direitos especiais dos sócios, conforme regulados no CSC português. É útil sublinhar que, no seio da participação social, nem todas as faculdades ou direitos em que ela se consubstancia são iguais. Por isso mesmo, o regime jurídico-material desses direitos é distinto: não é a mesma coisa, por exemplo, (a) alterar a configuração do direito à distribuição de dividendos para um determinado exercício [decidindo-se, imaginemos, de acordo com o art. 294 (por três quartos dos votos correspondentes ao capital social) a distribuição de menos de metade do lucro de exercício]; ou (b) suprimir um direito especial à gerência. Para esta última operação, é indispensável o consentimento do seu titular, sem o que ela é ineficaz (arts. 24 e 55). É por isso que os direitos especiais são pequenas ‘ilhas de contratualidade no mar de socialidade’, como escreve Pais de Vasconcelos, ou, como muito expressivamente dizia Ferrer Correia, são ‘enxertias de contratos de direito comum’ no direito societário: nada se pode fazer sem o efetivo e específico consentimento dos seus beneficiários. Em consequência, é prudente evitar afirmações lineares de que a mera modificação de aspetos processuais do exercício dos direitos sociais, em geral, estaria subtraída à necessidade de consentimento dos sujeitos visados, como mera decorrência do princípio maioritário nas sociedades. Não: este princípio está tão limitado para os aspetos processuais como está para os aspetos substanciais; pelo que, à partida e na ausência de uma construção adequada, não vejo como validamente vincular o sócio à cláusula compromissória estatutária geral no que toca à tutela jurisdicional dos seus direitos especiais, se este sócio tiver votado desfavoravelmente a sua introdução nos estatutos. Daí que aqui fique uma sugestão prática: a de, sempre que sejam alterados os estatutos para introdução de convenções de arbitragem “gerais”, proceder-se a uma análise detalhada dos estatutos no sentido de identificar a existência de direitos especiais (que nem sempre estão muito claramente identificados). Aí, poderá adaptar-se a convenção de arbitragem à existência dos mesmos, de modo a cobrir litígios sobre eles também, para que desta maneira se evitem dúvidas no futuro. Mas repito: ainda que com todos estes cuidados, a sua eficácia torna-se seriamente comprometida pela inexistência de voto favorável do sócio titular do direito especial cuja tutela jurisdicional é (no mínimo) modificada. Pois bem: este arrazoado, que vale para a tutela jurisdicional de direitos especiais “materiais”, por assim dizer, é válido também no plano dos direitos “processuais”, de ação judicial. O mesmo é dizer: não vejo por que negar a possibilidade de ser consagrado estatutariamente um ou vários *direitos especiais à ação “judicial” (por contraposição a “arbitral”) do sócio*, de tal modo que a resolução de um litígio pela via arbitral careça sempre do concreto consentimento dos sócios dele beneficiários. E não vejo também por que não estender esse direito especial à *totalidade dos sócios*, conforme a doutrina dominante vem aceitando entre nós. A possibilidade de ser consagrado um *direito especial à ação judicial do sócio*, aqui defendida, se é por um lado um instrumento que limita o acesso aos tribunais arbitrais e assim afasta aquele concreto grémio social das vantagens que esse acesso poderá encerrar, pode, por outro lado, ter consequências favoráveis para o modo como se encara a vinculação dos sócios a cláusulas compromissórias estatutárias. Por outras palavras: a existência de mecanismos que permitem ao sócio excluir-se da sujeição à jurisdição arbitral (i.e., a previsão estatutária do direito especial à ação judicial) ajuda a legitimar a introdução de cláusulas compromissórias nos estatutos por deliberação *maioritária* e *não unânime* — uma deliberação que assim ficará sujeita a idêntico grau de exigência consensual que a própria deliberação de introdução do direito especial à ação judicial (cfr. art. 24.º, n. 1, do CSC). Por fim: todo este difícil manuseamento da lei e dos institutos jussocietários seria evitado se houvesse um esclarecimento legal de que é possível uma alteração do ato constitutivo para introdução de cláusulas compromissórias estatutárias, a ser deliberada com voto favorável de uma determinada maioria (super)qualificada, e vinculando em consequência também os sócios ausentes ou discordantes” (Cf. DIAS, Rui Pereira. Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa). *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 37, abr. 2013, p. 457-465, p. 458-462). Para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, citado por RUI PEREIRA DIAS, há duas formas de compreender os direitos especiais, sendo a mais correta aquela que: “(...) embora abstractamente atribuídos a todos os sócios, cumprem o objetivo de defender cada um dos sócios, individualmente considerado, contra uma possível deliberação majoritária que possa ser tomada contra o seu voto. É este o sentido que melhor harmoniza com o n.º 5 do artigo 24, quando exige o consentimento do titular para a sua supressão ou coarctação. Os poderes especiais são, no fundo, áreas de contratualidade, ressalvadas do regime da regra da socialidade que permite que a vontade individual de um sócio seja postergada por uma maioria. Se o regime da deliberação por maioria simples traduz a pura socialidade e o da maioria qualificada um compromisso entre a socialidade e a contratualidade, os poderes especiais são ilhas de contratualidade no mar de socialidade que constitui a regra das deliberações sociais.” (Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 250).

disposição depende da manifestação de vontade de forma expressa ou tácita de seu titular, e não de terceiro – no caso a sociedade. Nesse sentido, sustenta-se, na linha de A. MIGNOLI¹⁵⁶⁰, V. BUONOCORE¹⁵⁶¹ e G. FERRI¹⁵⁶², que a maioria não tem legitimidade para dispor de tal direito; e se o fizer, a deliberação assemblear será tida como ineficaz perante os acionistas (inclusive preferencialistas sem direito a voto) dissidentes, ausentes ou abstinentes¹⁵⁶³.

¹⁵⁶⁰ MIGNOLI, Ariberto. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 189-193.

¹⁵⁶¹ BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960, p. 167-169

¹⁵⁶² GIUSEPPE FERRI, seguindo a classificação dos direitos individuais dos acionistas proposta por T. ASCARELLI e a linha argumentativa de A. MIGNOLI – de que não se trata de vício de formação da deliberação, mas sim de falta de legitimidade da sociedade para dispor de direitos de seus acionistas, assevera: “Particolare attenzione merita l’ipotesi in cui attraverso la deliberazione si disponga di diritti dei terzi o dei soci. In tali casi, però, più che di invalidità della deliberazione è da parlare di una sua inefficacia, mancando nella società il potere di disporre di diritti di altri, senza il loro consenso. Si comprende pertanto come la legge non si occupi di questa ipotesi. Tuttavia se la situazione è chiara nel caso in cui la deliberazione riguardi diritti di terzi o diritti del socio come terzo, dato che in questo caso nessun dubbio può sorgere sulla impossibilità da parte della società, e quindi dei suoi organi, di disporre di tali diritti, la situazione si complica quando da deliberazione riguardi i diritti che competono al socio in quanto tale, e cioè i cc.dd. diritti individuali del socio. (...) Si tratta di stabilire se il socio deve proporre una domanda giudiziale e se, nel caso affermativo, essa risulta soggetta alla disciplina generale o a quella prevista per l’ipotesi di illiceità dell’oggetto. Teoricamente la questione potrebbe prospettarsi sia come un vizio di formazione della deliberazione, in quanto la deliberazione non si sarebbe formata con il voto favorevole di tutti i soci, come sarebbe invece necessario data la natura della deliberazione; sia come illiceità dell’oggetto, in quanto la deliberazione invade la sfera giuridica di terzi o è addirittura contraria a norme imperative di legge (ad es. Se si soprimisse il diritto di taluni soci agli utili o al voto o di deliberasse l’emissione di azioni a voto plurimo). Sembra peraltro che sia necessario distinguere tra i diversi diritti che possono spettare al socio come tale. Vi sono *diritti del socio indisponibili sia da parte della società sia da parte del socio*, e rispetto a questi diritti, non può evidentemente farsi questioni di formazione della deliberazione; comunque questa si formi, anche con la partecipazione di tutti i soci, la deliberazione è nulla, in quanto impinge contro una norma imperativa di legge; non è dubbio pertanto che in questo caso la causa della invalidità risiede nella illiceità dell’oggetto. Vi sono *diritti indisponibili da parte della società, ma disponibili da parte del socio*. Di questi la società non può disporre con un suo atto, quale è appunto la deliberazione dell’assemblea; la situazione è pertanto quella che si verifica in ordini ai diritti dei terzi, con l’unica variante che, nel caso in cui i soci abbiano votato nell’assemblea a favore della deliberazione che importa disposizione dei loro diritto, il voto favorevole può significare consenso alla disposizione del diritto stesso. In questo caso, il socio assente o dissidente non ha bisogno di proporre una domanda giudiziale per eliminare le conseguenze che deriverebbero dalla deliberazione dell’assemblea, perchè questo atto gli è indifferente; è il caso, ad esempio, dei particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione degli utili, che l’atto costitutivo di società a responsabilità limitata può riconoscere a singoli soci: è la stessa legge, infatti, a precisare che, salva diversa disposizione statutaria, tali diritti possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci (art. 2467, 3° e 4 comma, cod. civ.) Vi sono infine diritti del socio che sono *disponibili da parte della società* e che possono pertanto essere sottratti con una sua deliberazione (l’ipotesi è espressamente prevista e regolata nell’art. 2376 cod. civ). In questo caso, la deliberazione può essere impugnata solo se assunta non in conformità della legge, dello statuto o dell’atto costitutivo, in quanto cioè sussistano vizi nel processo di formazione. (Cf. FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 13ª ed. A cura de Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino, Utet, 2011, p. 402-403)

¹⁵⁶³ Como referimos na nota de rodapé nº 1.025, uma parcela abalizada da doutrina defende que não se trata necessariamente de hipótese de ineficácia, mas sim de nulidade e/ou anulabilidade da deliberação, sendo que a definição da sanção jurídica aplicável ao caso depende do tipo de violação, do conteúdo da regra violada, do momento da sua ocorrência e abrangência, podendo ser, inclusive, a ineficácia. Sobre a violação de regras que regulam os direitos essenciais dos acionistas opina ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA: “Como se vê, por vezes mais de um fundamento pode ser encontrado para justificar o caráter cogente das normas em questão. Uma coisa é certa, porém: a doutrina é praticamente incontroversa no sentido de que os estatutos não podem, ainda que por deliberação unânime dos acionistas, estabelecer disciplina contraveniente às referidas disposições legais, salvo quando isso for permitido. O mesmo critério aplica-se, aliás, em relação às normas que dizem respeito aos interesses da generalidade dos acionistas ou da minoria, em função do ‘intento protetivo della legge che ha considerato l’azionista come meritorio di tutela’, no dizer de Ascarelli. Sobreleva entre as

A problemática exige, também, reflexão sobre a interação entre o interesse individual dos acionistas e a realização do interesse social. Nesse particular, concordamos com MODESTO CARVALHOSA e GIOVANI PELLIZZI, respectivamente:

Nessa diferenciação entre objetivo comum da pluralidade das partes e interesse individual de cada uma delas na realização desse mesmo objetivo é que reside a inclusão válida e eficaz da cláusula compromissória no contrato plurilateral constitutivo da sociedade anônima. Esse conflito tanto existe que a própria lei societária pressupõe sua existência ao disciplinar, em diversas normas, os diferentes interesses dos acionistas entre si (controladores e minoritários, ordinaristas e preferencialistas) e da própria sociedade em confronto com a multiplicidade de interesses do seu colégio acionário¹⁵⁶⁴.

primeiras, o art. 109, que tutela os direitos essenciais dos acionistas, os quais ‘nem o estatuto social nem a assembleia geral’ poderão arredar. Se, por exemplo, numa determinada assembleia for desrespeitado o direito de preferência (*rectius*, opção) do acionista (art. 109, IV), o ato será anulável, mas se, através de uma deliberação, ainda que unânime, forem reformados os estatutos para excluir tal direito, o ato será absolutamente nulo. Da mesma forma, o desrespeito, numa hipótese concreta, ao direito de o acionista minoritário, que detenha um décimo do capital social com direito a voto, requerer a adoção do processo do voto múltiplo (art. 141) implica anulabilidade do ato; a reforma estatutária que posterga tal direito será nula. Tratando, ainda, das relações dos acionistas para com a sociedade, resta dizer serem meramente anuláveis – caindo, pois, inteiramente ao abrigo do regime consagrado no art. 286 – as deliberações que violem os estatutos. Nesta hipótese não se acham em questão senão os interesses dos próprios acionistas, que podem livremente renunciar à aplicação das normas estatutárias, normas meramente internas da corporação, nos casos concretos, inexistindo, outrossim, interesses outros (de ‘futuros acionistas’, relativos a direitos irrenunciáveis e inderrogáveis, etc) que justifiquem a sanção de nulidade de tais atos. O campo da nulidade absoluta das deliberações, portanto, restringe-se à violação das leis e não dos estatutos.” (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 102-103). Na visão do autor, a sanção da ineficácia estaria restrita às deliberações que: “(...) que alteram, ou sejam suscetíveis de alterar, *direitos especiais* dos sócios, sem que estes consentam. A Lei n. 6.404 seguiu essa orientação, sujeitando expressamente a eficácia dos atos de reforma estatutária, que modifiquem referidos direitos, à prévia aprovação ou posterior ratificação, no prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei” (§ 1º do art. 136, c/c incisos I e II). A mesma sanção de *ineficácia* ocorrerá na hipótese de alterações estatutárias que digam respeito à diversidade de classes (parágrafo único do art. 16), ou das que estejam sujeitas à prévia aprovação dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais (parágrafo único do art. 18). Aqui é mister também fazer-se uma distinção: o que a lei considera ineficaz é o *estabelecimento de uma disciplina*, realizada propriamente através de reforma estatutária, que atinja os direitos especiais dos acionistas; se, porém, numa assembleia em concreto, forem desrespeitados esses direitos (por exemplo, o direito estatutário de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração, permitido pelo art. 18), a deliberação será, então, *anulável*, nos termos do art. 286. Outras hipóteses de *ineficácia* dizem respeito às deliberações de alteração do estatuto que possam atingir, direta ou reflexamente, os direitos dos credores titulares de partes beneficiárias, de debêntures conversíveis em ações, ou de debêntures simples, nos termos, respectivamente, dos arts. 51, 57, § 2º, 174, § 3º e 231 (ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º deste último dispositivo). Até o consentimento desses credores, reunidos em assembleia especial, na forma da lei, referidas disposições não produzirão efeito. São também *ineficazes* as deliberações que possam trazer prejuízos aos credores da sociedade, referentes: (a) à redução de capital com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas (art. 174 §§ 1a e 2a); (b) à transformação da sociedade (art. 222); (c) à cisão (art. 233, parágrafo único). Por fim, as deliberações de reforma estatutária são *ineficazes*, com relação a terceiros, enquanto não forem arquivadas e publicadas (art. 135, §1) (Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111-113). Sobre o tema ver também: LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 131-134).

¹⁵⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360.

Il problema fondamentale d'ogni situazione collettiva consiste nel sapere quale misura di sacrificio individuale essa per sua natura comporti: il problema che fu detto dei diritti individuali è il problema centrale di quella 'situazione collettiva' che si chiama società per azione. Se fosse vero quel che le deliberazione non contrastanti con la legge e con l'atto costitutivo 'vincolano' i soci non partecipi della deliberazione, si dovrebbe concludere che qualunque diritto disponibile potrebbe esser sottratto a uno o più soci per volontà della maggioranza. (...) Il parlare qui di diritto individuale – e in questo hanno ragione i critici della categoria – non sarebbe sufficiente. 'Individuale' è ciò che si contrappone a 'collettivo': 'eccedere dai propri poteri', per una maggioranza deliberante, significa, appunto varcare il confine tra il collettivo e l'individuale. Il problema non è che uno solo, e ritorna al suo punto iniziale: che cosa sia il 'collettivo', il 'comune', quindi il sacrificato e sacrificabile degli interessi dei singoli in una società per azione¹⁵⁶⁵.

A promulgação da Lei n. 9.307/96 relativizou a eficácia do princípio majoritário no que se refere às deliberações assembleares que tratarem da substituição da jurisdição estatal pela arbitral¹⁵⁶⁶. A eficácia do ato colegial da sociedade depende de manifestação favorável de todos os acionistas, por se tratar de direito fundamental e individual, cuja renúncia deve sempre existir, seja de forma tácita ou expressa¹⁵⁶⁷.

A solução que prega a necessidade de quórum de unanimidade para aprovação de cláusula compromissória superveniente não é de todo desarrazoada; não se trata de exigir unanimidade abusivamente ou de engessar o bom funcionamento da sociedade, mas sim de tratar com o rigor que merece a renúncia a direito fundamental aplicável no âmbito interno de uma sociedade anônima fechada.

A regra da unanimidade, nesse particular, seria excepcional e não atuaria como um fim em si mesma, mas sim como forma de eliminar a falta de legitimidade da maioria para dispor de direitos ou situações subjetivas dos acionistas exercitáveis em face da

¹⁵⁶⁵ PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, p. 183-184.

¹⁵⁶⁶ O argumento não se aplica à hipótese em que há deliberação assemblear majoritária alterando o foro de resolução de conflitos anteriormente previsto pelo estatuto social (transferindo-o de São Paulo para o Rio de Janeiro, por exemplo). Nesse caso, há mudança da competência territorial para decidir sobre o litígio (de uma comarca para outra – art. 111 do CPC) e não de jurisdição (judicial para a arbitral). Nada impede, no entanto, que essa alteração venha a ser caracterizada como abuso do poder de controle (art. 117 da Lei n. 6404/76), caso seja comprovado, pelo acionista interessado, efetivo prejuízo. Algumas hipóteses que poderiam enquadrar a mudança como manobra de abuso de controle pelo acionista controlador – pendente, obviamente, de prova, seriam: (i) o foro eleito não ter relação alguma com a sede, filial ou unidade produtivas da sociedade; (ii) ser um local distante e de difícil acesso, sem qualquer representatividade no ramo de negócios da sociedade (iii) os acionistas controladores terem algum tipo de privilégio ou influência sobre o Poder Judiciário da região.

¹⁵⁶⁷ Enfática, nesse sentido, é a opinião de CELSO CAMPILONGO, ainda o autor assuma a premissa de que haverá redução, supressão ou condicionamento de direitos essenciais, o que não ocorre no caso em questão: “Ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra –, para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana” (Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Linonad, 2000, p. 53).

sociedade¹⁵⁶⁸⁻¹⁵⁶⁹. A opinião não é disparatada. A título ilustrativo, vale consignar as observações de FÁBIO K. COMPARATO, ao examinar a licitude de previsão estatutária, em sociedade anônima fechada, que exige o voto favorável de todos os acionistas para aprovar determinada deliberação assemblear:

Mas – pergunta-se – no regime da nova de lei de sociedade por ações, é lícito estabelecer no estatuto a regra da unanimidade para certas e determinadas deliberações da assembleia geral ou do conselho de administração? Entendemos que sim, obviamente em se tratando de companhia fechada¹⁵⁷⁰.

