

**DANIEL OCHSENDORF PORTUGAL**

**INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E DO ESTATUTO SOCIAL NO  
DIREITO SOCIETÁRIO**

Tese de Doutorado

Professor Orientador

**Professor Titular Newton De Lucca**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2022

**DANIEL OCHSENDORF PORTUGAL**

**INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E DO ESTATUTO SOCIAL NO  
DIREITO SOCIETÁRIO**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob a orientação do Professor Titular Newton De Lucca.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2022

**BANCA EXAMINADORA**

Avaliação em \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

Professor Titular Newton De Lucca

---

---

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Esta tese de doutorado ainda não foi defendida; aproveito, todavia, o ensejo para agradecer a algumas pessoas. Assim como na minha dissertação de mestrado, mencionarei apenas alguns nomes embora muitas pessoas diferentes tenham me ajudado com a minha tese.

Agradeço ao meu irmão, Pedro, à minha mãe, Míriam, e ao meu pai, Marcelo, pelo amor e carinho.

Agradeço aos Professores R. M. M. M. Dezem e P. F. C. S. de Toledo pelas contribuições a este trabalho durante a Banca de Qualificação.

Agradeço, por fim, ao Prof. N. De Lucca pela orientação no doutorado. Pretendo dar continuidade à acertada preocupação que o Professor Newton tem com a ética no direito. Fiz algumas observações sobre ética nesta monografia, mas não quis aprofundar a análise deste tema aqui, porque isto terminaria por fugir ao escopo da tese.

## RESUMO

Daniel Ochsendorf Portugal. Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social no Direito Societário. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2022.

Não se deve dizer que o controlador ou que a maioria seria o intérprete do interesse social. Qualquer um, em princípio, pode interpretar o contrato social ou o estatuto social – se o intérprete está certo ou não, isto é outra questão –, e os controladores também podem vir a violar o contrato de sociedade. O contratualismo pode ser associado a algo que dá importância para o contrato social ou para o estatuto social enquanto o institucionalismo pode ser associado a algo que não dá relevância para o contrato social ou para o estatuto social e que, supostamente, se preocupa apenas com o interesse público. Parte do problema do institucionalismo é que o negócio de sociedade termina por ser de algum modo enaltecido exageradamente. As sociedades, certamente, têm um impacto muito forte nas vidas das pessoas em geral, porém os aspectos negociais das sociedades não devem ser deixados de lado – eles são a origem das sociedades.

**Palavras-chave:** Interpretação – Estado de Direito – Direito das sociedades – Fim social e interesse social – Contrato social e estatuto social.

## ABSTRACT

Daniel Ochsendorf Portugal. Interpretation of the Articles of Incorporation and of the Corporation's Bylaws in Corporate Law. Doctoral thesis. University of São Paulo Law School. 2022.

It should not be said that the controlling shareholder or officer or the majority of the shareholders is the interpreter of the interests of the corporation. Anyone, at least in principle, can interpret the articles of incorporation or the corporation's bylaws – if that person is correct or not, is another matter – and the controlling shareholder or officer may also come to violate the articles of incorporation or the corporation's bylaws. Contractualism can be associated with something that gives importance to the articles of incorporation or to the corporation's bylaws whilst institutionalism can be associated with something that does not import relevance to the articles of incorporation or to the corporation's bylaws and that, at least in theory, is preoccupied only with the public interest. Part of the problem of institutionalism is that corporations may turn out to be exuberantly glorified. Corporations undoubtedly have a high impact on people's lives generally, however the contractual aspects of corporations should not be ignored – they are what justify the existence of corporations.

**Keywords:** Interpretation – Rule of Law – Corporate law – End of corporations and interests of corporations – Articles of incorporation and bylaws.

## RÉSUMÉ

Daniel Ochsendorf Portugal. L'Interprétation du Contrat Social et du Statut Social en Droit des Sociétés. Thèse de doctorat. Faculté de Droit de l'Université de São Paulo. São Paulo. 2022.

Le contrôleur ou la majorité n'est pas l'interprète de l'intérêt social. N'importe qui, en principe, peut interpréter le contrat social ou le statut social – que l'interprète ait raison ou non, c'est une autre affaire – et les contrôleurs peuvent aussi violer le contrat de société. Le contractualisme peut être associé à quelque chose qui attache de l'importance au contrat social ou au statut social, tandis que l'institutionnalisme peut être associé à quelque chose qui n'attache pas d'importance au contrat social ou au statut social et qui est censé ne concerner que l'intérêt public. Une partie du problème avec l'institutionnalisme est que le contrat de société finit par s'élever exagérément. Les sociétés ont certainement un impact très fort sur la vie des gens en général, mais les aspects contractuels des sociétés ne doivent pas être laissés de côté – ils sont à l'origine des sociétés.