(...) nas companhias fechadas, essa unanimidade deliberativa precisa ser entendida em termos pessoais e não acionários, justamente porque tais companhias não são autênticas sociedades de capitais. Dizer-se que o sistema legal proíbe a obrigatoriedade de votação unânime, porque não aceita o direito de veto, é desconsiderar que, tal seja a composição acionária, qualquer percentagem de maioria pode significar, de fato, a unanimidade. Imagine-se, por exemplo, uma companhia com duas únicas acionistas pessoas jurídicas, detentoras cada qual de 50% do capital votante (a “filial comum” da prática europeia). Aqui, a própria regra geral da maioria absoluta do art. 129 implica, *in concreto*, a votação unânime; e isto, não apenas para certas e determinadas deliberações, como se prevê no § 1.º desse mesmo artigo, mas para todas elas, sem exceção.

¹⁵⁶⁸ PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 160.

¹⁵⁶⁹ A posição do sócio em face da sociedade é realçada por ALESSANDRO NIGRO ao examinar a eficácia subjetiva da cláusula compromissória no direito italiano e concluir no sentido da necessidade de aprovação de todos os sócios: “In realtà, è vero che tutti i soci (vecchi o nuovi che siano) so trovano, al riguardo, in una idêntica posizione, essendo senza differenze tenuti al rispetto del patto compromissório. Ma non va dimenticato che tale patto copre non soltanto la sfera delle controversie fra soci, ma anche quella delle controversie fra soci e società. In nuovo socio, pertanto, quando aderisce alla clausola (la quale, è bene sottolineare, adempie a funzioni di ordine processuale che nulla hanno a che vedere con il carattere associativo del contratto costitutivo dell’ente sociale), si coloca, in sostanza, di fronte alla società (o, se si preferisce, di fronte a tutti gli altri soci), che tale clausole ha (hanno) predisposto: ed è dubbio, allora, che possa ancora parlarsi di ‘pari posizioni di forza’. (Cf. NIGRO, Alessandro. *Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società*. Rivista delle Società, ano XIII, fasc. 1, gen./feb., 1968, p. 175-192, p. 191).

¹⁵⁷⁰ E continua o comercialista: “Convém, antes de mais nada, assinalar uma circunstância ligada à elaboração da lei, e que nos parece bem significativa. O primeiro anteprojeto de lei, de autoria de Bulhões Pedreira e Lamy Filho, submetido para exame a um grupo de juristas em janeiro de 1975, apresentava a mesma regra do art. 129, § 1.º, do texto atual, mas com o acréscimo: “... desde que especifique as matérias e não exija unanimidade.”. Essa parte final desapareceu, já no anteprojeto entregue ao Ministro da Fazenda. Tal fato reforça a tese de que, pela simples análise do texto atual, não se pode dizer que esteja proibida a estipulação de unanimidade nas deliberações da assembleia. Todavia, muito mais que a simples análise isolada de um texto, é a própria consideração do sistema legal que parece confortar a interpretação da licitude de uma exigência de votação unânime, em certas e determinadas deliberações. Com efeito, tratando-se de companhias fechadas, em que prevalece o aspecto contratual da regulação societária, as regras de quórum, como assinalado, visam precipuamente à proteção da minoria. A exploração empresarial, aí, organizada sob a forma de sociedade anônima, atende sempre à manutenção de determinadas circunstâncias consideradas como fundamentos do negócio, como se diz na doutrina alemã (*Geschäftsgrundlagen*). Trata-se de circunstâncias que as partes aceitaram, efetivamente, como razão determinante ou sob forma de condição (Código Civil brasileiro, art. 90). Assim, por exemplo, o fato de a organização administrativa na companhia comportar sempre a representação de todos os grupos acionários que a compõem; o de que os aumentos de capital por subscrição sejam sempre aprovados por todos eles; o de que não haja alteração do objeto social sem essa autorização unânime”. (Cf. COMPARATO, Fabio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 123/125).

Da mesma forma, se se tratar de três grupos acionários, cada qual com um terço do capital votante, se o quórum deliberativo for fixado em 70%. Se o sistema legal não repele, pois, a hipótese fática da unanimidade, porque haveria de rejeitar a tese? (...) A exigência de unanimidade, embora perfeitamente legítima, não se pode converter em regra geral; ela só deve ser aplicada como exceção, mediante precisa definição de hipóteses.

Resumindo e concluindo, temos que o modelo legal da sociedade anônima tem sido usado, largamente, para regular as explorações empresariais do mais diverso tipo. A tendência mais saliente, no Direito atual, consiste em distinguir dois submodelos de companhia, conforme haja ou não recurso ao mercado de capitais. Tais submodelos podem, para efeitos práticos, ser denominados, sinteticamente, institucional e convencional. A derrogação estatutária das regras legais sobre quórum, em assembleias gerais e reuniões do conselho de administração de sociedades anônimas, é perfeitamente legítima em se tratando de companhias do tipo convencional. Essa derrogação pode, até mesmo, chegar à exigência de unanimidade em certas e determinadas deliberações¹⁵⁷¹.

Firmamos posição no sentido de que a opção de escolher a arbitragem representa um continente de contratualidade dentro do universo institucionalizado das sociedades anônimas, cujo objetivo é resguardar uma situação subjetiva fundamental dos acionistas, a qual está “(...) ressalvada do regime da regra da socialidade que permite que a vontade individual de um sócio seja postergada por uma maioria.” Logo, “(...) se o regime da deliberação por maioria simples traduz a pura socialidade e o da maioria qualificada um compromisso entre a socialidade e a contratualidade (...)”, o direito de escolher a arbitragem é uma ilha “(...) de contratualidade no mar de socialidade que constitui a regra das deliberações sociais¹⁵⁷²”.

Se fôssemos categorizar a situação em comento nas classificações dos direitos individuais dos acionistas anteriormente examinadas, diríamos que a situação subjetiva ativa do acionista de escolher a arbitragem em detrimento do Poder Judiciário é de natureza inderrogável por parte da sociedade, mas renunciável por meio do consentimento do respectivo titular.

Ainda que sujeita a críticas¹⁵⁷³, parece-nos que essa categoria denota uma dimensão real e concreta do referido direito, exigindo-se o consentimento – sem forma especial ou

¹⁵⁷¹ COMPARATO, Fabio Konder. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131, p. 125, 129 e 131. No mesmo sentido: PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228, 136-138.

¹⁵⁷² O raciocínio foi adaptado da conclusão do português PEDRO PAIS DE VASCONCELOS ao examinar a natureza jurídica dos direitos especiais dos acionistas no direito português: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 250.

¹⁵⁷³ Em sentido contrário, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA que não considera a escolha da arbitragem, como método de solução de controvérsias, como um direito individual: “Veja-se, primeiramente,

apartada – de todos os envolvidos sempre que se pretenda, na prática, alterar, limitar ou até mesmo afastar por completo o exercício de uma faculdade de natureza pessoal/individual e fundamental¹⁵⁷⁴.

De tudo o que foi dito, conclui-se que a redação do §3.º do art. 109 da Lei das S/As a partir da reforma da Lei n. 10.303/01 (que inseriu expressamente a utilização da arbitragem no âmbito societário, cujo descaso sistemático e imprecisão técnica é inversamente proporcional à relevância do tema) criou um novo regime de aplicação do princípio majoritário, no qual sua potência foi relativizada.

Nesse contexto, a regra da maioria, apesar de ser o mecanismo legal de apuração dos votos em assembleia geral de uma sociedade anônima, não tem força suficiente para estender os efeitos decorrentes da inclusão da cláusula compromissória aos acionistas dissidentes, ausentes ou que se abstiveram¹⁵⁷⁵.

que tal direito não se encontra entre os absolutamente essenciais, tratando-se de direito relativo, tanto quanto o de preferência para subscrição e o de retirada, cujo gozo pode ser afastado em certas circunstâncias expressamente previstas na lei. De resto, os mesmos argumentos acima desenvolvidos são aplicáveis aos acionistas ausentes das assembleias e aos que não têm direito de voto ou o têm de forma restrita.” (Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 340-341).

¹⁵⁷⁴ LUIS LORIA FLAKS sustenta a possibilidade de dividir o alcance subjetivo da cláusula compromissória prevista no estatuto social em dois grupos de acionistas, a partir da leitura da parte final do § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/76. Apesar de improvável, a hipótese é factível, desde que respeitada a autonomia privada de cada acionista pertencente às classes propostas (que podem ser mais de duas, inclusive), o que, no entanto, não parece corresponder à proposta do autor: “No que se refere ao alcance subjetivo da arbitragem prevista nos estatutos das companhias, deve-se examinar, também, a possibilidade ou não de se vincular partes em conflitos que não os previstos no art. 109, §3.º da Lei das S/As, a exemplo daqueles que envolvam apenas acionistas minoritários, apenas acionistas controladores, ou, ainda, os conflitos entre a companhia ou os acionistas, de um lado, e os administradores ou qualquer terceiro de outro. É certo que a Lei das S/A prevê, expressamente, apenas duas espécies de conflitos suscetíveis de serem dirimidos por arbitragem: (i) entre acionistas e a companhia; (ii) entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários. Trata-se, portanto, do chamado silêncio eloquente. Certo ou errado, não importa, entendeu o legislador que somente naquelas duas hipóteses poderia a vontade da maioria vincular os acionistas, pois apenas nesses casos, segundo o seu entendimento, haveria necessariamente um legítimo interesse social. No caso de quaisquer outros conflitos, para que sejam dirimidos por arbitragem, faz-se necessário que as partes envolvidas tenham concordado nesse sentido. Isto porque nessas outras hipóteses, conforme ainda o legislador, haveria apenas um interesse individual das partes e, portanto, não poderia a vontade da companhia vincular aqueles que assim não desejassem. Em tais hipóteses são aplicáveis as disposições da Lei de Arbitragem que exigem a expressa manifestação de vontade para que a parte se vincule à cláusula compromissória.” (Cf. FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p 112).

¹⁵⁷⁵ DIEGO CORAPI refere que a cláusula compromissória pode abranger tanto as relações internas entre sócio e sociedade, na qual é tida como verdadeira cláusula estatutária, como as relações dos sócios entre si, hipótese em que pode ser classificada como um pacto parasocial. Refere o autor que quando a inclusão da cláusula se dá sucessivamente à constituição da sociedade é necessária a aprovação unânime de todos os participantes. No entanto, o autor italiano faz uma ressalva quanto à dificuldade de individualizar quando a situação subjetiva do sócio diz respeito a sua relação interna com a sociedade e a sua relação com os demais sócios: “Difficile è, poi, l’individualizzazione in concreto del patto parasociale quando esso, non solo è destinato ad incidere sulla determinazione dell’attività sociale, e quindi persegue un risultato identitico a quello dell’ordinamento statutario, ma ha alla sua base un accordo che vincula tutti i soci. In tal caso è solo dalla struttura che assume la situazione soggettiva in capo al socio che si può decidere della qualificazione dell’accordo come patto

6.4. Estado das coisas: jurisdições concorrentes

A despeito da conclusão acima, sabemos que suas consequências jurídicas não são adequadas nem satisfatórias para o problema, na medida em que geram insegurança ao regime jurídico da arbitragem no direito das sociedades. A permanência e a convivência, dentro de uma mesma companhia, de alguns acionistas vinculados ao juízo arbitral e outros ao juízo estatal, viola regras societárias relevantes e pode causar graves prejuízos à sociedade¹⁵⁷⁶.

parasociale distinto dall'ordinamento statutario. Se, invero, si tratta di una situazione soggettiva che riguarda la posizione del socio come membro all'interno della società, si dovrà parlare di clausola statutaria. Se al contrario la situazione soggettiva è attribuita al socio direttamente nei confronti degli altri soci si potrà allora individuare nell'accordo che la pone un patto parasociale. Per un esempio di tale distinzione si pensi, anche qui, alle diverse configurazioni che può assumere una clausola di prelazioni nell'acquisto delle azioni della società" (Cf. CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 184/185; NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle Società*, ano XIII, fasc. 1, gen./feb., 1968, p. 175-192, p. 186 e ss.) No mesmo sentido caminha o autor português RUI PEREIRA DIAS ao sugerir a divisão no estatuto dos direitos de ação judicial do sócio em geral e especial: "Daí que aqui fique uma sugestão prática: a de, sempre que sejam alterados os estatutos para introdução de convenções de arbitragem 'gerais', proceder-se a uma análise detalhada dos estatutos no sentido de identificar a existência de direitos especiais (que nem sempre estão muito claramente identificados). Aí, poderá adaptar-se a convenção de arbitragem à existência dos mesmos, de modo a cobrir litígios sobre eles também, para que desta maneira se evitem dúvidas no futuro. Mas repito: ainda que com todos estes cuidados, a sua eficácia torna-se seriamente comprometida pela inexistência de voto favorável do sócio titular do direito especial cuja tutela jurisdicional é (no mínimo) modificada. Pois bem: este arrazoado, que vale para a tutela jurisdicional de direitos especiais 'materiais', por assim dizer, é válido também no plano dos direitos 'processuais', de ação judicial. O mesmo é dizer: não vejo por que negar a possibilidade de ser consagrado estatutariamente um ou vários direitos especiais à ação 'judicial' (por contraposição a 'arbitral') do sócio, de tal modo que a resolução de um litígio pela via arbitral careça sempre do concreto consentimento dos sócios dele beneficiários. E não vejo também por que não estender esse direito especial à totalidade dos sócios, conforme a doutrina dominante vem aceitando entre nós. A possibilidade de ser consagrado um direito especial à ação judicial do sócio, aqui defendida, se é por um lado um instrumento que limita o acesso aos tribunais arbitrais e assim afasta aquele concreto grémio social das vantagens que esse acesso poderá encerrar, pode, por outro lado, ter consequências favoráveis para o modo como se encara a vinculação dos sócios a cláusulas compromissórias estatutárias. Por outras palavras: a existência de mecanismos que permitem ao sócio excluir-se da sujeição à jurisdição arbitral (i.e., a previsão estatutária do direito especial à ação judicial) ajuda a legitimar a introdução de cláusulas compromissórias nos estatutos por deliberação maioritária e não unânime – uma deliberação que assim ficará sujeita a idêntico grau de exigência consensual que a própria deliberação de introdução do direito especial à ação judicial (cfr. art. 24, n.º 1, do CSC)" (Cf. DIAS, Rui Pereira. Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa). *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 37, abr. 2013, p. 457- 465, 462-463).

¹⁵⁷⁶ Apesar de o argumento que defendemos ser incompatível com algumas das observações de CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA LOBO é inegável que os pontos ventilados pelo autor evidenciam a gravidade dos problemas de manter duas jurisdições concorrentes: "1. Diante de um litígio entre acionista e a companhia, não bastaria examinar o estatuto social: seria necessário visitar a ata da assembleia geral que deliberou a inclusão da cláusula compromissória estatutária no estatuto, para verificar como votou o acionista, parte no litígio. 2. Havendo litisconsórcio, tendo o acionista votado favoravelmente e outro contra, como se resolverá o problema: prevalecerá o juízo estatal ou o arbitral? Ou não se admitirá o litisconsórcio, preferindo o risco de duas sentenças divergentes? 3. O § 1.º do art. 109 da Lei 6.404/1976 determina a igualdade de direitos entre os titulares de ações da mesma classe. Trata-se de princípio qualificado como direito essencial do acionista, que nem o estatuto nem a assembleia podem privar. Como então concluir que, dentre acionistas da mesma classe, uns podem ficar sujeitos à cláusula compromissória estatutária e outros não? 4. Para contornar o problema posto pelo § 1.º do art. 109 da Lei 6.404/1976, alguns entendem que a cláusula compromissória estatutária só

Cogite-se, por exemplo, de duas demandas com o mesmo pedido e causa de pedir intentadas por acionistas contra a companhia. Uma delas é ajuizada perante o Poder Judiciário, por um acionista dissidente na deliberação sobre a adoção da cláusula compromissória, e a outra proposta perante o juízo arbitral, por um acionista que consentiu com tal deliberação. Os processos tendem a tramitar paralelamente, com altíssimo risco de as decisões proferidas em cada juízo serem distintas e, por que não, contraditórias, determinando, ao fim e ao cabo, que acionistas da mesma sociedade sejam tratados de forma distinta¹⁵⁷⁷.

Sem qualquer pretensão de adentrar nas dificuldades processuais da matéria¹⁵⁷⁸, a constatação parece desprestigiar o princípio da igualdade de direitos entre acionistas da

poderá ser inserta no estatuto social por deliberação unânime. Mas o art. 129 da Lei 6.404/1976 dispõe que as decisões da assembleia geral serão tomadas por maioria, ressalvadas as exceções previstas em lei. É, portanto, inconcebível a exigência de unanimidade mediante construção interpretativa. 5. Há os que admitem a vinculação de todos os acionistas à cláusula compromissória estatutária quando tenha sido inserta no estatuto social aprovado na assembleia de constituição da companhia. Essa conclusão supõe a unanimidade em decorrência do disposto no § 2.º do art. 87 da Lei 6.404/1976, que impede a maioria naquela assembleia de alterar o projeto de estatuto. Todavia, não se pode desconhecer que, consoante o § 3.º do mesmo artigo, basta a maioria para deliberar a constituição da companhia. Nesse caso os subscritores que votaram contra a constituição da companhia viram a cláusula compromissória estatutária entrar em vigor contra sua vontade. Como considerá-los vinculados, sem incidir em contradição? 6. Concluir que a cláusula compromissória estatutária só obriga a companhia e não os acionistas, que têm a faculdade de seguir ou não a via arbitral, é interpretar o § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/1976, como contendo uma disposição legal inútil. Com efeito, a celebração de convenção de arbitragem pela companhia é ato de gestão, não dependendo de autorização do estatuto. 7. Maior contradição está no entendimento de que a cláusula compromissória estatutária não obriga os dissidentes e ausentes, mas vincula os acionistas que já a encontraram no estatuto quando ingressaram no quadro social. Também no ato de aquisição de ações, seja por subscrição, seja por aquisição derivada, não se manifesta a vontade expressa e inequívoca de vincular-se à cláusula, tal como exigem os defensores do entendimento. 8. O fundamento da vinculação à cláusula na sucessão na titularidade das ações conduziria a uma conclusão, se não risível, completamente inviável: seria necessário um estafante inquérito ao se iniciar cada litígio, percorrendo toda a cadeia de circulação do título para verificar se o titular das ações na ocasião da assembleia geral pertinente teria votado a favor da deliberação que incluiu no estatuto a Cláusula Compromissória Estatutária” (LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 55).

¹⁵⁷⁷ PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140, p. 140.

¹⁵⁷⁸ Um dos aspectos processuais que demandam atenção diz respeito à formação de litisconsórcio necessário unitário, necessário simples, facultativo unitário ou facultativo simples. Sobre o tema ver: FLAKS, Luis Loria, A arbitragem na reforma da Lei das S/As. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 131, São Paulo, v. 44, 2004, p. 91-121, p. 112-114; MUNHOZ, Eduardo S. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77-99, 92 e seg. A problemática foi ventilada, de forma mais incisiva, por GUILHERME RECENA COSTA: “Por ser o estatuto um único contrato (ainda que plurilateral), a cláusula deve ser necessariamente válida ou inválida para todos os acionistas. *Tertium non datur*. Evidentemente a vinculação parcial — ou melhor, a vinculação de apenas alguns acionistas — à cláusula compromissória não somente é ilógica, como também levaria a resultados completamente insatisfatórios. Basta lembrar que boa parte das demandas no direito societário repercutem sobre a sociedade como um todo, e sobre todos os seus acionistas. Assim, por exemplo, as demandas de anulação de atos colegiais (projeção no processo do exercício de direitos formativos/potestativos), que dão origem a situações de litisconsórcio unitário (CPC art. 47). Em tais casos, e em tantas outras hipóteses, não podem coexistir duas decisões conflitantes, sob pena de contradição prática entre julgados, com desperdício de atividade jurisdicional e insuportável incerteza jurídica. Daí a inviabilidade de se considerar a arbitragem

mesma classe (art. 109, §1º¹⁵⁷⁹), um dos pressupostos basilares de funcionamento da sociedade como ente coletivo¹⁵⁸⁰. Concordamos, nesse particular, com a opinião de PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, cuja linha mestra é a lição de ASCARELLI:

vinculante para alguns, mas não para todos os acionistas.” (Cf. COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 93).

¹⁵⁷⁹ EGBERTO TEIXEIRA LACERDA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO ressaltam que o princípio da igualdade está no topo da lista dos direitos dos acionistas: “Encimando toda a construção dos direitos dos acionistas, inscreve-se o princípio da igualdade a ser, entretanto, corretamente definido. A igualdade de direitos não se estende genericamente a todos os acionistas da sociedade. Não pressupõe que todos eles exerçam na mesma forma, e com a mesma amplitude, os direitos que a lei assegura. Ao contrário, a isonomia apura-se entre titulares de ações da mesma classe. Exemplificativamente, o direito de participar dos lucros sociais não se outorga indiscriminadamente à generalidade dos componentes do corpo acionário com a mesma extensão. O que importa é que, dentre as ações da mesma classe, a participação seja idêntica. É o que decorre do §1º do art. 109, *in verbis*: as ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares. Ou seja, a lei impõe igualdade de tratamento aos acionistas que desfrutem de igual posição jurídica) (Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 279-280).

¹⁵⁸⁰ Sobre o tema valiosas são as contribuições de LUIS FELIPE SPINELLI: “O princípio da igualdade de tratamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*), que é tão pouco trabalhado entre nós, é ‘princípio geral das associações privadas de pessoas’ e incide independentemente de qualquer previsão legal, muito embora, hoje, encontre positividade na Alemanha (no § 53a da *Aktiengesetz*) e na Espanha (*Ley de Sociedades de Capital*, art. 97). No Brasil, existe referência à igualdade de tratamento para os acionistas titulares de ações da mesma classe (art. 109, § 1.º, da Lei 6.404/76), enquanto que se infere o princípio, no Código Civil, por meio da interpretação sistemática de várias regras (arts. 1.004, 1.007, 1.008, 1010, § 2.º, 1.013, 1.023, 1.055, § 1.º, 1.072, *caput*, 1.081, § 1.º, 1.094, VI e VII). Sustenta-se que o princípio da igualdade de tratamento no âmbito societário tem sua origem no princípio constitucional da isonomia (Constituição Federal, art. 5.º, *caput*), pese embora com ele não se confunda. É importante salientar que a transposição direta da ideia de isonomia para as relações jurídicas privadas não é possível e exige adaptações, uma vez que na esfera privada vige o princípio da autonomia privada, o qual permite que os particulares criem posições que não sejam igualitárias, desde que respeitados certos limites, é claro. No âmbito das associações de pessoas, salvo consentimento, não teria lógica e não seria lícito, tendo em vista a comunhão de escopo, que alguém ingressasse em um ente coletivo (no nosso caso, uma sociedade) e fosse tratado de modo discriminatório, diferente dos demais. Assim, todos os sócios devem ser tratados de modo igual quando existentes as mesmas condições (circunstâncias fáticas). Proibida está a diferenciação injustificada (o tratamento arbitrário) entre os sócios, inclusive (mas não só) por parte das deliberações sociais. Mas é lógico que existem situações (previstas na lei, no estatuto/contrato ou decorrente das circunstâncias) objetivas (que criam uma medida proporcional de igualdade – *proportionaler Gleichheitsmaßstab* –, como a divisão dos lucros e o poder de voto, que são proporcionais à participação no capital social, ou mesmo a necessidade de deter participação mínima no capital social para o exercício de determinados direitos, como o previsto no art. 1.066, § 2.º, do Código Civil) ou subjetivas (bom exemplo é o do sócio controlador, sobre o qual incidem deveres mais fortes, como resta positivado nos arts. 116 e 117 da LSA), que permitem ou exigem o tratamento diferenciado entre os sujeitos. O tratamento igualitário dos sócios é, evidentemente, uma condição para o próprio funcionamento do ente coletivo. E mais: não pode tal princípio ser renunciado de modo geral pelo quotista, somente assim podendo fazer no caso específico (*in concreto*); nesse sentido, o desvio com a concordância do sócio é permitido, tendo em vista a necessidade de respeito à liberdade contratual (autonomia privada), podendo-se, então, criar (originalmente ou por alteração contratual, desde que com a concordância do membros afetados), direitos e obrigações diferentes entre os sócios (e desde que respeitadas as normas de ordem pública do tipo societário e que isso não conduza à arbitrariedade)” (SPINELLI, Luis Felipe. *A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 201-203). Entre nós, o tema foi aprofundado: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Na Itália merece referência: D’ATTORRE, Giacomo. *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 2007. Em Portugal: TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 328-357.

Ora, no contrato plurilateral os direitos e obrigações são assumidos por uma parte em relação a todas as demais, do que se depreende que são iguais os direitos e obrigações. No caso da sociedade anônima, a natureza de contrato plurilateral do estatuto impede que o direito de ação de todo acionista deva ser exercido, por uns, pela via judicial, e, por outros, por meio da arbitragem¹⁵⁸¹.

As consequências deletérias da manutenção de jurisdições concorrentes exigem o desenho de algumas medidas acautelatórias para fins de reduzir o impacto de impasses futuros com relação ao tema¹⁵⁸². Reitere-se que as sugestões não resolvem, nem eliminam o cerne legal do problema; apenas ajudam a estancar alguns de seus efeitos negativos:

(I) a sociedade pode comunicar, em até um mês antes da data marcada para a realização da assembleia, por anúncios publicados na forma prevista no art. 124 da Lei n. 6.404/76 ou por comunicação enviada a todos os acionistas, que se acham à disposição, na sua sede: (1) documentos, apresentações e informações relativas à arbitragem como método de resolução de conflitos; (2) três (por hipótese) opções de Câmaras Arbitrais idôneas¹⁵⁸³, seus respectivos regulamentos, corpo de árbitros, valor da hora trabalhada, custos administrativos para instalação e condução do procedimento arbitral, informação sobre a existência ou não de cláusula de sigilo e confidencialidade; (3) estudo comparativo evidenciando os potenciais benefícios e/ou ausência de prejuízos na migração para a arbitragem;

¹⁵⁸¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 268; LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária II (anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, ano 7, out./dez. 2010, p. 46-55, p. 54-55.

¹⁵⁸² Para GUILHERME RECENA COSTA, com base na experiência alemã e italiana, a cláusula compromissória estatutária deve garantir o direito do acionista (e de todos os interessados) de participar em condições de paridade na constituição do tribunal e de intervir de forma adequada no processo arbitral dada a incindibilidade da relação, deve vincular a todos. Segundo a conclusão do autor: “(...) é necessário que a convenção garanta a participação paritária no processo de todos os sujeitos afetados pela sentença arbitral (que decida situação incindível). Para fazê-lo, deve impor-se como condição de validade e eficácia da cláusula: (i) a previsão de que o tribunal arbitral seja constituído inteiramente por autoridade nomeadora estranha à sociedade (e seus acionistas); (ii) a possibilidade real e efetiva de intervenção voluntária de terceiros-acionistas no processo, o que pressupõe que se lhes dê ciência da propositura da demanda. Desatendidos os requisitos, cabe impugnação, perante o Poder Judiciário, da cláusula compromissória estatutária, que poderá ser conservada por meio de sua revisão à luz de normas imperativas ou, alternativamente, invalidada; a matéria pode ser levantada, ademais, na própria arbitragem e/ou em ação anulatória da sentença arbitral. (Cf. COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 101-119).

¹⁵⁸³ Por exemplo, que não estabeleçam (i) a sede da arbitragem em lugar remoto ou de difícil acesso, (ii) imponham como direito aplicável desconhecido ou diverso da legislação societária vigente, (iii) exijam o pagamento de custos administrativos e honorários elevadíssimos e proibitivos ao comparecimento das partes, (iv) contenham lista fechada de árbitros sem experiência em litígios empresariais.

(II) o edital de convocação para a assembleia geral extraordinária que deliberar sobre a inclusão de cláusula estatutária superveniente pode ser exclusivo (i.e., ordem do dia única) quanto a essa deliberação;

(III) o texto do edital pode conter o maior número possível de informações sobre o tema em deliberação, mencionando, por exemplo, que se trata de votação de matéria relativa a direito fundamental, cuja plena eficácia da deliberação depende de aprovação unânime de todos os acionistas, inclusive aqueles sem ou com restrições ao direito de voto;

(IV) no caso dos acionistas ausentes e/ou abstinentes, o edital de convocação pode estabelecer prazo (e.g. trinta dias), contado da publicação da ata de assembleia na imprensa oficial, para que tais indivíduos se manifestem sobre a concordância ou discordância quanto à matéria posta em votação, entendendo-se o silêncio como aceitação tácita da instância arbitral;

(V) quanto aos acionistas dissidentes, o edital de convocação pode conter alternativas de três ordens: (1) autorizar a retratação da sociedade, à semelhança da previsão do §3.º do art. 137 da Lei n. 6.404/76, facultando-se aos órgãos da administração convocar a assembleia geral para reconsiderar a deliberação, se entenderem que os riscos jurídico e econômico de manter duas jurisdições concorrentes são demasiadamente elevados; (2) outorgar prazo para que os acionistas controladores da sociedade realizem oferta privada de aquisição das ações dos acionistas dissidentes, com preço a ser negociado entre as partes, podendo o critério do reembolso previsto no art. 45 da Lei n. 6.404/76 ser um parâmetro inicial de negociação; (3) outorgar prazo para que os acionistas controladores da sociedade convençam os demais acionistas que a cláusula compromissória sugerida não ofende à ordem pública, nem foi fruto de manipulação ou abuso do poder de controle, por conseguinte, correspondente a uma forma mais eficiente e eficaz de resolução de conflitos societários¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸⁴ A alternativa foi ventilada no direito norte-americano: COFFEE JR., John. “No Exit?: Opting Out, the Contractual Theory of the Corporation, and the Special Case of Remedies”. In: 53 *Brook. L. Rev.* 919 (1988), 970 e ss.

(VI) a sugestão de cláusula compromissória não deve atentar contra direitos substanciais e processuais dos acionistas¹⁵⁸⁵.

6.5. Possíveis alternativas

Não há dúvida de que a manutenção de jurisdições concorrentes representa um fator de risco – jurídico e econômico – para o desenvolvimento da arbitragem em matéria societária. As sugestões apresentadas no item anterior espelham uma tentativa de trazer ao processo interno de aprovação da cláusula compromissória estatutária regras mínimas de transparência e plena divulgação de informações, sem, no entanto, resolver definitivamente o problema.

Em nosso sentir, há duas alternativas jurídicas que podem solucionar o imbróglio. A primeira delas consiste no recesso legal, e sua implementação depende da boa vontade do legislador e da política legislativa. A segunda é o recesso estatutário e seu fundamento está no exercício da autonomia privada no seio das sociedades anônimas fechadas. Vejamos os contornos de desafios inerentes a cada uma delas.

6.5.1. O recesso legal

Depreende-se da análise do art. 137 da Lei n. 6.404/76 que a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de uma sociedade anônima não está arrolada como hipótese ensejadora da retirada do acionista ausente, abstinente e dissidente da companhia, ainda que seja possível sustentar que a escolha da jurisdição arbitral, em detrimento da estatal, seria uma alteração essencial do negócio jurídico societário, sendo esse um dos critérios jurídicos que embasam a existência das hipóteses de recesso (como um verdadeiro contrapeso do princípio majoritário).

Uma parcela significativa da doutrina sustenta que a solução ideal para o problema em comento consistiria na ampliação das hipóteses legais de recesso com a inclusão da cláusula compromissória como uma de suas hipóteses legitimadoras¹⁵⁸⁶. Essa alternativa

¹⁵⁸⁵ COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 101-110.

¹⁵⁸⁶ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada. Vol. I*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 619; PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140; ROSSI, Lívia. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 186-205, p. 204; FREITAS, Rafael Guarilha O. As implicações do Projeto de Lei 406/2013 na arbitragem societária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 64, abr. 2014, p. 285-301, p. 301. Vale mencionar que MARCELO VILELA sustenta opinião no sentido de que a aprovação da cláusula compromissória não exige quórum qualificado, obrigando a todos os acionistas, ainda que dissidentes, ausentes ou que se abstiveram na votação. Nessa circunstância, o sistema atual já permitiria aos acionistas dissidentes

seria não apenas a mais eficiente – evitando os custos de administrar dois sistemas de resolução de litígios dentro da mesma companhia –, mas também a mais correta, já que manteria intacto o princípio da igualdade dos acionistas, sustentaria a plena eficácia do princípio majoritário e garantiria o direito do acionista de manifestar sua vontade quanto à escolha da forma de resolução de conflitos em face (*di fronte*) da sociedade e dos demais acionistas¹⁵⁸⁷.

Estamos de acordo com essa visão¹⁵⁸⁸. Os clamores doutrinários e dos operadores do Direito parecem ter surtido efeito a ponto de despertar o legislador da sua habitual letargia. No ano de 2012, o Senado Federal formou uma comissão de juristas, sob a coordenação do Min. Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, para fins de propor alterações à Lei n. 9.307/96, dando origem ao Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013¹⁵⁸⁹, de autoria do Sen. Renan Calheiros, que foi aprovado no trâmite legislativo da respectiva casa em 05/02/2014.

Dentre uma série de mudanças relevantes em matéria arbitral (nem todas bem recebidas pela doutrina arbitral¹⁵⁹⁰), o art. 3.º do referido Projeto Legislativo altera a Lei n.

o direito de recesso e o de pleitear a dissolução parcial da companhia, se eles entenderem que a deliberação prejudica seus interesses, referindo para tanto a previsão dos arts. 137 da LSA e 1.077 do Código Civil (Cf. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos 2004, p. 200-201). Aparentemente, o autor não vislumbra diferença entre o regime jurídico do recesso na Lei das S/As e no Código Civil, o que não nos parece correto.

¹⁵⁸⁷ A posição do sócio em face da sociedade é realçada por ALESSANDRO NIGRO ao examinar a eficácia subjetiva da cláusula compromissória no direito italiano e concluir no sentido da necessidade de aprovação de todos os sócios: “In realtà, è vero che tutti i soci (vecchi o nuovi che siano) so trovano, al riguardo, in una idêntica posizione, essendo senza differenze tenuti al rispetto del patto compromissório. Ma non va dimenticato che tale patto copre non soltanto la sfera delle controversie fra soci, ma anche quella delle controversie fra soci e società. In nuovo socio, pertanto, quando aderisce alla clausola (la quale, è bene sottolineare, adempie a funzioni di ordine processuale che nulla hanno a che vedere con il carattere associativo del contratto costitutivo dell’ente sociale), si coloca, in sostanza, di fronte alla società (o, se si preferisce, di fronte a tutti gli altri soci), che tale clausole ha (hanno) predisposto: ed è dubbio, allora, che possa ancora parlarsi di ‘pari posizioni di forza’”. (Cf. NIGRO, Alessandro. *Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società*. Rivista delle Società, ano XIII, fasc. 1, gen./feb., 1968, p. 175-192, p. 191).

¹⁵⁸⁸ Não se pode olvidar, no entanto, a observação de ASCARELLI no sentido de que tanto o direito de recesso quanto a possibilidade de venda das ações em mercado são tutelas parciais e paliativas, considerando a possível e frequente diferença de valor em sede de liquidação, recesso e venda (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 116).

¹⁵⁸⁹ Cuja ementa é: “Altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.”

¹⁵⁹⁰ Nesse sentido, ver artigos escritos para a imprensa por SELMA LEMES, uma das co-autoras da Lei 9.307/96, especialmente relacionados à utilização da arbitragem pela Administração Pública. Por exemplo: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>.

6.404/76, inserindo na Subseção “Direito de Retirada” da Seção III do Capítulo III, o art. 136-A. A redação da proposta legislativa é a seguinte:

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).

§ 1.º 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.

§ 2.º 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 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.

Em 11/02/2014, o Projeto de Lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados e recebeu o n. 7.108/2014¹⁵⁹¹. Em 15/07/2014, os membros da Comissão Especial constituída para apreciá-lo deliberaram favoravelmente à sua aprovação, tendo sido apresentada nova emenda ao texto, fato que, pelas normas regimentais internas do Congresso Nacional, exige o retorno da proposta ao Senado Federal. Em 12/11/2014, o texto foi recebido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, onde permanece até o momento, já com a nova redação resultante das alterações realizadas¹⁵⁹².

A leitura que se faz do trâmite legislativo do processo é positiva e sua aprovação deve ocorrer, sem percalços, nos próximos meses. No que concerne à arbitragem societária, o enfoque da reforma é bastante objetivo e busca resolver o problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária aos acionistas dissidentes¹⁵⁹³. Não resta dúvida que a comissão de juristas se inspirou na reforma italiana de 2003 (item 5.1 deste trabalho) e viu

¹⁵⁹¹ Cujas ementas são: “Altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

¹⁵⁹² <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>

¹⁵⁹³ Não se pode olvidar, no entanto, a observação de Ascarelli no sentido de que tanto o direito de recesso quanto a possibilidade de venda das ações em mercado são tutelas parciais e paliativas, considerando a possível e frequente diferença de valor em sede de liquidação, recesso e venda (ASCARELLI, Tullio. *Sui potere dell maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*. In: _____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 99-138, p. 116).

na extensão das hipóteses de recesso a solução ideal para resolver a controvérsia, eliminando, assim, os riscos jurídicos e econômicos inerentes ao tema, dentre os quais o de manter duas jurisdições concorrentes para a resolução de um potencial conflito societário¹⁵⁹⁴.