**Mots-clés:** Interprétation – État de Droit – Droit des sociétés – Objectif social et intérêt social – Contrat social et statut social.

## ABREVIATURAS

AGB-Gesetz	Lei das Condições Gerais
Art. ou arts.	Artigo(s)
BGB	Código Civil alemão
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CISG	Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral em Viena
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CTN	Código Tributário Nacional
c/c	Combinado com
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CRSFN	Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional
CF	Constituição Federal
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
j.	Julgado em
LSA	Lei das Sociedades por Ações
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e de Falência
Lei da CVM	Lei Federal nº 6.385/76
Lei do Ambiente de Negócios	Lei Federal nº 14.195/2021
OPA	Oferta Pública de Aquisição de Ações
p. ou pp.	Página(s)
Prof.	Professor
RDM	Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro
Rel.	Relator
SEP	Superintendência de Relações com Empresas
STF	Supremo Tribunal Federal

## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS .....	3
RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
RÉSUMÉ .....	6
ABREVIATURAS.....	7
INTRODUÇÃO .....	11
1. INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO DAS SOCIEDADES.....	14
1.1. Interpretação em Geral.....	14
1.1.1. Tese das Fontes.....	14
1.1.2. Positivismo Normativo.....	17
1.1.3. Conceito de Interpretação no Direito .....	23
1.1.4. Características da Interpretação no Direito .....	25
1.1.5. Lacunas no Direito .....	26
1.1.6. Argumentação Jurídica.....	30
1.2. Instrumento ou Estatuto do Contrato de Sociedade .....	32
1.2.1. Instrumento do Contrato de Sociedade.....	32
1.2.2. Estatuto do Contrato de Sociedade.....	33
1.3. Relevância do Instrumento ou do Estatuto do Contrato de Sociedade .....	36
1.3.1. Contrato de Sociedade como Contrato Plurilateral .....	36
1.3.2. Contrato de Sociedade como Contrato Relacional e Incompleto.....	38
1.3.3. Contrato de Sociedade como Instituição Incompleta .....	48
1.4. Resumo do Capítulo.....	52

2. DISCIPLINA DA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E DO ESTATUTO SOCIAL E PREENCHIMENTO DAS LACUNAS DO CONTRATO DE SOCIEDADE	53
2.1. Introdução à Disciplina da Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social e ao Preenchimento das Lacunas do Contrato de Sociedade	53
2.2. Normas sobre a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social	54
2.2.1. Interpretação Sistemática	54
2.2.2. Interpretação Autêntica	57
2.2.3. Interpretação “ <i>Contra Proferentem</i> ” ou “ <i>Contra Stipulatorem</i> ”	60
2.2.4. Interpretação conforme a Intenção das Partes	65
2.2.5. Interpretação conforme a Boa-Fé Objetiva	73
2.2.6. Interpretação conforme os Usos	92
2.2.7. Outras Normas sobre a Interpretação de Negócios Jurídicos	114
2.3. Preenchimento das Lacunas do Contrato de Sociedade	118
2.3.1. Digressão Necessária sobre os Professores J. Raz e F. Schauer	118
2.3.2. Busca pelo Sonho Nobre	121
2.3.3. Preenchimento das Lacunas dos Negócios Jurídicos	123
2.3.4. Lacunas e Direito das Sociedades	130
2.4. Argumentação quanto ao Contrato Social e quanto ao Estatuto Social	133
2.5. Interpretação de Estatuto Social em Tese: consultas junto à CVM	138
2.6. Resumo do Capítulo	140
3. ELEMENTOS PARA A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E DO ESTATUTO SOCIAL	141
3.1. Introdução aos Elementos para a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social	141
3.1.1. Teses do Prof. C. Salomão Filho	143
3.1.2. Teses do Prof. T. Ascarelli	151
3.1.3. Teses do Prof. M. Carvalhosa	158
3.1.4. Teses do Prof. F. K. Comparato	159
3.2. Elementos Institucionalistas para a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social	164
3.2.1. Função Social da Atividade Negocial	164
3.2.2. Preservação da Atividade Negocial	165