Em linhas gerais, a redação do texto merece aplausos pela clareza e pela simplicidade, tendo mantido para a inserção da convenção de arbitragem¹⁵⁹⁵ a mesma sistemática legal das demais hipóteses ensejadoras de recesso, com as seguintes peculiaridades – que nos parecem justificadas:

(I) nos termos do §1.º do art. 136.A, a convenção arbitral somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 dias, contados da publicação da ata da assembleia geral extraordinária que a aprovou. O intervalo de ineficácia da convenção de arbitragem coincide com o prazo para exercício do recesso pelo acionista, razão pela qual nos parece que se alguma controvérsia societária surgir neste interregno deverá ser submetida ao Poder Judiciário, inclusive se relacionada ao recesso em si, como veremos a seguir;

(II) o prazo de 30 dias para o exercício do recesso segue a regra geral constante no inc. IV do art. 137 e passa a contar da publicação da ata de assembleia geral que aprovou a inclusão da cláusula compromissória estatutária superveniente;

(III) o direito de recesso decorrente de convenção de arbitragem tem dois filtros legais, direta ou indiretamente relacionados à companhia aberta e ao acesso ao mercado de capitais; um deles é de cunho jurídico e estratégico para a companhia: (1) não há recesso quando a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social não representar um fim em si mesmo, mas apenas um meio para a realização de um objetivo maior – a admissão dos valores mobiliários de emissão da companhia 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 (e.g. Novo Mercado); o outro tem caráter econômico e

¹⁵⁹⁴ FREITAS, Rafael Guarilha O. As implicações do Projeto de Lei 406/2013 na arbitragem societária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 64, abr. 2014, p. 285-301, p. 301.

¹⁵⁹⁵ Como vimos no Item 4, do Capítulo I, da Parte III deste estudo termo “convenção de arbitragem” é gênero do qual resultam duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral. No caso em questão, o legislador faz uso do gênero (i.e. convenção de arbitragem) para se referir a uma das espécies (i.e. cláusula compromissória). No preciosismo da técnica, melhor seria se tivesse utilizado o termo correto para o caso (i.e. cláusula compromissória e não convenção de arbitragem), sem dar margem a dúvidas.

exclui o recesso (2) se as ações da companhia, cujo estatuto está sendo alterado, forem dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 137 da Lei n. 6.404/76¹⁵⁹⁶;

(IV) assim como o instituto do art. 137 da Lei n. 6.404/76, o recesso do art. 136-A contempla todas as espécies e classes de ações, inclusive as preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito.

A despeito da correção do tratamento legislativo dado ao tema, o legislador poderia ter regulado de forma mais específica dois aspectos fundamentais do recesso decorrente de convenção arbitral, evitando, assim, futuras discussões doutrinárias a respeito. O primeiro deles trata da sujeição ou não do acionista que exerce o recesso em razão de cláusula compromissória estatutária e pretende discutir com a companhia o valor, o prazo de pagamento ou a forma do reembolso de suas ações.

O §1.º do art. 136-A trata apenas indiretamente do tema ao mencionar que “a convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 dias, contados da publicação da ata da Assembleia Geral que a aprovou”, o que pode dar margem a interpretações distoantes (e gerar insegurança jurídica) acerca da hipótese. Sustentamos que o acionista dissidente não está vinculado à cláusula compromissória estatutária inserida nesse contexto, sendo o Poder Judiciário a jurisdição competente para discutir matérias relacionadas a essa questão¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁶ Art. 137, Inc. II – “nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver: a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação.”

¹⁵⁹⁷ Essa já era a opinião de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA antes da proposta de reforma: “Por fim, impende examinar os efeitos da cláusula compromissória sobre o processo em que o acionista, que com ela não concordou, faz instaurar para exercer seu direito de recesso. É claro que o acionista poderia, simplesmente, alienar suas ações dentro do prazo de trinta dias de que dispõe para exercer seu direito de recesso. Nem sempre, porém, isso será possível (bastando pensar na hipótese de não encontrar ele quem pretenda, dentro desse prazo, adquirir as ações postas à venda). Poderá ele, ainda, postular à sociedade o reembolso de seus haveres. Caso não ocorra a venda das ações nem obtenha ele êxito na sua negociação direta com a companhia, a solução será ir a juízo para demandar a apuração de seus haveres e a condenação da sociedade anônima a lhe pagar tais haveres, retirando-se ele, por consequência, da sociedade. Nesse caso, não me parece razoável considerar-se eficaz a cláusula compromissória. Seria desarrazoado impor a arbitragem a quem manifestamente com ela não concorda e, exatamente por causa dessa discordância, pretende exercer seu direito de retirar-se da sociedade. A lógica do Direito, como já se afirmou em sede doutrinária superior, é a lógica do razoável, e ninguém seria razoável ao afirmar que se reconhece ao acionista dissidente o direito de não aceitar a cláusula compromissória, mas, para manifestar seu direito de recesso, tenha ele de submeter-se aos efeitos de tal cláusula. Não tenho dúvida, pois, em afirmar que eventual processo entre acionista e sociedade, que diga respeito ao exercício do direito de recesso decorrente da não aceitação da cláusula compromissória, será um processo estatal, e não um

O segundo está na extensão do recesso às alterações posteriores na convenção arbitral (na redação da cláusula compromissória, tais como a mudança da Câmara Arbitral eleita, do número de árbitros, da lei aplicável, do idioma) e/ou sua supressão pela assembleia geral. Trata-se de uma relevante cautela legal, expressamente adotada pelo legislador italiano, que protege e garante eficácia à convenção arbitral. O *caput* do art. 136 refere-se apenas à “aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social”, de modo que uma interpretação literal do dispositivo pode excluir do seu campo de abrangência alterações posteriores da cláusula estatutária ou, até mesmo, a sua supressão.

Em nosso sentir, não faz sentido restringir a hipótese de recesso somente à aprovação da cláusula; é preciso estendê-la a qualquer alteração estatutária que trate do tema, incluindo, portanto, modificações (i.e. escolha de nova Câmara Arbitral) e, até mesmo, sua eliminação. Trata-se de uma interpretação que espelha e fortifica o princípio do *favor arbitrandum*¹⁵⁹⁸ e da política legislativa em prol da arbitragem, tema tão pouco debatido entre nós. Porém, caberá à doutrina majoritária e à jurisprudência temperar quais serão os contornos da referida previsão

Feitas essas considerações, parece-nos que o espírito da reforma legislativa pretendida pelo legislador brasileiro buscou inspiração na mudança implementada na Itália no ano de 2003, razão pela qual são pertinentes, também entre nós, as observações de FRANCISCO GENARO quanto aos fundamentos e às razões da mudança ocorrida no direito peninsular, inclusive no que se refere ao seu aspecto constitucional:

È piu evidente che la volontà del legislatore di inquadrare il nuovo arbitrato societario nelle logiche di disciplina del gruppo che caratterizzano i rapporti associativi ed i gruppi organizzati in genere, tra i quali proprio nelle società commerciali trova applicazione una normativa particolarmente vincolante in tal senso, dove il principio di maggioranza, addirittura irrinunciabile nelle società per azione a tutela della funzionalità della vita di gruppo, domina tutte le scelte inerenti la vita sociale, sacrificando ineluttabilmente le posizioni della minoranza, ma eventuali censure a tale scelta sembrano rimanere efficaci soltanto sul piano dell'opportunità, e non su quello del possibile scontro con i precetti costituzionali.

A dirimere la questioni di costituzionalità, infatti, è stato opportunamente previsto il diritto di recesso consentito ai soci assenti e dissenzietti, diritto che, seppure

processo arbitral” (Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 28, out.-dez. 2010, p. 30-40, p. 40). Em sentido contrário, MARCELO GONÇALVES VILELA sustenta, com base no princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (parágrafo único do art. 8.º da Lei 9.307/96, segundo o qual o próprio árbitro tem competência para decidir, de ofício, questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória), que a demanda deverá ser submetida ao juízo arbitral: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 205-206).

¹⁵⁹⁸ Sobre o tema, ver: LEW, Julian D. M; MISTELIS, Loukas A. KRÖL, Stefan M. *Comparative International commercial arbitration*. Hague: Wolters Kluwer, 2003, p. 150 e ss.

indubbiamente non sufficiente per compensare il sacrificio dell'uscita dalla società, soprattutto in termini economici, mette tuttavia al riparo tali soggetti della temuta obbligatorietà di giurisdizioni private tutelando il loro diritto di scelta del giudice al quale sottoporre le controversie che li coinvolgono. È questa, peraltro, la posizione adottata dalla giurisprudenza che già è stata chiamata ad esprimersi in tema di questione di legittimità costituzionale del sesto comma dell'articolo 34, escludendone la fondatezza sulla base della condivisibile affermazione che la legittimità costituzionale dell'arbitrato si fonda su una libera scelta delle parti, garantita dal diritto di non soggiare a regole non volute tramite l'esercizio del recesso, mentre rientra nella discrezionalità del legislatore la determinazione dei presupposti di tale scelta¹⁵⁹⁹.

Em síntese, conclui-se que a linha adotada pela reforma legislativa em curso reconhece que o interesse subjacente à aprovação ou não da inserção de cláusula compromissória estatutária diz respeito ao acionista individualmente e não à coletividade dos sócios. Como defendemos ao longo deste estudo, esse é o fundamento jurídico que justifica a tese de que o direito de optar pela esfera arbitral – em detrimento da jurisdição estatal – constitui uma situação subjetiva ativa do acionista – não passível de alteração pela maioria.

Em última análise, a relativização da potência da regra da maioria e a criação de hipótese adicional de recesso, cuja natureza jurídica, como vimos, é de direito formador (potestativo) e a função precípua é proteger interesse particular do acionista, reforça o argumento de que estamos diante de uma situação jurídica individual (e não social) que

¹⁵⁹⁹ GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009, p. 100-102.

merece tratamento adequado e específico, sendo o recesso legal a melhor solução para resolver o impasse¹⁶⁰⁰⁻¹⁶⁰¹.

6.5.2. O recesso estatutário

A lacuna legislativa não pode frear o ímpeto transformador do jurista. O papel do estudioso e operador do direito não se restringe à interpretação e à aplicação da legislação vigente; inclui, também, a proposição de novas fórmulas e/ou a criação de alternativas para

¹⁶⁰⁰ RAFAEL GUARILHA O. FREITAS, em recente artigo sobre o tema, parece ter chegado a conclusão semelhante: “A opção pelo direito de recesso como forma de eliminar a controvérsia existente acerca dos limites subjetivos da convenção de arbitragem aparenta ser a mais adequada. O fundamento do ora discutido direito essencial repousa na necessidade de conciliar o interesse social, consubstanciado na deliberação assemblear majoritária, com o interesse de acionistas individuais, que não querem permanecer vinculados a uma sociedade diferente daquela na qual ingressaram. A inserção *a posteriori* de cláusula compromissória no estatuto social provoca uma alteração relevante na organização da companhia e suprime direito adquirido presente no art. 5.º da CF, por decisão soberana da maioria do capital social. Se a parte não concorda com a renúncia de seu direito, o melhor remédio para conciliar o seu interesse com o interesse social é mesmo o direito de recesso, que se traduz numa medida mais eficaz e menos agressiva do que forçar o acionista a aderir compulsoriamente à convenção de arbitragem. O projeto de lei ora em discussão foi bem ao incluir a opção do direito de recesso para o acionista dissidente.” Ao final, conclui: “O poder da maioria, porém, não é absoluto. Os direitos essenciais dos acionistas (também conhecidos como direitos individuais), expressos no art. 109 da Lei 6.404/1976, funcionam como um contrapeso capaz de frear a força da maioria. As medidas de mitigação do poder majoritário, contudo, representam a exceção e não a regra e só devem ser observadas quando previstas em lei. A proteção dos minoritários é importante, mas é sempre bom guardar uma certa cautela com medidas protecionistas, de forma a se evitar um abuso de poder da minoria. Como visto, a solução encontrada pela PL 406/2013 teve como base o direito italiano, que permite o exercício do direito de retirada por parte dos acionistas dissidentes de deliberação que aprova a inserção de cláusula compromissória no estatuto social. O objetivo do projeto de lei em questão é criar mais um gatilho para o exercício do direito de recesso, que se consubstanciaria no art. 136-A da Lei 6.404/1976. Parece ser a melhor alternativa. A aprovação da inclusão do art. 136-A na Lei do Anonimato representaria um ponto de equilíbrio entre aqueles que defendem que os acionistas dissidentes não se vinculam à convenção arbitral e aqueles que entendem que a vinculação é compulsória e que o exercício do direito de recesso não se aplicaria. De um lado, se preserva o interesse social de submeter os conflitos societários à arbitragem; de outro lado, se garante a defesa dos interesses dos acionistas minoritários e a prerrogativa constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Cf. FREITAS, Rafael Guarilha O. As implicações do Projeto de Lei 406/2013 na arbitragem societária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 64, abr. 2014, p. 285-301, p. 301.

¹⁶⁰¹ Em sentido contrário, caminha a opinião de GUILHERME RECENA COSTA, para quem uma das possíveis soluções para a problemática é o recesso estatutário – a seguir examinado: “O direito de recesso não é, todavia, condição suficiente, nem sequer absolutamente necessária, para a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária. De um lado, é imprescindível que a convenção de arbitragem, tal como introduzida no estatuto, garanta os direitos individuais dos acionistas—materiais e processuais. Ausentes tais pressupostos, a simples previsão do direito de recesso é insuficiente para “sanar” a validade da deliberação e da cláusula estatutária. De outro lado, atendidos tais requisitos, é possível que inexistam, em concreto, analisadas todas as circunstâncias, motivo substantivo (i.e. injustiça efetiva no caso individual) que justifique a saída do dissidente. Em tais casos, a previsão legal do direito de retirada passaria a funcionar como uma “arma” passível de abusos nas mãos do acionista dissidente, um pretexto para que ele pretendesse receber o reembolso do valor de suas ações, causando, por vezes, prejuízo severo para a companhia. No lugar dessa solução formalista (consistente em acrescentar hipótese de retirada na lei), que tolhe do intérprete qualquer análise do caso particular, seria preferível simplesmente permitir com que a própria companhia criasse (estatutariamente, consoante a proposta doutrinária em exame) direito de recesso à luz da introdução da cláusula compromissória no estatuto.” (Cf. COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 114-115).

os casos em que a legislação não acompanha a necessidade do mercado, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo sistema jurídico.

A experiência demonstra que depender da morosidade legislativa não é uma opção eficiente em uma perspectiva de longo prazo. Embora a reforma em curso esteja avançada e tenha boa probabilidade de ser aprovada, é legítimo (e recomendado) enveredar por caminhos ainda não percorridos. Seguindo essa diretriz, o estudo dá novamente destaque a uma alternativa muito referida, mas pouco aprofundada pela doutrina¹⁶⁰², e que poderia representar solução para o problema: o direito de recesso estatutário nas sociedades anônimas fechadas¹⁶⁰³.

Nas companhias fechadas inexistente garantia de mercado secundário. A estrutura jurídica dessas sociedades não permite que o acionista liquide imediatamente suas participações societárias, havendo, também, na grande maioria das sociedades, regras restritivas à livre circulação das ações (art. 36 da Lei n. 6.404/76). Outrossim, a prática demonstra que encontrar um terceiro com desejo de investir certa quantia para ingressar em uma sociedade fechada (ainda mais contendo cláusula arbitral) é uma tarefa hercúlea¹⁶⁰⁴, sendo o direito de retirada um relevante fator de liquidez e de proteção do acionista minoritário.

Se, de um lado, a lei acionária (ainda) não elegeu a inclusão de cláusula compromissória com uma das hipóteses capazes de outorgar ao acionista o recesso; de outro, parece-nos que está dentro do espectro da autonomia privada dos acionistas de uma sociedade anônima fechada criar uma solução contratual para a questão. A despeito das possíveis críticas, entendemos que a solução proposta encontra guarida nos princípios que

¹⁶⁰² Fazem referência ao exercício de recesso em razão da aprovação, por maioria, de cláusula compromissória estatutária, sem aprofundar a viabilidade e/ou os fundamentos de tal alternativa: PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 126, abr.-jul. 2002, p. 129-140; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; ROSSI, Livia. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 186-205; CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 28, out.-dez., 2010, p. 30-40, p. 35.

¹⁶⁰³ No que se refere à inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de companhias abertas, parece-nos que a porta de saída para o mercado é minimamente satisfatória e independente da existência de direito de recesso estatutário. Isso porque o acionista descontente com a inserção de uma cláusula compromissória estatutária tem a possibilidade de vender no mercado sua participação acionária, salvo nos casos em que as ações não tiverem liquidez ou quando o preço oferecido é incompatível com o valor patrimonial das ações. Vislumbramos que o recesso estatutário também poderia ser discutido em companhias abertas, cujas ações não têm liquidez no mercado.

¹⁶⁰⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Notas sobre a sociedade perpétua. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n.º 157, jan./mar. 2011, p. 112-114, p. 113.

regem tanto o direito societário quanto a arbitragem, especialmente na existência de margem para atuação da autonomia privada na modelagem do estatuto social, cujas relações jurídicas têm natureza eminentemente patrimonial, de maneira que a extensão das hipóteses legais de recesso não macula o núcleo rígido que caracteriza esse subtipo societário¹⁶⁰⁵.

Resta saber se a alternativa – para resolver o problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária superveniente – é adequada tanto para a companhia quanto para os seus acionistas. Nesse particular, entendemos que não. Parece-nos que o recesso estatutário fundado na inclusão de cláusula compromissória representa um remédio deveras traumático e inadequado para solucionar esse problema em particular, especialmente porque institucionaliza a relativização do princípio majoritário para disciplinar deliberação assemblear que irá muito provavelmente ocorrer em uma única oportunidade ao longo da vida da sociedade¹⁶⁰⁶. Além disso, a previsão estatutária que autorizar o recesso assumirá contornos dispositivos, passíveis de alteração pela simples vontade dos acionistas, mesmo que respeitado o quórum previsto no estatuto (qualificado, por exemplo).

Nessas circunstâncias, entende-se que o recesso estatutário não terá força jurídica estável, capaz de garantir proteção permanente e gerar segurança e previsibilidade aos acionistas. Pelo contrário, além de representar perigo iminente de descapitalização contratual da companhia (ainda que seja criada reserva estatutária específica para o caso, nos termos do art. 194 da Lei das S/As¹⁶⁰⁷), com risco de frear a deliberação e prejudicar terceiros que com ela contratam, o remédio poderá ter curta duração e frustrar a expectativa de acionistas desavisados, correndo o risco de ser suprimido imediatamente, inclusive por decisão assemblear subsequente à que o aprovou.

Embora a alternativa do recesso estatutário seja uma proteção contratual individual do acionista, um dentre diversos elementos possíveis para averiguar a razoabilidade da cláusula compromissória estatutária superveniente, atuando como espécie de *standard* a

¹⁶⁰⁵ Ao tratar da aceitação da existência transitória das sociedades unipessoais como forma de viabilizar a dissolução parcial de sociedades por prazo indeterminado na vigência do Código Comercial de 1850, RACHEL SZTAJN já destacava a necessidade de adaptação dos tipos legais à realidade dos fatos, o que pode justificar a solução do recesso estatutário: “Considerando que a jurisprudência tem também a função de adaptar as leis às condições sociais existentes no momento de sua aplicação, podemos estar diante de mais uma criação ligada à tipicidade societária, com vantagens para o desenvolvimento da atividade econômica e melhor compreensão da fenomenologia associativa” (Cf. SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90).

¹⁶⁰⁶ Salvo se os acionistas de uma sociedade optarem por deslocar a esfera jurisdicional para a resolução de conflitos societários (da estatal para a arbitral e vice-versa) em mais de uma oportunidade, situação que, apesar de possível, nos parece improvável.

¹⁶⁰⁷ “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.”

pautar a busca por uma solução de conduta ótima pelas partes – sociedade e acionista – e não uma solução imposta pelo legislador ou regra automática (“tudo ou nada¹⁶⁰⁸”), parece-nos que a opção representa medida extrema e desajustada para solucionar o problema proposto, sendo a criação de nova hipótese de recesso, por lei, a melhor e mais segura alternativa para o equacionamento da questão.

¹⁶⁰⁸ COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015, p. 115 e 119-120. Em sentido semelhante, especialmente quanto ao fato do recesso legal, com a possibilidade de retratação da companhia, representar uma solução louvável de conciliação entre o exercício do direito individual do acionista e a conservação da empresa, em uma perspectiva realista e funcional: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito de retirada e poder de retratação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 44, ano XX, Outubro-Dezembro, 1981, p. 22-27, p. 23.

CONCLUSÃO

O estudo sustenta que uma análise multidisciplinar da arbitragem societária, mais especificamente da extensão subjetiva dos efeitos de cláusula compromissória superveniente inserida no estatuto social de sociedade anônima fechada com base na regra da maioria, permite a construção de uma solução jurídica mais adequada ao problema, que não viole frontalmente os princípios e as regras das esferas jurídicas envolvidas.

Ao longo do texto, sustentamos as seguintes premissas como pilares das conclusões apresentadas ao final:

Parte I: Contrato de sociedade e autonomia privada

(I) O contrato de sociedade é do tipo plurilateral associativo, estruturado e organizado segundo as disposições da lei, distinguindo-se dos demais contratos bilaterais em razão de uma série de características, dentre as quais está a pluralidade de partes, a busca de um escopo comum e a regra da maioria como técnica de formação da vontade social.

(II) Estrutura e organização são elementos indispensáveis para a formação e a caracterização da sociedade como tipo contratual, exercendo papel preponderante no cumprimento da sua função e na atuação das demais características que formam o núcleo do seu caráter plurilateral e associativo.

(III) O ato constitutivo e o estatuto social são figuras distintas, ainda que ambos tenham natureza jurídica contratual. O estatuto social se destaca do contrato ou do ato de constituição de uma sociedade não somente pela diferenciação quanto a sua gênese e formação, mas, principalmente, pelo seu escopo funcional, já que, além de contrato normativo, é também norma central interna da sociedade.

(IV) As relações societárias resultantes de um fenômeno associativo dividem-se em dois tipos: internas e externas. A primeira envolve os sócios entre si e com a sociedade, ao passo que a segunda conecta a sociedade com terceiros.

(V) O princípio da autonomia privada representa o poder outorgado ao indivíduo de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, nos limites postos pela lei. Dentre as restrições legais estão as normas cogentes, consideradas como tais aquelas que não são passíveis de alteração pela vontade das partes, geralmente por envolverem interesses superiores.

- (VI) Situações jurídicas são conjuntos de direitos ou de deveres atribuídos a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram, ou das atividades que desenvolvem, resultando em posições jurídicas ativas e passivas.
- (VII) Os direitos subjetivos são posições jurídicas ativas e denotam uma espécie de poder concreto e determinado que a ordem legal outorga ao indivíduo para agir e exigir de outrem, conforme os seus interesses, um determinado comportamento, respeitados os limites legais.
- (VIII) O exercício de um direito subjetivo depende da vontade do seu titular, isto é, de o sujeito ser livre ou não para exercê-lo. Uma das características inerentes a essa categoria jurídica é o poder de disposição do seu titular.
- (IX) A legitimidade é a qualidade do sujeito decorrente da posição jurídica que ocupa, sendo inerente ao titular de um direito subjetivo e pressuposto básico para a disposição eficaz de direitos típicos de tal situação jurídica.
- (X) A autonomia privada é um dos princípios formadores do direito das sociedades, de modo que as situações jurídicas atribuídas aos acionistas representam o modo de atuação dos particulares no âmbito do ordenamento societário.

Parte II: Sociedades anônimas fechadas

- (I) Os tipos societários são modelos contratuais estruturados pela lei que as partes elegem para a realização de um negócio. No âmbito societário, eles outorgam ao empreendedor opções normativas para modelar uma atividade, traçando a espinha dorsal do empreendimento e assegurando a organização e a alocação dos recursos no mercado.
- (II) O sistema brasileiro de sociedades é classificado como de tipicidade fechada, não admitindo a constituição de estruturas societárias distintas daquelas previstas na lei (art. 983 do CC/02).
- (III) A tipicidade contratual funciona como um fator de limitação da vontade das partes. Apesar de fechado, o sistema societário brasileiro admite nível razoável de flexibilidade na formatação de modelos.
- (IV) Os critérios doutrinários para classificar as sociedades em tipos giram, direta ou indiretamente, em torno de dois parâmetros: (1) o relacionamento interno entre os sócios, vinculado à estrutura de organização da sociedade, e (2) o relacionamento

externo com terceiros – referente aos regimes de responsabilidade limitada, ilimitada, subsidiária ou solidária dos sócios com relação ao passivo da sociedade.

(V) O espectro de atuação da autonomia privada dos acionistas é determinado pela natureza cogente ou dispositiva das regras societárias. A alteração das primeiras tende a gerar uma sociedade atípica, enquanto que a mudança das segundas tende a gerar uma sociedade típica com cláusula atípica.

(VI) O eixo central do contrato de sociedade – formado pelos elementos previstos no artigo 981 (e.g. contribuição para o exercício da atividade, exercício da atividade econômica e distribuição dos ganhos e das perdas) – é cogente e indispensável para a existência de uma sociedade. A ausência de qualquer desses elementos acarreta o desaparecimento da sociedade, como negócio jurídico típico, podendo dar margem à formação de outra espécie de contrato (mas não o de sociedade).

(VII) A sociedade anônima é um tipo societário de formação histórica, cuja estrutura jurídica originária era voltada para a captação da poupança popular e a destinação dos recursos para grandes empreendimentos (companhias abertas).

(VIII) Ao longo dos séculos, seu DNA foi alterado para permitir a atuação em um universo mais restrito, desvinculando-a da necessária emissão pública de valores mobiliários (companhias abertas) e direcionando-a para a organização de estruturas de negócios mais enxutas, geralmente idealizadas a partir de uma estrutura reduzida ou familiar (companhias fechadas).

(IX) Em ambos os subtipos (aberta e fechada), os traços tipológicos fundamentais das sociedades anônimas são: (1) o regime da responsabilidade limitada dos acionistas; (2) a circulação das participações societárias ou a transmissão da posição jurídica de sócio; (3) a rígida estrutura organizacional interna.

(X) A distinção legal (e formal) entre sociedades anônimas fechadas e abertas não considera a totalidade das suas diferenças tipológicas materiais. As diferenças entre os subtipos é, também, de ordem substancial, ou seja, de qualidade, razão pela qual deve-se retomar a lógica de se manter uma separação técnica, metodológica e sistemática das regras jurídicas aplicáveis às fechadas e às abertas.

(XI) No direito societário, a autonomia privada significa autonomia estatutária, isto é, a possibilidade de os acionistas individualizarem as normas organizativas de determinado negócio societário aos seus interesses, respeitados os limites legais.

(XII) Há boa margem para atuação da autonomia privada no ajuste dos estatutos sociais de sociedades anônimas fechadas (desde que tais variações não violem o núcleo rígido do tipo).

(XIII) A assembleia geral é um órgão central e vital da sociedade anônima, responsável por investir os demais órgãos, decidir sobre os negócios da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e ao seu desenvolvimento.

(XIV) As deliberações assembleares têm a natureza jurídica de ato colegial, com efeito vinculante perante todos os acionistas, mesmo os dissidentes, abstinentes e ausentes, seja em razão de uma necessidade funcional do ordenamento societário, seja para realizar o interesse social.

(XV) A regra da maioria não é um instituto jurídico propriamente dito, mas uma fórmula legal instrumental, que não encontra razão de ser em si mesma, mas sim no local e no contexto em que é aplicada.

(XVI) A regra constitui instrumento indispensável para o exercício do controle societário interno e elemento determinante para a lógica de funcionamento dos órgãos de deliberação colegiada das sociedades anônimas.

(XVII) O fundamento teórico subjacente à regra da maioria é a consecução do interesse comum dos sócios enquanto sócios, sendo o acionista controlador seu intérprete oficial. Nas situações em que a lei protege interesses individuais do acionista o princípio majoritário não é dotado de plena eficácia.

(XVIII) O equilíbrio no relacionamento entre a maioria (i.e., controlador) e a minoria (i.e., não controlador) constitui pedra de toque do funcionamento das sociedades. O balanceamento entre esses interesses deve ser a finalidade de toda e qualquer norma que busque regular a relação existente entre essas duas forças, cuja atuação ocorre de forma mais intensa nas sociedades anônimas.

(XIX) Os interesses dos acionistas são tutelados por normas jurídicas que podem impor, direta ou indiretamente, uma limitação ao poder de atuação do ente social, podendo outorgar aos acionistas determinadas prerrogativas para influenciar o rumo das relações societárias internas.

(XX) A regra societária básica é a de que o interesse social prevaleça sobre o interesse individual do acionista. Eventualmente o sócio poderá se encontrar em

posição frontal à sociedade, sendo, frente a esta, um sujeito jurídico próprio e independente, muitas vezes com interesses autônomos.

(XXI) A posição jurídica de sócio em uma sociedade é concebida como um *status socii*, isto é, uma sistemática comum de direitos, poderes, deveres e ônus, inserida em uma coletividade, regulada por um ordenamento jurídico próprio – societário – , que se funda em uma qualidade subjetiva, que é seu pressuposto.

(XXII) Os direitos individuais regulados pelo art. 109 da Lei n. 6.404/76 e as garantias a eles inerentes representam esfera legal particular dos acionistas, sobre a qual a sociedade não tem legitimidade para dispor.

(XXIII) O direito à qualidade de sócio é a única prerrogativa individual do acionista que pode ser juridicamente qualificada como direito subjetivo do acionista. As demais hipóteses legais não constituem direitos subjetivos na acepção técnica do termo, especialmente diante da ausência de pleno poder de disposição dos sócios.

(XXIV) É necessário distinguir as normas societárias cogentes dos direitos individuais do acionista, ainda que, em algumas oportunidades, um direito subjetivo possa vir a ser regulado por uma norma cogente por formar o núcleo rígido do contrato de sociedade e/ou do tipo societário em questão. Não se pode extrair um direito subjetivo de cada norma inderrogável do ordenamento societário,

(XXV) Deve-se visualizar as prerrogativas legais individuais dos acionistas menos como direitos subjetivos em sentido próprio ou estrito e mais como situações jurídicas subjetivas ativas, como pressupostos de uma série de posições, de natureza patrimonial e extrapatrimonial do sócio em face da sociedade.

(XXVI) Essas situações jurídicas subjetivas abstratas poderão se concretizar, tornando-se direitos subjetivos, desde que ocorrido certo fato gerador que coloque a sociedade em posição jurídica passiva em face dos acionistas.

(XXVII) O direito de recesso é um direito essencial do acionista previsto no art. 109, inc. V, da Lei n. 6.404/76 e oferece a eles a possibilidade de discordar de certas decisões assembleares majoritárias previstas em lei, e obter o reembolso do valor das suas ações diretamente da companhia.

(XXIX) As hipóteses de recesso tendem a ser classificadas como taxativas, não admitindo extensão estatutária. Contudo, sustenta-se que a ampliação convencional dos casos legais de recesso em sociedades anônimas fechadas é possível – por meio

da atuação do princípio da autonomia privada – e seu exercício não fere os núcleos rígidos desse tipo societário.

Parte III – Extensão dos efeitos de cláusula compromissória estatutária

(I) Os direitos fundamentais têm eficácia imediata nas relações privadas, independentemente de nova atuação estatal, seja pela via executiva ou legislativa.

(II) A aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito societário tem como parâmetro interpretativo os princípios constitucionais da atividade econômica estabelecidos pelo art. 170 da CF/88, com maior peso para o da propriedade privada e da livre concorrência.

(III) O direito de acesso à Justiça é um direito fundamental previsto no art. 5.º, inc. XXX, da CF/88.

(IV) A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de conflitos, alternativo (ou complementar) à via judiciária, sendo a autonomia privada um dos seus princípios fundantes.

(V) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARSEC 5.206-7, declarou que a livre estipulação contratual de cláusula arbitral representa uma forma válida de exclusão da apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito.

(VI) A partir da decisão da Corte Suprema, a arbitragem constitui uma forma legal de renúncia ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário, constante no art. 5.º, inc. XXXV, da CF/88.

(VII) A Lei n. 9.307/96, ao autorizar qualquer cidadão a escolher voluntariamente a arbitragem como método de resolução de conflitos, assegurou ao indivíduo o direito de renunciar à jurisdição estatal e, portanto, ao direito constitucional de acesso à justiça em uma esfera privada.

(VIII) O art. 4.º da Lei n. 9.307/96 determina que o consentimento da parte é requisito de validade do negócio jurídico (i.e., art. 104, I, do CC/02) que dá origem à cláusula compromissória, sendo ilícito submeter algum indivíduo à arbitragem à revelia da sua vontade.

(IX) A força imperativa do direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário somente pode ser relativizada pelas partes mediante manifestação (expressa ou tácita) em favor do deslocamento da jurisdição para a instância

arbitral. A declaração de vontade da parte representa fator nuclear da renúncia a qualquer direito, especialmente dos fundamentais.

(X) A cláusula compromissória, na condição de instrumento instaurador da arbitragem, é um negócio jurídico privado, sujeito à condição suspensiva, com efeitos processuais e organizativos, resultante da manifestação de vontade soberana das partes que conforma e sustenta o instituto como método de resolução de controvérsias relacionado a direitos patrimoniais disponíveis.

(XI) A natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional, embora se reconheçam as limitações dos poderes exercidos pelo árbitro, bem como o fato da sua função se originar de um ato entre privados.

(XII) O §3.º do art. 109 da Lei n. 6.404/76 determina que o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas entre si – seja qual for a sua qualificação (controladores ou não controladores, ordinaristas ou preferencialistas) – poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

(XIII) A cláusula compromissória estatutária pode constar tanto na assembleia geral de constituição da companhia quanto ser inserida em momento posterior, em sede de assembleia geral extraordinária, com a respectiva alteração do estatuto social.

(XIV) No primeiro caso, por se tratar do momento de constituição da sociedade, o ordenamento societário requer a adesão unânime dos subscritores do projeto de estatuto social, não podendo a maioria alterá-lo (nos termos do artigo 87, § 2.º, da Lei n. 6.404/76), ao passo que no segundo o procedimento para a alteração do estatuto e inclusão da cláusula compromissória é mais minucioso e complexo, dependendo da aprovação da maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco (art. 129 da Lei n. 6.404/76).

(XV) O sistema jurídico da Lei das S/As não determina que a inclusão de cláusula compromissória estatutária necessita da aprovação de acionistas que representem quórum qualificado, salvo se o estatuto social da companhia fechada prever quórum distinto.

(XVI) Partindo dessa lógica, seria possível submeter à arbitragem acionistas ausentes, dissentes e que se abstiveram na votação de cláusula compromissória estatutária superveniente, mesmo sem sua manifestação (tácita ou expressa) de vontade ou, no caso dos dissidentes, a despeito da sua expressa discordância.

(XVII) Há uma colisão frontal entre a regra de deliberação majoritária das sociedades anônimas e a escolha da forma de acesso à justiça. De um lado, o princípio societário da decisão por maioria (art. 129 da Lei n. 6.404/76) e, de outro, direito individual do acionista de manifestar sua vontade para fins de aprovar a cláusula arbitral, renunciando seu direito fundamental previsto no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal e se submeter aos seus efeitos.

(XVIII) Não nos parece adequado interpretar e examinar a previsão do §3.º do art. 109 da Lei das S/As tendo como únicas premissas legais e parâmetros hermenêuticos o art. 4.º da Lei n. 9.307/96 e o julgamento do STF na ARSEC n. 5.206-7, haja vista que tanto o legislador quanto os julgadores utilizaram como base os contratos bilaterais (e não os plurilaterais, como o de sociedade).

(XIX) Existem três principais contextos de conflito entre a regra da maioria e o princípio da autonomia privada: (1) o acionista que adquiriu ações da companhia cujo estatuto já continha cláusula compromissória; (2) o acionista que se ausentou ou se absteve de votar na deliberação que inseriu a cláusula; (3) o acionista que manifestou sua discordância quanto à inserção de cláusula compromissória.

(XX) A doutrina também se divide em três grupos: (1) a corrente majoritária que sustenta a possibilidade de a alteração estatutária que insere cláusula compromissória ser tomada pela maioria de votos em assembleia geral devidamente convocada e instalada e que seus efeitos vinculam os acionistas presentes, os ausentes e os que se abstiveram; (2) a corrente minoritária que não aceita a tese da renúncia tácita à jurisdição estatal e defende ser necessário o voto favorável do acionista quanto à inserção da cláusula compromissória no estatuto social, seja no momento da deliberação ou em termo apartado (na linha do art. 4.º, § 2.º da Lei n. 9.307/96); (3) a corrente disruptiva que defende a leitura integrada dos microssistemas arbitral e societário e, nesse contexto, sustenta que a inserção do § 3.º no art. 109 da Lei n. 6.404/76 relativizou a plena eficácia da regra da maioria no contexto societário no que concerne à hipótese de aprovação de cláusula compromissória estatutária superveniente.

(XXI) As recentes reformas em ordenamentos jurídicos europeus apontam que a solução para o imbróglio passa pela criação de hipótese legal de recesso que contemple a inserção de cláusula compromissória (italiana) e/ou a elevação do quórum assemblear necessário para aprovar a matéria (espanhola).

(XXII) O direito de optar pela esfera arbitral em detrimento da jurisdição estatal constitui uma situação subjetiva ativa do acionista, de caráter fundamental, cuja disposição depende da sua manifestação de vontade de forma expressa ou tácita. A maioria não tem poder de dispor sobre tal direito.

(XXIII) Há espaço e boa margem argumentativa para defender que o ordenamento societário tem calibrações internas suficientes para resolver o impasse, ainda que a solução possa não servir à finalidade que dela se espera.

(XXIV) . Em nosso sentir, há duas alternativas jurídicas que podem resolver o imbróglio. A primeira delas consiste no recesso legal, e sua implementação depende da boa vontade do legislador e da sua política legislativa. A segunda é o recesso estatutário, e seu fundamento está no exercício da autonomia privada no seio das sociedades anônimas fechadas.