3.2.3. Igualdade e Proporcionalidade no Direito das Sociedades.....	171
3.2.4. Órgãos das Sociedades .....	173
3.3. Elementos Contratualistas para a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social .....	175
3.3.1. <i>Status Socii</i> .....	175
3.3.2. Objeto Social e Capital Social.....	178
3.3.3. Fim Social.....	180
3.4. Resumo do Capítulo.....	181
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	182
BIBLIOGRAFIA .....	183

## INTRODUÇÃO

Esta tese de doutorado tem por objeto a interpretação de contratos sociais e de estatutos sociais no direito brasileiro das sociedades. São levadas em conta apenas as sociedades regidas pelo Código Civil e as sociedades regidas pela Lei das Sociedades por Ações, porque não se deseja examinar situações demasiadamente específicas. Não se discorre, por exemplo, sobre as parcerias agrícolas, pecuárias, agroindustriais ou extrativas (art. 96, Estatuto da Terra) ou sobre as parcerias marítimas (arts. 485 e seguintes, Código Comercial)<sup>1</sup>, sobre as sociedades de advogados (Capítulo IV da Lei Federal nº 8.906/94)<sup>2</sup> ou sobre as cooperativas (Lei das Cooperativas)<sup>3</sup>. Efetivamente, a ênfase da análise recai sobre as sociedades limitadas e sobre as sociedades anônimas, porque estes são os tipos societários mais importantes do direito brasileiro. As conclusões alcançadas, eventualmente, podem ser aplicadas a sociedades disciplinadas em outros diplomas legais, mas a ideia não é tratar desses casos diretamente.

Recentemente, reformou-se o direito brasileiro através da Lei de Liberdade Econômica. Uma das consequências dessa modificação foi a reaproximação do direito brasileiro dos direitos francês e italiano no que diz respeito à interpretação de negócios jurídicos. Com efeito, com a edição do Código Civil de 1916 e, posteriormente, com a edição do Código Civil de 2002, o direito brasileiro foi trazido para mais perto do direito alemão quanto à interpretação dos negócios jurídicos. No direito alemão, assim como nos Códigos Civis brasileiros, não há muitas normas sobre a interpretação de negócios jurídicos. O Código Comercial brasileiro – quase todo revogado atualmente –, por outro lado, inspirava-se na legislação francesa a qual faz uso das regras de interpretação de convenções (*regles pour l'interprétation des conventions*) do Prof. Robert-Joseph Pothier.<sup>4</sup> Atualmente, o art.

---

<sup>1</sup> Pode ser muito difícil de se distinguir uma sociedade de uma parceria na prática. Nas sociedades, há atuação comum das partes ao passo que, nas parcerias, não há atuação comum das partes. Com efeito, a separação entre parceria e sociedade parece ser um conceito doutrinário antes de ser um conceito legal. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado, Tomo XLV, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1972, p. 183, com os grifos do original: “Na *sociedade*, duas ou mais pessoas vinculam-se, reciprocamente, a promover e realizar, mediante cooperação, o fim comum, ou os fins comuns. (...) No contrato parcíario, a remuneração é sobre os lucros, e pode não haver nenhuma. Falta, porém, a atuação comum dos interessados.”

<sup>2</sup> O Código Civil é subsidiário relativamente às parcerias e às sociedades de advogados, mas, como o exame das parcerias e das sociedades de advogados exigiria a análise de legislação extravagante, as parcerias e as sociedades de advogados não serão estudadas nesta tese de doutorado.

<sup>3</sup> Há dispositivos sobre as cooperativas no Código Civil, porém o exame significativo desta espécie demandaria a análise de legislação extravagante; as cooperativas, pois, não serão estudadas nesta tese de doutorado.

<sup>4</sup> Para as doze regras de interpretação de convenções do Prof. Robert-Joseph Pothier, pode-se consultar POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for*

113, CC, foi transformado em uma espécie de antigo art. 131, Código Comercial. Isto é uma excelente oportunidade para se escrever sobre esta matéria, porque não há muitos trabalhos acadêmicos sobre este tema.