(XXV) O recesso legal nos parece a melhor solução para resolver o problema da extensão dos efeitos da cláusula compromissória aos acionistas dissidentes. O Projeto de Lei do Senado de n. 406 de 2013, em fase final de tramitação no Congresso Nacional, inclui o art. 136-A na Lei n. 6.404/76, cuja redação exige a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social por quórum qualificado e garante o direito de recesso ao acionista dissidente.

(XXVI) O recesso estatutário é juridicamente possível, mas representa solução deveras traumática para solucionar o problema da eficácia da cláusula compromissória superveniente em sociedade anônima fechada.

(XXVII) A linha adotada pela reforma legislativa em curso reconhece que o interesse subjacente à inserção de cláusula compromissória estatutária é individual e não social. Esse é o fundamento jurídico que justifica a tese de que o direito de optar pela esfera arbitral – em detrimento da jurisdição estatal – constitui uma situação subjetiva ativa do acionista – não passível de alteração pela maioria.

(XXVIII) A relativização da potência da regra da maioria e a criação de hipótese adicional de recesso reforça o argumento de que estamos diante de uma situação jurídica individual (e não social) que merece tratamento adequado e específico.

Em largo espectro, e sem prejuízo de adições laterais, essas foram as principais ideias que sustentamos ao longo do texto. Retomando o tema do estudo, vale registrar que o elevado número de trabalhos acadêmicos escritos sobre o assunto nos últimos anos contribuiu para enuviar o grau de sua complexidade e dispersar o interesse pela correta

compreensão de alguns fundamentos e soluções apresentadas. Porém, ao contrário do que se poderia esperar, a quantidade de trabalhos não atentou contra a qualidade dos argumentos. O problema foi de outra ordem. A profusão de ideias contrapostas e a multidisciplinaridade do tema prejudicaram o método investigativo e a sistematização da abordagem, cujo mérito envolve, como vimos, o detalhamento de três relevantes microssistemas jurídicos: o constitucional, o arbitral e o societário.

Nesse contexto particular, o tema ainda carecia, em nosso sentir, de uma análise abrangente, sistemático e pormenorizado, que se dispusesse a expor e examinar, dogmaticamente, seus múltiplos (e muitas vezes confusos) aspectos e diretrizes, buscando delinear as principais consequências jurídicas daí decorrentes, sem se furtar de propor, discutir e fundamentar, quando oportuno e conveniente, alternativas (algumas possíveis, outras nem tanto) para resolver o imbróglio, dentre as quais concluímos ser a criação, por lei, de hipótese adicional de recesso, a mais abalizada.

O caminho da investigação, nos termos postos, se mostrou assaz instigante, ainda que deveras longo e intenso. O estudo foi constantemente confrontado pelos empecilhos e desafios de tentar esboçar uma abordagem provocativa. A aplicação do método da tentativa e do erro serviu para delimitar as fronteiras de cada microssistema, fato que acabou oxigenando a busca por novas perspectivas, na tentativa de compor ao invés de espaçar, evitando-se, assim, o radicalismo jurídico, binariamente taxativo (certo ou errado), e irreflexivo por natureza.

Ao fim e ao cabo, nutrimos a esperança de que o caráter multidisciplinar do estudo seja capaz de irradiar alguma luminosidade sobre o tema das sociedades anônimas fechadas, particularmente dos direitos individuais (ou melhor, situações jurídicas subjetivas ativas), da autonomia privada dos acionistas e da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária superveniente. Esse foi o nosso objetivo. Direto e rasteiro. Nada mais.

Como bem ressaltou TULLIO ASCARELLI, a obra do jurista se assemelha à atividade criativa e inventiva do engenheiro. Sobrepassa a distinção entre lícito e ilícito e deve avançar em direção ao processo de criação de máquinas jurídicas capazes de alcançar e constantemente aprimorar o estado da arte, contribuindo, assim, para a inovação legislativa, a melhoria da técnica jurídica, o aumento da eficiência produtiva e da distribuição de riqueza na sociedade. O jurista, como artesão que é, deve talhar seu arsenal de apetrechos, utensílios

e instrumentos legais para cooperar com tais finalidades¹⁶⁰⁹. Espero ter cumprido minimamente com essa atribuição.

¹⁶⁰⁹ A reflexão do jurista italiano está registrada em ensaio no qual examina a fenomenologia dos títulos de crédito e de investimento: “Questa fenomenologia ci torna a dimostrare quella che vorrei dire l’opera di ‘ingegnere’ del giurista, quale si svolge innanzi tutto nella creazione di strumenti giuridici. Il nostro problema di giuristi non è solo quello della distinzione tra lecito o illecito, ma anche quello della fantasia; quello della creazione di strumenti, vorrei dire di machine giuridiche, che possano conseguire determinate finalità, che fossi, che cioè contemperino esigenze diverse. I problemi sollevati da una economia industrializzata (o dal desiderio dell’industrializzazione), rivelano sotto questo aspetto la loro novità rispetto alla problematica tradizionale. L’opera del diritto commerciale si è svolta storicamente innanzi tutto nella creazione di nuovi strumenti giuridici, con la elaborazione delle società per azioni, dei titoli di credito, dell’assicurazione, istituti giuridici che sono stati gli strumenti dell’industrializzazione e che così hanno concorso a un effettivo aumento di ricchezza e senza i quali le stesse invenzioni tecniche non si sarebbero potute realizzare quali fattori di benessere. La normativa giuridica deve essere dinamicamente considerata come una strutturazione per una maggiore produzione e una migliore distribuzione della ricchezza, fenomeni non opposti, ma reciprocamente condizionati. E il compito di noi giuristi è di cooperare in questa opera, elaborando un arsenale di strumenti che possano servire a questo scopo” (Cf. ASCARELLI, Tullio. *Problemi giuridici*. T. II. Milano: Giuffrè, 1959, p. 702).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A

ABOIM, Luiz Claudio. Walpires v. Bovespa: percalços da arbitragem de disputas societárias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 8, ano II, out/nov/dez, 2005, p. 164-177.

ACERBI, Andrea Góes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181-231.

ACQUAS, Brunello, LECIS, Corrado. *Il recesso del socio nella SPA e nella S.R.L.* Milano: Giuffrè, 2010.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Abuso de minoria em direito societário* (abuso das posições subjetivas minoritárias). Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: _____. (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185-215.

ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Marco La Rosa. *Interpretação dos estatutos das sociedades por ações*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

ALMEIDA, Edson Oliveira de. Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado pelas partes. Validade. (Parecer). *Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 8, ano 3, jan/mar, 2006, p. 241-245.

ALTERINI, Atilio A. e LOPEZ CABANA, Roberto M. *La autonomia de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL, Paulo Osternak. Arbitragem societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas. *Revista Eletrônica do Instituto dos Advogados do Paraná*, Out/2013, p. 1-25.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdade e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANTUNES VARELLA, João de Matos. *Noções fundamentais de Direito Civil*. Coimbra: Imprensa, 1945.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Le Società in Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 1950.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. A arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a holding e as empresas subsidiárias (parecer). *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 5, n. 16, jan/mar, 2008, p. 205-210.

_____. Da alteração estatutária de companhia para inclusão de cláusula compromissória e a incompetência da Junta Comercial para analisar sua legalidade material. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 24, jan/mar, 2010, p. 28-41.

ASCARELLI, Tullio. A Atividade do Empresário. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico*, São Paulo, v. 42, n. 132, out./dez. 2003, p. 203-215.

_____. O Empresário. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico*, São Paulo, n. 109, jan./mar.1998, p. 183-189.

_____. *Corso de Diritto Commerciale*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. *Appunti di Diritto Commerciale, Società e Associazioni*. 3. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

_____. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947.

_____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

_____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

_____. *Contratto plurilaterale e negozio unilaterale*, Foro Lombardo, 1932.

_____. Contratto plurilaterale, comunione di interessi, *Rivista Trimestrale di Diritto Procedura Civile*, VII, 1953.

_____. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955.

_____. *Problemi giuridici*. T. I e II. Milano: Giuffrè, 1959.

_____. *Studi in tema di società*. Milano: Giuffrè, 1952.

_____. *Ensaio e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. Contratto plurilaterale e totalizzatore. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XLVII, n. 5/6, mag/giu, 1949, parte I, p. 169-173.

_____. Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXVIII, 1930, parte I, p. 735-743.

_____. Teorie giuridiche e fatti sperimentali in tema di società. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. LIII, 1955, parte I, p. 553-561.

_____. I contratti collettivi commerciali e il criterio distintivo dei vari contratti. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXI, 1933, parte I, p. 98-101.

_____. *Sociedades e asociaciones comerciales*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Mauricio L; Yadarola. Buenos Aires: Ediar, 1967.

_____. Sociedade por ações. Retirada do acionista dissidente. *Revista Forense*. Vol. XCVI, Ano XL. Fascículo 484, Rio de Janeiro, out. 1943, p. 19-22.

_____. Usos e abusos das sociedades anônimas. *Revista Forense*. Vol. 38, n. 460/462, Out/Dez, 1941, p. 5-33.

_____. *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, out./dez. 1996, p. 108-126.

AULETTA, Giuseppe Giacomo. *Il Contratto di Società Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937.

_____. L'ordinamento della società per azioni. *Rivista delle Società*, ano VI, fase 1, gen/feb, 1961, p.1-24.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Renúncia a deveres contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 209, p. 87-106.

B

BALLANTINE, Henry. *Ballantine on Corporations*. Chicago: Callaghan, 1946.

BARBI Filho, Celso. Execução específica de cláusula arbitral. *Revista dos Tribunais*, vol. 732, ano 85, out, 1996, p. 64-73.

_____. *Dissolução parcial de sociedade limitada*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n. 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: ano 36, n. 108, 1997, out-nov, p. 73-90.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo Arbitral: clausula compromissória, efeitos. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 192-209.

BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.) *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. Seminário sobre a reforma das sociedades por ações, promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 7, 1972, p. 119-121.

BARROS, Octávio Fragata Martins de. Os litígios sociais e a arbitragem. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (coords.). *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil*. v. 5. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEBCHUK, Lucian Ayre. Contractual Freedom in Corporate Law: Foreword; The Debate on Contractual freedom in Corporate Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1395-1414.

_____. Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: the Desirable Constraints on Charter Amendments. *Harvard law Review* Vol. 102. Jun. 1989, p. 1820-1866.

BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 14, ano IV, abr/jun, 2007, p. 77-98.

BERLE, Adolph A. GARDINER, Means. *The modern corporation and private property*. London: Transaction Publishers, 1991. Corporate powers as powers in trust. *Harvard Law Review*, v. 44, p. 1049-1079.

BERTINI, Alessandro. *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*. Milano: Giuffrè, 1951.

BERTOLDI, Marcelo. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BESSONE, Darci. *Do contrato – Teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Vol. I, II e III. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1950.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944.

_____. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Atual por Achilles Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1953.

BIARELLA, Laura. *Il recesso e l'esclusione del socio*. Milano: Fag, 2011.

BING, Plínio Paulo. *Direito Assemblear nas Sociedades Mercantis e Civis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

BOBBIO Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. Sul principio di Legittimità. In *Studi per una teoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 79-93.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BOTREL, Sérgio. *Direito Societário Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRACKER, Julie, SODERQUIST, Larry D. Arbitration in the Corporate Context. *Columbia Business Law Review* 3, 2003, p. 1-33.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e Prática de Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa fé. *Direito e Democracia*. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da ULBRA. v. 1., n. 1., set. 2000, p. 95-111.

BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII. Vol. 2: Os jogos das trocas*. Trad. de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de Las Sociedades*. Vol. II. Trad. Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960.

_____. *Lezioni sulle società commerciali*. Padova: Cedam, 1936.

BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Objetivo, 2010.

BUCCIOLI, Fabio. O Uso da Cláusula Arbitral nos Contratos Societários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 108, p. 117-124.

BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico da proteção às minorias*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo (org.) *Direito das Companhias. Vols. I e II*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *A Lei das S/As*, Vols. I e II (Pareceres). 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *A Lei das S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

BUONOCORE, Vincenzo. *Le situazioni soggettive dell'azionista*. Napoli: Morano, 1960.

C

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALIFANO, Gian Vito. *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Cedam, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9307/96*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Os Efeitos Processuais da Inclusão de Cláusula Compromissória nos Estatutos Sociais das Companhias *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 28, out-dez, 2010, p. 30-40.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Notas sobre o direito de recesso e a exigência de titularidade ininterrupta (art. 137, §1º). In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito empresarial e*

outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239-265.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2º ed. São Paulo: Max Linonad, 2000.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*. 8ª ed. A cura de Mario Campobasso. Torino: Utet, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro, 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANDIAN, Aurelio. Recesso del sócio, affetto da violenza morale. *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, Vol. I. Padova: Cdeam, 1962, p. 168-173.

_____. *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1942.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/As Comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAPITANT, Henry. *Droit Civil. Notions Générales*. Paris: A. Pedone, 1927.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPRASSE, Olivier. *Les sociétés et l'arbitrage*. Bruxelas: Bruylant, 2002.

_____. AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*. Bruxelles: Laercier, 2010.

CARLO, Antonio. *Il contratto plurilaterale associativo*. Napoli: Dott Eugenio Jovene, 1967.

CARBONE, Bruno. *Status e soggettività giuridica*. Giuffrè: Milano, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei 9307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Contrato de constituição de sociedade comercial. Responsabilidade de Administrador. Obrigatoriedade de arbitragem. Efeito negativo da cláusula compromissória. Jurisprudência comentada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, mai/ago., 2004, p. 287-292.

_____. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 58, abr-jun 1990, p. 33-40.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16ª ed. São Paulo: 2009.

- CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Rio de Janeiro: Âmbito cultural, 2006.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y language*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- I José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vols. VII e VIII, 7 ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- _____. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vols. III e IV, livro II, parte III, 6. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.
- CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros; EIZIRIK, Nelson. *A Nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. V. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§3º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord). Reforma da lei das sociedades anônimas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343.
- CASTRO, Rodrigo R. M. de. Abertura e Fechamento de Capital. In CASTRO, Rodrigo R. M. de; ARAGÃO, Leandro S. de (coord.). Sociedade Anônima. 30 anos da Lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 427-448.
- CASTRO E BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. T. X. Madrid: Instituto Nacional de Estudio Jurídico, 1967.
- CATAPANI, Márcio Ferro. Os contratos associativos. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 87-103.
- CAVALLI, Cássio M. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Entre autonomia e controle: numerus clausus e numerus apertus em direito privado*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993.
- CIPOLLA, Carlo M, *The Industrial Revolution*. London: Collins/Fontana Books, 1973.
- CLARK, Robert C. *Corporate law*. Boston: Little Brown and Company, 1986.
- CLUSELLAS, Eduardo L. Gregorini. *La proteccion de las minorías en las sociedades anónimas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959.

COASE, Ronald H.. The nature of the firm. In: _____. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 33-55.

CODORNIZ, Gabriela Bonini. Aquisição por companhia aberta de ações de sua própria emissão. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COHEN, Daniel. *Arbitrage et société*. Paris: L.G.D.J, 1993.

COMIRAN, Giovana Cunha, *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. A natureza jurídica da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quorum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 116-131.

_____. Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 131-149.

_____. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51.

_____. Resultado obtido na alienação de imóvel, com aproveitamento de isenção fiscal - exclusão da base de cálculo do dividendo obrigatório. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 132-145.

_____. Valor do Reembolso no Recesso Acionário; Interpretação do artigo 45 da Lei das Sociedades por Ações (Parecer). *Revista dos Tribunais*, v. 563, set, 1982, p. 48-57.

_____. Valor de reembolso das ações de acionistas dissidente. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 223-236.

_____. Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Médice de Florença. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 261-270.

_____. O direito de recesso ao acionista: cabimento, na hipótese de alteração das preferências ou vantagens das ações preferenciais. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 215-222.

_____. Direito individual de aproveitamento de incentivos fiscais para a integralização de ações subscritas em companhia com projeto aprovado pela sudene estatutos sociais e acordo de acionistas. In *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 50-67.

_____. Funções e disfunções do resgate acionário. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 120-130.

_____. O direito ao dividendo nas companhias fechadas. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 158-165

_____. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 22, n. 50, abr./jun., 1983, p. 57-74.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, ano 85, out. 1996, p. 38-46.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 25, n.63, jul./set. 1986, p. 71-79.

_____. Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos. In *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, p. 513-520, 1978.

_____. O direito ao lucro nos contratos sociais. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 150-158.

_____. Usufruto acionário e quase-usufruto. Limites aos direitos do usufrutuário. In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, p. 68-96, 1978.

_____. O novo direito de retirada do acionista nos casos de fusão e incorporação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 38, out./dez 1999. p. 11-16.

_____. A fixação do preço de emissão das ações no aumento de capital da sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 81, janeiro-Março/1991, p. 79-86.

_____. Validade e eficácia de acordos de acionistas. Execução específica e suas estipulações. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 52-73.

_____. A constituição de reserva a realizar e o dividendo obrigatório. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 146-164.

_____. Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 215-225.

_____. Fideicomisso acionário e direito de subscrição em aumentos de capital. In *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 170-203.

_____. Correção monetária do capital social e distribuição de ações bonificadas. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Saraiva: São Paulo: 1990, p. 131-142.

_____. O direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*. Ano 71. Vol. 558. São Paulo: Abril, 1982, p. 33-40.

_____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Philomeno J. da. *Operações da anônima com as ações do seu capital*. Tese para concurso à cátedra de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1965.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 03, n. 8, jan./mar. 2006, p. 119-141.

COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2015.

CORAPI, Diego. *Gli statuti delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. Notas sobre a Arbitragem Econômica nas Sociedades, *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-dez, 2004, p. 32-41.

_____. The contractual dimension of company law in Europe. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. CIX, 2011, p. 571-587.

_____. Regras obrigatórias e facultativas na lei de sociedades. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* n. 23, ano 7, jan./mar, 2004, p. 131-141.

CORTÉS, Josefa Brenes. *El derecho de separación del accionista*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 03, n. 8, jan./mar. 2006, p. 119-141.

COOTER, Robert, ULLEN, Thomas. *Law and Economics*. 5 ed. Boston: Pearson Education, 2008.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Curso de Direito Comercial Vol. II. Das sociedades 2ª ed.* Coimbra: Almedina, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

_____. Grupo de Sociedades. *Revista dos Tribunais* n. 647, 1989, p. 7-21.

_____. O juízo arbitral no Direito brasileiro. In FRADERA, Vera Maria Jacob (org.) *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 177-189.

_____. *Para uma história dos conceitos do direito civil e no direito processual civil*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas Sociedades Anônimas: hierarquia e conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*. Vols. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1972.

D

D'ATTORRE, Giacomo. *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*. Quaderni de giurisprudenza commerciali. Giuffrè, 2007.

D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942.

DE NOVA, Giorgio. Il tipo contrattuale. In *Tipicità e atipicità Nei contratti*. Quaderni di giurisprudenza commerciale. Milano: Giuffrè, n. 53, p. 29-39.

DE COURCY, Alfred. *Les Sociétés Anonymes*, Paris, Armand Anger, 1869.