Diverge-se do Prof. M. L. R. de Almeida sobre a suposta superação da dicotomia entre contratualismo e institucionalismo.<sup>5</sup> A substituição do interesse social como interesse dos sócios atuais pelo interesse público pode levar à noção de que os controladores seriam os intérpretes do interesse social. O Prof. T. Ascarelli – um contratualista – chamou a atenção para o fato de que a autoproteção do sócio deveria, essencialmente e de modo indireto, também proteger o interesse geral.<sup>6</sup> Esta é a velha – e, frequentemente, impopular – tese do liberalismo. Pode parecer contraintuitivo garantir o interesse público através da proteção de interesses individuais, mas, genericamente, esta é uma excelente maneira de proceder.<sup>7</sup>

A contribuição original desta tese de doutorado é a seguinte. Genericamente, o contratualismo visa ao interesse público apenas indiretamente; de maneira direta, são protegidos os interesses dos sócios. O institucionalismo, por outro lado, visa ao interesse público diretamente; os interesses dos sócios são secundários ou, até mesmo, irrelevantes. Isto tudo que foi dito agora é controverso, porque existem diferentes espécies de contratualismo e de institucionalismo; estes detalhes, todavia, são ignorados agora. Se o conceito desta divisão entre contratualismo e institucionalismo está correto, o contratualismo pode ser associado a algo que dá importância para o contrato social ou para o estatuto social, enquanto o institucionalismo pode ser associado a algo que não dá relevância para o contrato social ou para o estatuto social e que, supostamente, se preocupa apenas com o interesse público. Os controladores também podem vir a violar o contrato de sociedade e, teoricamente, qualquer pessoa poderia interpretar o contrato social ou o estatuto social – se a interpretação está correta ou não, é outra questão.

Interpretação é algo que não deve ser romantizado. Não se trata, na verdade, de uma coisa muito especial<sup>8</sup>; para demonstrá-lo, todavia, será necessário, sob certo aspecto,

---

extérieur, Tomo Primeiro, Paris: Chez Debure e l'aîné, Quai des Augustins, à l'Image S. Paul, 2ª edição, 1764, pp. 112-123.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Marco La Rosa de, Interpretação dos Estatutos das Sociedades por Ações, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 28, nota de rodapé nº 49.

<sup>6</sup> ASCARELLI, Tullio, Usos e Abusos das Sociedades Anônimas in Revista Forense, Vol. LXXXVIII, Ano XXXVIII, Fascículo 460, outubro de 1941 (tradução do Prof. A. Sousa), p. 22.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 22, nota de rodapé nº 37.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986 (tradução do Prof. J. F. Duarte), p. 284, com os grifos do original: “Visto que interpretação de normas jurídicas é *conhecimento* do Direito, e conhecimento do Direito tampouco pode produzir normas jurídicas, quer isto dizer: pôr em validade ou abolir a validade de normas jurídicas, então interpretação não pode realizar a solução de um conflito de normas.”

desmistificar o direito como um todo. Adota-se perspectiva formalista ou garantista na presente tese de doutorado. Este modo de enxergar o direito difere, significativamente, da maneira como os juristas vêm compreendendo o direito. Utilizam-se livros e artigos relacionados, direta ou indiretamente, à Universidade de Oxford (Professores H. L. A. Hart, J. Raz, A. Marmor, B. Bix, J. Waldron, B. Leiter, T. A. O. Endicott *etc*). A vantagem destes livros e destes artigos é que eles estão, teoricamente, mais próximos de um ideal de clareza de filosofia analítica. A tradição continental também é muito relevante, evidentemente, mas as ideias sobre interpretação neste âmbito parecem estar, genericamente, mais desconectadas. A Universidade de Gênova (Professores G. Tarello, R. Guastini, P. Comanducci, P. Chiassoni *etc*) também é muito importante. Na medida do possível, dá-se atenção a tudo isto, mas a bibliografia sobre interpretação é, na prática, infindável. Desse modo, em vez de o foco ficar em alguma espécie de cronologia de autores, são enfatizadas ideias determinadas.

A presente tese de doutorado encontra-se organizada do seguinte modo. Há esta Introdução, três Capítulos diferentes e a Conclusão. O primeiro Capítulo versa sobre conceitos fundamentais para o desenvolvimento desta tese (significado de interpretação, de lacuna, de negócio jurídico de sociedade *etc*), o segundo Capítulo é sobre as normas para a interpretação do negócio jurídico de sociedade e o terceiro Capítulo, por fim, trata de conceitos cruciais para o negócio jurídico de sociedade os quais se relacionam à interpretação do contrato social e do estatuto social, mas que não podem ser facilmente encaixados nos demais Capítulos (função social da atividade negocial, preservação da atividade negocial *etc*). Ao final, apresenta-se a Conclusão.

# 1. INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO DAS SOCIEDADES

## 1.1. Interpretação em Geral

### 1.1.1. Tese das Fontes<sup>9</sup>

Segundo os positivistas “inclusivos”, “inclusivistas” (*inclusive legal positivists*) ou “moles” (*soft legal positivists*) ou incorporacionistas (*incorporationists*), o direito não seria a mesma coisa que a moral. O direito, de acordo com os positivistas inclusivos, apenas seria a mesma coisa que a moral em alguns casos muito peculiares. Os exemplos os quais são citados são, usualmente, os mesmos: a norma da boa-fé objetiva, a norma da moralidade concernente à administração pública *etc.* Os positivistas inclusivos dizem que, nestes casos, seria difícil de saber onde o direito começaria e onde o direito terminaria ou onde a moral começaria e onde a moral terminaria. Por conta disso, poder-se-ia dizer que o direito seria a mesma coisa que a moral nestes casos – e tão somente nestes casos, insistiriam em dizer os positivistas inclusivos.<sup>10</sup>

Embora, à primeira vista, estas ideias pareçam estar corretas e pareçam ser razoáveis, o positivismo inclusivo ou inclusivista está errado. Na verdade, está correto o positivismo “exclusivo”, “exclusivista” (*exclusive legal positivism*) ou “duro” (*hard legal positivism*) ou, como ele será denominado a partir de agora, a “tese das fontes” (*sources thesis*). Opta-se por

---

<sup>9</sup> A tese das fontes já havia sido defendida anteriormente em PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, pp. 39-44; a ideia aqui, todavia, é opor o positivismo inclusivo ao positivismo exclusivo e chamar a atenção para o problema dos limites no direito, o que ainda não havia sido feito.

<sup>10</sup> Oferece-se, aqui, uma espécie de imagem geral do positivismo inclusivo a qual, talvez, não corresponda à posição específica de qualquer autor; a ideia, contudo, não é tratar com profundidade desta noção. Não se disse coisa alguma, por exemplo, sobre o problema da “preempção” (*preemption*) diante do positivismo inclusivo. Para uma crítica às opiniões do Prof. J. Raz, observações sobre o problema da preempção e um pequeno resumo sobre o que seria o positivismo inclusivo, pode-se consultar WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994, pp. 129-141. Mantém-se o raciocínio que havia sido exposto anteriormente quanto às “razões exclusionárias” (*exclusionary reasons*), “razões protegidas” (*protected reasons*) e às “razões preemptivas” (*pre-emptive reasons*) em PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto..., pp. 74-78. Para a argumentação original do Prof. J. Raz sobre as razões exclusionárias, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 3ª edição, 1999, pp. 15-48. Para comentários do Prof. J. Raz sobre as razões protegidas, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Legitimate Authority in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 16-19. Para a versão atualizada dessas ideias sobre a “tese da preempção” (*pre-emption thesis*), pode-se consultar RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, pp. 57-62.

utilizar a expressão “tese das fontes”, porque o Professor que inventou o positivismo exclusivo se referia a ele desse modo.<sup>11</sup>

Consoante a tese das fontes, o direito poderia ser identificado sem que se tivesse de recorrer a argumentos extrajurídicos; o direito, portanto, poderia ser alcançado apenas a partir de suas fontes. Quando se diz “extrajurídico”, deseja-se incluir aí, especificamente, a moral. Para que o direito pudesse ser determinado a partir da moral, algo mais ou menos nos seguintes termos teria de ocorrer. Suponha-se que o José revele ao seu amigo, o João, que uma nova Lei moral sobre o direito das sociedades teria sido aprovada recentemente no Brasil. Se o João for uma pessoa moral, seria possível, ao menos teoricamente, que o conteúdo do direito das sociedades brasileiro pudesse ser identificado por ele sem que ele jamais tivesse de ler esta nova Lei que tivesse sido aprovada há pouco.<sup>12 e 13</sup>