DAVID, René. *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

DALMARTELLO, Arturo. *I rapporti giuridici interni nelle società commerciale*. Milano: Giuffrè, 1937.

_____. Società tipiche e clausole atipiche (il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società). *Rivista dei Dottori Commercialisti*. Vol. XI, n. 2, mar/apr, 1960, p. 216-230.

_____. *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*. Padova: CEDAM, 1939.

DE ALMEIDA, Marco la Rosa. *Interpretação dos estatutos sociais das sociedades por ações*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

DE LUCCA, Newton. O direito de recesso no direito brasileiro e na legislação comparada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 37, n. 114, abr./jun. 1999, p. 7-33.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome I*. Bruxelles: Émile Bruyant, 1962.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

DIAS, Rui Pereira. Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa). *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 37, abr. 2013, p. 457-465.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 12ª ed. Salvador: Podivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio per modifiche statutarie*. Milano: Giuffrè, 1940.

DREWS, Rafael Induzzi. Evolução histórica dos direitos individuais do acionista. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo II*. São Paulo: Quartier Latin, [no prelo], p. 93-133.

DRUCKER, Peter. *A revolução invisível*, Editora Pioneira, São Paulo, 1977.

DUARTE, Teófilo de Castro. *O abuso do direito e as deliberações sociais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1955.

DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoleon*. Paris: F. Alcan, 1920.

DUMAS, Romain. *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*. Paris: L'Harmattan, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

E

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. The corporate contract. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1416-1447.

EISENBERG, Melvin Aron. *The structure of the corporation*. Washington DC: Beard Books, 1976.

_____. COX, James D. *Corporation and other business organizations. Case and materials*. 10 ed. New York, Foundation press, 2011.

_____. The Structure of Corporation Law. 89 *Columbia Law Review*. 1989, p. 1461 – 1525.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/As comentada. Vols. I e II*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras, *Estudos de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17-28.

_____. O mito do “controle gerencial” – alguns dados empíricos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n° 66, abril–junho/1987, pp. 103-106.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos Árbitros*. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, Brasil, 2014.

ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 136-173.

ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2000.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martín. Trad. Blás Pérez Gonzales y José Alger. *Tratado de derecho civil*: Tomo II. Barcelona: Bosch, 1943.

ESPINA, Daniel. *La autonomia privada em las sociedades de capital: principios configuradores y teoria general*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

F

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, Antonio Bento de. *Codigo commercial Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jac. Ribeiro dos Santos editor, 1912.

FASTRICH, Lorenz. Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário. Trad. Nilson Lautenschleger Jr. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 140, out/dez, 2005, p. 52-85.

FAZZALARI, Elio. L'arbitrato nella riforma del diritto societario. *Rivista dell' Arbitrato*, n. 3, 2002, p. 443-460.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Portuguesa. 2 ed. Coimbra: Arménio Donato, 1963.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, vols. 3 e 4. São Paulo: Edição Saraiva, 1961.

_____. *Tratado de direito mercantil Brasileiro*. v. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

_____. *Tratado de sociedades mercantis*. V.2. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

_____. O estatuto das sociedades anônimas brasileiras. *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, Vol. I. Padova: Cedam, 1962, p. 249-261.

_____. ARAUJO, Celso Alves de. O direito insurrecional do acionista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. Nozione giuridica di autonomia privata. In *Studi in Onore di Francesco Messineo*. Vol. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 119-193.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 13ª ed. A cura de Carlo Angelici e Giovanni B. Ferri. Torino, Utet, 2011.

_____. Società di commercio, società interne, società atipiche: Variazione su vecchio tema, in *Studi in memoria di Scorza*. Roma: Foro Italiano, 1940.

_____. Clausola compromissoria, ordinaria amministrazione e società commerciali. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. LXIII, 1965, parte II, p. 121-125.

_____. *La tutela delle minoranze nelle società per azione*. Padova: Cedam, 1932.

_____. *Le società*. Tuim: Utet, 1971.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano: Giuffrè, 1976.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei n. 9.307/96 de 23.09.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILHO, Emir Callufo. Eleição do Juízo Arbitral. Ausência de Manifestação Expressa da Parte Requerida. Ofensa ao Princípio da Ordem Pública. Sentença Estrangeira Contestada nº 967. STJ. *Revista Brasileira de Arbitragem* n. 10, abr.-jun, 2006, p. 119-140.

FINKELSTEIN, Claudio, Arbitragem no Direito Societário. In PROENÇA, José Marcelo Martins, FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis (coords.) *Sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303-323.

_____. A questão da arbitralidade. *Revista Brasileira de Arbitragem* n. 13, jan-mar, 2007, p. 24-30.

FISCHEL, Daniel. The appraisal remedy in corporate law. *American Bar Foundation Research Journal*. Vol. 8. N.4 (1983), p. 875-902.

FISCHER, Rodolfo, *Las sociedades anónimas. Su regimen jurídico*. Tradución de W. Rocés. Madrid: Editorial Reús S.A., 1934.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLAKS, Luis Loria. A arbitragem na reforma da lei das S/As, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 131, jul./set. 2003, São Paulo, p. 100-121.

_____. Aspectos societários do resgate de ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 123, jul./set. 2001, São Paulo, p. 120-142.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico, parte general del derecho civil*, t. II. Trad. de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FONSECA, Priscila M. O. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, Tiago Soares. *O direito de exoneração do sócio no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2008.

FONTANA, Sagunto F. Perez. Las sociedades anónimas en la Republica Oriental del Uruguay. *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, Vol. I. Padova: Cdeam, 1962, p. 593-602.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A interpretação dos negócios jurídicos empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, Vol. 130, 2003, 1-38.

FRACAROLLI, Luiz Machado. O sistema normativo da companhia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 142, p. 25-55.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva: uma noção comum no Direito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 357-377.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A (e outros escritos sobre conflito de interesses)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/As*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A sociedade em comum*. Malheiros: São Paulo, 2013.

_____. Empresa, Empresário e Estabelecimento. A Nova Disciplina das Sociedades. In:

_____. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 511-530.

_____. Trad. de “*Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos” de Herbert Wiedemann*”, p 624 a 640. In _____. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Dever de lealdade do acionista controlador por ocasião da alienação do controle – dever de maximização do valor das ações dos acionistas não controladores – interpretação do estatuto de companhia aberta – possibilidade de cumulação de OPAS. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 158, abr/jun, 2011, p.251-266.

_____. Assembleia Geral de Credores na Lei Falimentar. In: _____. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 7-26.

_____. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: _____. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, 27-68.

_____. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Notas sobre a sociedade perpétua. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 157, p. 112-114, jan./mar. 2011.

_____. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei nº 12.441/2011): Anotações. In: Luís André N. de Moura Azevedo; Rodrigo R. Monteiro de Castro. (Org.). *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 3, p. 39-77.

FRANCO, Mariulza. Nova Cultura do Litígio: Necessária Mudança de Postura. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares – In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112-124.

FRANCO, Vera Helena de Mello. As sociedades de pessoas na atualidade. Uma visão comparativa crítica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 157, p. 93-114, jan./mar. 2011.

FREOA, Ricardo Peres. *Do contrato de participação em grupo de consórcio para aquisição de bens ou serviços*, USP, São Paulo, 2014.

G

GABRIELLI, Enrico, Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legitimi, Interessi Collettivi. *Rivista del Diritto e Procedura Civile*, out-dez, 1984. n. 4.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*. Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

GALANTER, Marc, *A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais*. In HESPANHA, Antonio Manoel Botelho. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

GALGANO, Francesco. *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, Cedam, 1960.

_____. *La forza del numero e La legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Editora Il Muldino, 2007.

_____. *Trattato di diritto civile e commerciale. Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Giuffrè 2002.

_____. *Lex Mercatoria*. 5 ed. Il Mulino: Bologna, 2010.

_____. *Tutto il rovescio del diritto*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Las instituciones de la economía capitalista*. Trad. Carmen Alborch Bataller y Manuel Broseta Pont. Barcelona: Ariel, 1990.

_____. *Diritto civile e commerciale*. 4. ed. Padova: Cedam, v. 3, t. 1, 2004.

_____. GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*. 3 ed. T. I. Padova: Cedam, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 143, 1999.

GANDARA Luis Fernandes de La. *Atipicidad en Derecho de sociedades*. Madrid: Pórtico, 1977.

GARCIA, Ricardo Oliveira. *Estudios de derecho societário*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. T. II. Temis: Bogotá, 1987.

_____. *Problemas Atuais das Sociedades Anônimas*. Trad. Noberto da Costa Caruso MacDonald. Porto Alegre: Antonio Fabris Junior, 1982.

GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Verona: Cedam, 2009.

GIORDANO, Domenico. *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2006.

GOLDBERG, Anna. Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni (1913). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XII, 1914, parte I, p. 517-580.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale Del Diritto Commerciale*. Milão: Torino, 1913.

GOLDSCHMIDT, Roberto. *Problemas jurídicos de la sociedad anonima*. Buenos Aires: Depalma, 1946.

GOMES, Fátima. *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Elegia do Código de Napoleão. In *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 106-123.

_____. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 10-26.

_____. Autonomia privada e negócio jurídico. In *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 65-70.

_____. Sentido das transformações. In *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 1-9.

_____. *Introdução ao direito civil*. 20 ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. Em tema de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais* n. 429, out. 1971, p. 1-16.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade Objetiva*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou sociedades por ações*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GORDON, Jeffrey N. The Mandatory Structure of Corporate Law. *Columbia Law Review* Vol. 89. N. 7. Nov. 1989, p. 1549 -1598.

GORGA, Érica. *Direito societário atual*. Elsevier: São Paulo, 2012.

GOWER, L.C.B. The English private company. 18 *Law & Contemporary Problems*. 1953, p. 535-545.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303-311.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREGORIO, Alfredo de. *De las sociedades y las asociaciones comerciales*. Tomo. VI. Vol. I. De las sociedades. Trad. Delia Viterbo de Fieder y Santiago Sentís Melendo. Notas de Derecho Argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediar, 1950.

GUERREIRO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

H

HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. *Sociedades anónimas*. 2 ed. Buenos Aires: Lexis Lexis, 1998.

HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration, multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of History for corporate law. *Georgetown Law Journal*, Washington, n. 89, p. 439-468, jan. 2001.

_____. et all. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. 2. ed. Oxford University Press, 2009.

HAURIOU, Maurice. *Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Editorial Reus, 1927.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa, Publicações Europa América, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Junior, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HIDEKI, Kanda, Levmore, Saul. The appraisal remedy and the goals of corporate law. 32 *UCLA Law Review*, February, 1985, p. 429-459.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457-478, 1896.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

I

IRTI, Natalino. *L'Eta Della Decodificazioni*, 4 ed. Milão: Giufre, 1999.

ISFER, Edson, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Direito de (des) associação e o princípio da manutenção da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, n. 151/152, jul-dez, 2009, p. 79-89.

J

JAEGER, Pier Giusto. *L'interesse Sociale*. Milano: Giuffrè, 1972.

_____. Interesse sociale rivisitato (quarant' anni dopo). *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1, 2000, p. 795-812.

_____. DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*, v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994.

JARROSSON, Charles. Reflexões sobre o imperium. *Revista brasileira de arbitragem* n. 27, Jul-Set 2010. São Paulo: Síntese, p. 204-231.

JHERING, Rudolf Von, *A Evolução do Direito*. Salvador: Progresso, 1953.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JUNIOR, Joel Dias de Figueira. *Manual da Arbitragem* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Cláusula compromissória, contrato de adesão e juízo arbitral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, p. 85-88, abr./jun, 1999.

JUNIOR, Mário Engler Pinto. Comentário. Sociedade Anônima. Direito de Recesso. RE 104.985-6 – RS – 2 T., j. 17.06.1986. Min. Carlos Madeira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 66, abril–junho/1987, pp. 77-88.

K

KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

KELSEN, Hans. Essenza e valore della democrazia. In *La democrazia*. Bologna: Mulino, 1984.

L

LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

LA LUMIA, Isidoro. La atipicità delle società commerciali. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXVI, 1938, parte I, p. 217-235.

LA SALA, Gian Paolo. *Principio capitalístico e voto non proporzionale nella società per azioni*. Torino: Giappichelli, 2011.

LAMANARES, Patrícia Paoiello. Arbitragem no direito societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatuto sociais. In *Revista brasileira de arbitragem*. N. 38, abr-jun, 2013, São Paulo: Síntese, p. 46-64.

LAMY FILHO, Alfredo. O Princípio Majoritário - Os Direitos Essenciais dos Acionistas - O Poder de Controle e a Proteção dos Minoritários. In: _____. *Temas de S.A.: exposições e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195-202.

_____. Sociedades associadas – Exercício de voto em Assembléias Gerais – Conflito de interesses – A prevalência do interesse social. In: _____. *Temas de S.A.: exposições e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 309-312.

_____. A empresa, os minoritários e o mercado de capitais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 9, ano 3, jul/set, 2000, p. 33-37.

_____. A reforma da lei de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 7, 1972, p. 123-158.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. T. 1. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdoy Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LATTES, Alessandro. *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*. Milano: Ulrico Hoepli, 1884.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

LE GOFF, Jacques. *Mercadores e banqueiros na Idade Média*. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Do direito do acionista ao dividendo*. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. Arbitrabilidade subjetiva. A competência da administração para a celebração de convenção arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3 p. 177-199, set/dez., 2004.

_____. Conflito de interesses. O interesse social e o interesse da empresa. Voto conflitante e vedação do exercício do direito de voto. Abuso do direito de voto e abuso do poder de

controle. In: _____. *Estudos e pareceres sobre Sociedades Anônimas*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1989.

_____. *Ensaio sobre arbitragens comerciais*. São Paulo, 1966.

_____. *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1989.

_____. *Direito comercial: textos e pretextos*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Pareceres Vols. I e II*. São Paulo: Singular, 2004.

_____. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, no 128, Rio de Janeiro, Malheiros, 2002, p. 7-14.

_____. NASCIMENTO, José Marcelo Braga, Recurso de Apelação. Grupo de Contratos. Cláusula Compromissória. Compromisso. Princípio da Autonomia da vontade. Direito Adquirido. Contrato de Adesão. Contrato de Distribuição. *Revista de Arbitragem e Mediação n. 1*, ano 1, jan-abr, 2004.

LEHUEDÉ, Eduardo Jequier. *El arbitraje em el derecho chileno de sociedades*. Chile: Thomson Reuters, 2013.

LEME, Ernesto. *Das ações preferenciais nas sociedades anonyms*. São Paulo: Saraiva, 1933.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado* (Associação dos Advogados de São Paulo – AASP), São Paulo, n. 51, out. 1997, p. 32-35.

_____. *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem*. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo49.pdf>>. Acesso em: 23/12/2011.

_____. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado*, Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LETSOU, Peter V. The role of appraisal in corporate law. In *39 Boston College Law Review*, 1998, p.1121-1172.

LEW, Julian D. M; MISTELIS, Loukas A. KRÖL, Stefan M. *Comparative International commercial arbitration*. Hague: Wolters Kluwer, 2003.

LIÉBANA, María José Carazo. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. 6 ed. Rio de Janeiro: 1874.

LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 22, ano 6, jul/set 2009, p. 11-32.

_____. A cláusula compromissória estatutária (II). Anotações adicionais. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 27, ano 7, out/dez, 2010, p. 46-55.

LOBO, Paulo Diniz Neto. *O contrato – Exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOBO, Jorge. Teoria do direito societário. In KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord.) *Temas essenciais de direito empresarial. Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 668-680.

LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Almedina, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona, Princípios contratuais, in FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

LUCENA, José Waldecy. Das Sociedades Anônimas. Comentários à Lei. Vols. I, II, III. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

M

MADINA, Fernando. *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quorum de constitución y mayorías*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

MAINE, Henry James Sumner. *Ancient Law*. London: Minton Keynes, 1861.

MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 4. ano 01, jan/mar, 2004, p. 82-103.

_____. e QUEIROZ, Samantha Longo, Comentários à Nova Lei sobre Arbitragem Societária Italiana – Dec. 5, de 17.01.2003. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3, ano 01, set-dez, 2004, p. 296-300.

MANNING, Bayless. The shareholder's appraisal remedy: an essay to Frank Cover. In 72 *Yale L. J.* (1962), 223-250.

MARINO, Daniela Ramos Marques. *O Status socii*, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes (org.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164-182.

MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amircorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 115-132.

MARSILI, María Celia. *Sociedades comerciais. El problema de la tipicidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARTINS, Pedro Antônio Baptista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensão impeditiva para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 617-632.

_____. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 126, abr.-jun, 2002, p. 58-74.

_____. Arbitrating corporate disputes in Latin America. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 20, p. 74-79, jan/mar., 2009.

_____. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. In FERRAZ, Rafaella, MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphlio de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 291-306.

MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In _____. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MARCONDES, Sylvio, Qualificação e classificação das sociedades. In *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 163-181.

_____. Da atividade negocial: empresários e sociedade. In *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, 129-162.

_____. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1977.

MATTEI, Ugo. La riforma del diritto societário italiano. Una nuova ricezione acústica. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Vol. CI, n. 9/10, set/otto, 2003, p. 615-624.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZEAUD, Henri y Leon et MAZEAUD, Jean. *Leçon de Droit Civil*. T. II. Paris: Montchrestien, 1956.

MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos e sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. In BASTOS, Celso Bastos Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed. 1999, p. 218-229.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como discurso de liberdade. *Revista de Direito Público*, ano 4, n. 13, jul-set, 2006, p. 121-133.

MENESES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Manual de Direito das Sociedades*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *SA: assembleia geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009.

MESSINEO, Francesco. “Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell’assemblea degli azionista”, in *Nuovi Studi di Diritto delle Società*. Milão: Giuffrè, 1966.

_____. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Europa-America. 1986.

_____. “La struttura della società e il c.c. contratto plurilaterale”, in *Studi di Diritto delle Società*. Milão: Giuffrè, 1958, p. 15-58.

_____. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1979.

MICCIO, Renato. *Il diritto di opzione nell’aumento di capitale delle società per azioni*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

MICKLETHWAIT, John, WOOLDRIDGE, Adrian. *A Companhia. Breve história de uma idéia revolucionária*. Trad. de S. Duarte. Rio de Janeiro: Ojetiva, 2003.

MIGNOLI, Ariberto. *La società per azioni*. T. I e II. Milano: Giuffrè, 2002.

_____. *Le assemblee special*. Milano: Giuffrè, 1960.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4 vol. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 73-88.

MORAES, Walter. *Sociedade civil estrita*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MORELLO, Aurelio. *Le società atipiche*. Milano: Giuffrè, 1983

MOARES, Luiz Rangel de. Contrato social. Cláusula compromissória. Validade e eficácia. Impossibilidade de arquivamento de alteração contratual assinada unicamente pelos sócios majoritários antes da resolução da controvérsia por arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 1, ano 1. jan./abril, 2004, p. 221-226.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Direito romano*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORITZ, Renata Brandão. As hipóteses de recesso na lei das sociedades anônimas. *Revista dos Tribunais*, v. 736, ano 86, Fev., 1997, p. 72-91.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. A aceitação da cláusula compromissória pelo silêncio, à luz da conduta negocial das partes: a cláusula geral do art. 111 do Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 153/154, jan/jul, 2010, p. 105-115.

MOSSA, Lorenzo, *Tratado del nuovo diritto commerciale*. Vol. IV. Padova: Cedam, 1951.

_____. *Historia del derecho mercantil em los siglos XIX Y XX*. Trad. Francisco Hernandez Borondo. Madrid: Revista de Direito Privado, 1948.

_____. Società interna e responsabilità esterna. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXVII, 1939, parte I, p. 29-42.

_____. Scienze e metodi del diritto commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXIX, parte I, 1941, p. 97-128.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1986.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

MOYSÉS, Maurício Boudakian. *Apontamentos sobre as normas gerais das sociedades no código civil*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 77-99.

MUNIZ, Joaquim Muniz, PRADO, Maria da Graça Almeida. Agreement in writing e requisitos formais da cláusula compromissória: nova realidade, velhos paradigmas. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 26, ano 7, jul/set, 2010, p. 59-75.

MUSSNICH, Francisco A. Maciel. Reflexões sobre o direito de recesso na lei das sociedades por ações. LOBO, Jorge (coord). *Reforma da lei das sociedades anônimas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 285-306.

N

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAVARRINI, Umberto; FAGGELLA, Gabriele. *Das Sociedades e das Associações Comerciais*. Vols.1, 2 e 3. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950.

NIGRO, Alessandro. Questioni vecchie e nuove in materia di clausola compromissoria negli statuti di società. *Rivista delle Società*, ano XIII, fasc. 1, gen/feb, 1968, p. 175-192.

NOBILI, Raffaele. *L'arbitrato delle associazioni commerciali*. Padova: Cedam, 1957.

NUNES PINTO, Jose Emilio. A cláusula compromissória à Luiz do Código Civil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 2, n. 4, jan/mar, 2005, p. 34-47.

NUSDEO, Fábio. Contribuição ao estudo dos conflitos principiológicos. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amircorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 809-818.

_____. Embargos infringentes na arbitragem? In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45-52.

O

ODETTO, Gianluca, ZANETTI, Enrico. *Il recesso del socio*. Kluwer, 2008.

OLIVEIRA, Ary Brandão de. *O direito de recesso na lei das sociedades por ações*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1983.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A evolução do direito privado e os princípios contratuais*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 328, p. 25-29, out./dez., 1994.

OLIVEIRA, Karine Cardozo. Fechamento do capital social: estudo de casos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 15, n. 55, Jan. 2012, p. p. 193-236.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Conceito de personalidade jurídica*. Tese (Concurso de Livre-Docência de Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962;

_____. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA FILHO, Cândido. *Curso de prática do processo*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira, 1938.

O'NEAL, F. Hodge. Resolving disputes in closely held corporations: intra-institutional arbitration. *67 Harvard Law Review*, 1953-1954, p. 786-822.

OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*. Trad. Eduardo Silva Romero, Fabrício Mantilla Espizona e José Joaquín Caicedo Demoulin. Lejus: Colombia, 2006.

OPPO, Giuseppe. *Negozi parassociali*. Milano: Vallardi, 1942.

P

PANTOJA, Teresa Cristina G, *Dificuldades (superáveis) para a adoção da arbitragem*. _____. *Prática em Arbitragem*. Brasília: Forense Universitária, 2008, p. 68-98.

PARAÍSO, Anna Luiza Prisco. *O direito de retirada na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

PAREDES, Paola Rodas. *La separación del socio em la Lei de sociedades de capital*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO. Viviane Muller; BURANELLI, Vinicius Correa. Pesquisa de jurisprudência sobre o direito Societário e Mercado de Capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: *Caderno Direito da Fundação Getúlio Vargas*. Vol. 2, nº 1, Janeiro de 2006.

PEDROL, Antonio. *La anonima actual y la sindicacion de acciones*. Madrid: Revista de derecho privado, 1969.

PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 126, abril-julho 2002, p. 129-140.

_____. *As Golden Shares no Direito Brasileiro*. Doutorado (Tese). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

PELLIZZI, Giovanni. Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare. *Rivista di Diritto Civile*, ano XIII, 1967, p. 113-228.

PENNACCA, Carlos Martín. *El derecho de recesso*. Buenos Aires: Astrea, 1978.

PENTEADO, Arthur Bardawill, PENTEADO, Mauro Bardawill. Apontamentos sobre a liberdade de contratar. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amircorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 771-787.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade). In RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.) *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 269-290.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. Ver. e atual. Maria Celina Bodin de Moares. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de direito civil*. v. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

_____. In: Andrade, Rogério (coord.) *Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003.

PINTO, Jose Emílio Nunes. A Arbitragem na Recuperação de Empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 7, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p. 79-100.

_____. Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa fé. A convenção arbitral como elemento da equação econômico financeira do contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 03, n. 10, jul./set. 2006, p. 235-242.

PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005.

PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico. 29. ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRADO. Viviane Muller; BURANELLI, Vinicius Correa. Pesquisa de jurisprudência sobre o direito Societário e Mercado de Capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: *Caderno Direito da Fundação Getúlio Vargas*. vol.2, n 1, jan. 2006.

PONT, Manuel Broseta. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXXVIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLIX. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo L. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado das ações*, t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. T. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1980.

PULEO, Salvatore. *I diritto potestativi (individuazione delle fattispecie)*. Milano: Giuffrè: 1959.

R

RAFFAELLI, Guido A., Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società (1919-1928). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XVIII, 1930, parte I, p. 242-273.

_____. Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società (1929-1932). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXI, 1933, parte I, p. 359-390.

_____. Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni (1933-36). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXV, 1937, parte I, p. 417-449.

_____. Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni (1949-1954). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. LIII, 1955, parte I, p. 562-590.

_____. Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni (1955-1960). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligações*, vol LIX, 1961, parte I, p. 271-316.

RANOUIL, Veronique. *L' autonomie de la volonté: naissance et évolution d' un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

RAO Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961.

_____. O direito e a vida dos direitos. 2º vol. São Paulo: Max Limonad, s/a.

RATHENAU, Walther. Do sistema acionário – uma análise negocial. Trad. e introdução de Nilson Lautenschleger Jr. Reprodução do texto clássico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 41, n. 128, p. 199-223, out./dez. 2002.

RAVERA, Enrico. *Il recesso*. Milano: Giuffrè, 2004.

REHME, Paul. *História universal del derecho mercantil*. Trad. de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Comentários a Lei das Sociedades Anônimas. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. A sociedade anônima como instituição. In *Aspectos modernos de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 55-61.

_____. A sociedade anônima na economia moderna. *Aspectos modernos de direito comercial*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, 85-100.

_____. Limitação na circulação de ações. *Aspectos modernos de direito comercial*. 2. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1986, 241-247.

REYES, Rafael Hugo. *Derechos individuales del socio*. Buenos Aires: Abaco, s/n.

RIBEIRO, Renato Ventura. *A exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Direito de voto nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. A lei das sociedades por ações e as companhias intuitus personae. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de, (coord.), *Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 191-220.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A importância da cláusula compromissória nos contratos empresariais como fortalecimento das relações negociais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 8, v. 28, jan-mar, 2011, p. 161-183.

RICHARD, Efraín Hugo. *Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anonimas*. Lerner: Buenos Aires, 1970.

RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

_____. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. de Francesa de Osório de Oliveira. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. *Tratado elemental de derecho comercial*. Vol. 2. Trad. Felipe de Solá Canizares. Buenos Aires: Tea, 1954.

RIVOLTA, Gian Carlo. *La partecipazione sociale*. Giuffrè. Milano, 1965.

ROCCO, Alfredo. *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*. Milano, A. Giuffrè, 1962.

RODRIGUEZ, Joaquin Rodriguez. *Tratado de sociedades mercantiles*. T. I e II. Mexico: Porrúa, 1948.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. Ed. Firenzi. 1945.

_____. Poteri. Potestà. In *Frammenti di un Dizionario Giuridico*. Giuffrè: Milano, 1947, p. 172-203.

ROMANO-PAVONI, Giuseppe. *Teoria delle società. Tipi. Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1952.

_____. La tipicità delle società e le società interne. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XLIX, parte I, p. 367-391.

_____. Le deliberazioni delle assemblee delle società. Milano: Giuffrè, 1951.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Modificação do capital social. In BULHÕES PEDREIRA, José Luiz e LAMY FILHO, Alfredo (Org.). *Direito das companhias*. v. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSSI, Livia. A arbitragem na lei das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 129, jan./mar. 2003, São Paulo, p. 186-205.

ROSSI, Massimo. Il diritto di recesso dalla società per azioni prima della riforma del diritto societario (art. 2427, Cod. Civ.). *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Vol. CII, n. 4/5/6, apr/mag/giu, 2004, p. 549-661.

ROVAI, Armando Luiz. Cláusula compromissória – registro na junta comercial. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 41, abr/2014, p. 79-83.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

RUFINI, Edoardo. *Il principio maggioritario. Profilo storico*. Milano: Adelphi, 2002.

S

SAAD DINIZ, Gustavo. A existência, validade e eficácia de negócios jurídicos estipulados por sociedade empresária, p. 4. Disponível em: <www.saaddiniz.com.br/existencia.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca, A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Em JOBIM, Eduardo e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74-84.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse Social: A Nova Concepção. In: _____. *O novo Direito Societário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 27-51.

_____. Conflito de interesses: a oportunidade perdida. In: _____. *O novo Direito Societário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 104-118.

_____. Conflito de interesses: Novas Esperanças. In: _____. *O novo Direito Societário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 119-125.

_____. Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência. In *Novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 238-253.

_____. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANGIOVANNI, Valerio. Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano. *Revista Brasileira de Arbitragem* n. 9, ano II, jan/mar, 2006, p. 181-206.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012.

_____. Negozio e giudizio. *Studi in Onore di Francesco Messineo*. Vol. I, Milano: Giuffrè, 1959, p. 505-520.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SCALZILLI, João Pedro. *Contribuições preliminares para uma análise da conduta de administradores e de controladores de S.A. em contexto de oferta hostil*. 2009. 275f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2009.

_____. SPINELLI, Luis Felipe. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMIDT, Dominique. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris: Joly, 2005.

SCHMITTHOFF, Clive M. The rule of the majority and the protection of the minority in English company law. *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, Vol. I. Padova: Cedam, 1962, p. 663-684.

SCIALOJA, Antonio. Sull' origine delle società commerciali. *Saggi di vario diritto*. Vol. I, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 225-248.

_____. Validà della rinuncia al diritto di recesso. *Saggi di vario diritto*. Vol. II, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 405-413.

_____. Sul rimborso delle quote ai soci recedenti. *Saggi di vario diritto*. Vol. II, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 433-436.

_____. Il recesso per l'aumento e la reintegrazione del capitale. *Saggi di vario diritto*. Vol. II, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 357-403.

_____. La lunga storia di una breve legge. *Saggi di vario diritto*. Vol. II, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 437-460.

SCORZA, Bernardino. *Gli statuti degli enti a tipo associativo*. Roma: Foro Italiano, 1934.

SEGAL, Pedro Machado. Da vinculação dos sócios à cláusula arbitral estatutária. *Revista de arbitragem e mediação*, n. 31, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 355-369, out./dez. 2011.

SEIXAS, Olga S. Should Brazilian Corporations adopt charter arbitration provisions. In In ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.) *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 61-93.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

_____. *Curso de direito civil*. Vol. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

SHELL, Richard. Arbitration and corporate governance. *North Carolina Law Review*, n. 67, p. 550, 1988-1989.

SIEGEL, Mary. Back to the future: appraisal rights in the twenty-first century. 32 *Harvard Journal on Legislation*, 1995, p. 82-141.

_____. The holes in majority voting. *2011 Columbia Business Law Review*, p. 364-400.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 5, ano 2, abr-jun, 2005, p. 52-94.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e causa. A teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013;

SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS, Fábio; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de; BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOMMA, Alessandro. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2000.

SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milano: Vallardi, 1914.

_____. *Tratato teorico-pratico delle società commerciali. Vol. I*. Torini: Utet, 1934.

SPADA, Paolo. *La tipicità delle società*. Padova: Cedam, 1974.

_____. Dalla nozione al tipo della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, 1985, Padova, p. 95-132.

SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*. Milano: Giuffrè, 1944.

SPINELLI, Luis Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 146, p. 165-188, 2009.

_____. *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *A exclusão de sócio por falta grave nas sociedades limitadas: fundamentos, pressupostos e consequências*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2014.

STEIN, Rachel. *Arbitrabilidade objetiva no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STEINER, Renato Carlos. Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 31, ano 8, out/dez, 2011, p. 131-151.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: Cedam, 1947.

STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SUSSINI, Miguel. Los dividendos de las sociedades anónimas. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

SZTAJN, Rachel, *Direito de Recesso*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1982;

_____. Direito de recesso nas sociedades comerciais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* nº 71, jul/set. 1988, p. 50-54.

_____. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Contrato de Sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A Incompletude do Contrato de Sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 99, p. 283-302, 2004.

_____. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. n. 155/156, ago/dez., 2010, p. 40-48.

_____. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. *Futuros e Swaps. Uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural paulista. 1999.

_____. Sociedades e Contratos Incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2006, p. 171-179.

_____. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado*, n. 21, v. 6, jan/mar, 2005, p. 223-234.

T

TANTINI, Giovanni. *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*. Padova: Cedam, 1973.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em Assembléias Gerais e reuniões sociais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 51, p. 29-32, jul./set. 1983.

_____. *Regime Jurídico do Capital Autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984

_____. Sociedade anônima: poder e dominação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, n. 53, jan./mar. 1984, p. 73-80.

_____. Sociologia do poder na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 29, n. 77, jan./mar. 1990, p. 50-56.

_____. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Direito de Retirada: Um limite ao Princípio Majoritário na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 151/152, dez. 2009, p. 13-21.

_____. Direito de retirada e poder de retratação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 44, ano XX, Outubro-Dezembro, 1981, p. 22-27.

_____. Sociedade anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (coord.). *O poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 20-28.

_____. Direito das minorias na sociedade anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico* n. 63, ano XXV, julho-setembro, 1986, p. 106-111.

TEPEDINO, Ricardo. Capítulo II – Assembleia Geral. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords). *Direito das Companhias*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda, Observações sobre estatuto atípico de sociedade anônima. . *Revista de Direito Mercantil. Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 71, jul-set, 1988, p. 101-104.

_____. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. Vol. I e II. São Paulo: José Bushatsky, 1979.

TIMM, Luciano Benetti. *Novo direito contratual brasileiro*. São Paulo: Forense, 2004.

_____. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: _____ (org.). *Direito e Economia*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-97.

_____. MOSER, Luis Gustavo Meira. Vícios e abusividade do compromisso arbitral? In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 07, n. 24, p. 217-236, jan./mar. 2010, p. 42-57.

THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo*. Trad. Alessandro Levi. 2ª ed. Padova: Cedam, 1951.

TIBÚRCIO, Carmen. BARROSO, Luis Roberto. Cláusula compromissória: Interpretação, efeitos e a questão intertemporal. FERRAZ, Rafaella, MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords).

Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphlio de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 101-123.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade não julgada. MedProv. 2221/2002 – Alteração à Lei 4591/64. Contratos de Incorporação imobiliária. Previsão Legal para a arbitragem obrigatória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, Maio-Agosto, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 294-301, p. 295.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, *A Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas*. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de, (coord.), *Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271.

TOMASETTI, Alcides Jr. A parte contratual. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amircorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 755-764.

TRIUNFANTE, Armando Manuel. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra: 2004.

_____. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Direitos de minoria qualificada. Abuso de direito*. Coimbra: Coimbra: 2004.

_____. *A tutela das minorias nas sociedades anônimas. Quórum de constituição e maiorias deliberativas*. Coimbra: Coimbra: 2005.

TUSA, Gabriela. *Negócio jurídico e manifestação da vontade*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1998.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

U

UBILLOS, Juan Mará Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-339.

V

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2006.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Arbitragem nas sociedades anônimas: aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do § 3º ao art. 109 da Lei 6.404/1976 pela Lei 10.303/2001. *Revista de direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 139, São Paulo, Malheiros, p. 164-176, jul./set. 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por Ações*. Vols. I, II e III. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

VAMPRE, Spencer. *Das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Poci-Weiss, 1914.

VELASCO, Angel Alonso. *La separación del accionista*. Madrid: ER, 1976.

VENDITTI, Antonio. *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*. Casa Editrice Dott. Eugene Jovene: Napoli, 1955.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Comercial*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Máira de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria. *Revista de arbitragem e mediação*, n. 33, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 377-385, abr./jun. 2012.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

VITERBO, Camillo. Il diritto di recesso verso la sua fine. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligationi*, vol. XXXI, 1933, parte I, p. 289-294.

VIVANTE, Cesare. *Derecho Mercantil. T. II*. Trad. Ricardo Espejo Hinojosa. Madrid: Reus, 1932.

_____. *Instituciones de derecho comercial*. Trad. Ruggero Mazzi. Reus: Madrid, 1928.

VON GIERKE, Otto. Sulla storia del principio di maggioranza (Über die Geschichte des Majoritätsprinzips). *Rivista delle Società*, ano VI, fase 6, nov/dic, 1961, p. 1.103-1120.

W

WALINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestein, 1945.

WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 20, jan/mar., 2009, p. 9-24.

_____. A arbitrabilidade dos conflitos societários: Considerações Preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, jan/mar., 2007, p. 22-28.

_____. A arbitragem e o direito societário (II) casos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 14, jul/set., 2007, p. 23-29.

_____. O direito societário e a arbitragem. In FERRAZ, Rafaella, MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords). *Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 41-54.

_____. A inexistência de direito de recesso. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3. n. 9, jul/set, 2000, p. 215-240.

_____. Direito de recesso. Modificações estatutárias não impugnadas tempestivamente que decorrem do término do prazo de concessão. Descabimento daquele. *Revista dos Tribunais*, Vol. 71, n. 564, out. 1982, 52-61.

_____. GALINDEZ, Valeria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória (jurisprudência comentada). *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n. 6, jul/set, 2005, p. 228-245.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos Sócios - A crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Pérolas aos Porcos. o Direito de Voto e a Tutela das Minorias, In: HUYVEN, Luiz Fernando Martins Huyven (Org.) *Temas Essenciais de Direito Empresarial: Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1063-1088.

_____. CUNHA, Fernando Antonio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 725-758.

_____; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Regime especial da sociedade anônima simplificada*. São Paulo: Saraiva, 2013.

WIEDEMANN, Herbert. Excerto do 'Direito Societário I – Fundamentos'. Trad. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 624-640.

_____. Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. De Otto Carlos Vieira Ritter Von Adamek. In ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.) *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 143-169.

Y

YAZBEK. Otavio. As Companhias Abertas – sua Caracterização, as Vantagens e as Desvantagens da Abertura de Capital. In FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA, José Marcelo Martins. *Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-131

Z

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução Judicial da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.