A tese das fontes pode ser mais facilmente justificada através de argumentos que personifiquem as autoridades estatais. Imagine-se, *v. g.*, que alguma autoridade tivesse dado alguma ordem a alguns sujeitos. Presumivelmente, como esta autoridade desejaria que estes sujeitos se comportassem? Será que a autoridade quereria que estes sujeitos levassem em conta outras considerações ou será que a autoridade desejaria, simplesmente, que estes sujeitos obedecessem à sua ordem? Faz parte do conceito de autoridade prática que as instruções ou diretivas vinculantes das autoridades possam ser compreendidas sem que se tenha de recorrer a argumentos os quais já poderiam ter sido levados em conta pela própria autoridade quando a instrução ou diretiva vinculante foi elaborada.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Esta tese foi defendida pela primeira vez, de maneira mais atenuada, em RAZ, Joseph, *Legal Principles and the Limits of Law* in *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5, abril de 1972, pp. 843-854. Posteriormente, esta tese foi sintetizada em RAZ, Joseph, *Legal Positivism and the Sources of Law* in *The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 39-52. Há, adicionalmente, um conveniente resumo sobre a tese das fontes no posfácio de RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System: an introduction to the theory of legal system*, Oxford University Press, 2ª edição, 1980, pp. 212-216. Eventualmente, alguém poderia vir a argumentar que o positivismo exclusivo seria algo um pouco mais amplo que a tese das fontes; no presente trabalho, no entanto, o positivismo exclusivo será tomado como um sinônimo da tese das fontes – não se deseja tratar, *e. g.*, da questão da preempção.

<sup>12</sup> Este exemplo é uma adaptação do exemplo apresentado em RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, p. 4, nota de rodapé nº 2. O Prof. J. Raz dá exemplo análogo a propósito dos precedentes em RAZ, Joseph, *Facing Up: a reply* in *Southern California Law Review*, Vol. 62, Numbers 3 & 4, março-maio de 1989, pp. 1207-1208.

<sup>13</sup> Uma hipótese comum em que o direito é identificado sem recurso às fontes do direito é o caso em que alguém consulta um advogado; espera-se, contudo, que, em última análise, os advogados possam determinar qual seja o direito a partir da análise das fontes do direito.

<sup>14</sup> Para a relação entre o conceito de autoridade e este argumento, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Authority, Law, and Morality* in *Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford University Press, 2ª edição, 1995, pp. 215-220.

Um dos resultados mais interessantes da tese das fontes relaciona-se a determinadas soluções sobre as lacunas no direito.<sup>15</sup> Suponha-se, por exemplo, que, de acordo com o direito, caso houvesse lacunas no direito, elas deveriam ser preenchidas pela moral. Nesta hipótese, a moral não seria incorporada ao direito. É verdadeiro que, neste caso, haveria uma referência no direito à moral, mas a moral não passaria a fazer parte do direito. Conceder-se-ia, apenas, a força do direito à moral. Se não fosse assim, algo muito peculiar ocorreria: a moral passaria a fazer parte, basicamente, de todas as ordens jurídicas.

Algo muito semelhante a este exemplo sobre o preenchimento das lacunas pela moral ocorre quando, *e. g.*, um juiz, no Brasil, deve aplicar o direito americano. Embora, nesta hipótese, um juiz deva aplicar o direito americano no Brasil, o direito brasileiro e o direito americano continuam sendo dois sistemas jurídicos diferentes. O que acontece é que se fornece a força do direito brasileiro ao direito americano no Brasil.<sup>16</sup>

Parte da dificuldade sobre a caracterização do direito e sobre o problema da exclusão diz respeito ao fato de que, em princípio, qualquer coisa poderia pertencer ao conteúdo do direito.<sup>17</sup> Este é um motivo pelo qual o positivismo inclusivo parece estar correto. Além disso, a construção que foi exposta anteriormente, pelo menos até certo ponto, parece ser indevidamente artificial: qual seria, realmente, a diferença entre dizer que a moral poderia vir a ser incluída no direito e dizer que o direito poderia vir a conceder a sua força à moral? Há uma diferença grande entre estas duas alternativas. Ela relaciona-se ao problema dos limites no direito.<sup>18</sup> Imagine-se, por exemplo, que um juiz tivesse decidido contrariamente aos interesses de determinada parte e que ele desejasse expor o seu arrazoado à parte derrotada: “Parte, eu decido contrariamente aos seus interesses, porque, segundo a *minha* moral, o senhor estaria errado.” A parte derrotada, então, muito surpresa com esta explicação, afirma que, no direito, não é assim que se argumenta. O juiz, por seu turno, admite que a sua decisão até pode ser injusta, mas ele vem a acrescentar o seguinte: “Na verdade, parte derrotada, eu estou com a razão, porque, de acordo com o positivismo

---

<sup>15</sup> Adota-se, nesta tese, basicamente, o conceito de lacuna que foi defendido em RAZ, Joseph, *Legal Reasons, Sources, and Gaps in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 70-77.

<sup>16</sup> A comparação do preenchimento das lacunas pela moral com a aplicação do direito estrangeiro por conta do direito internacional privado foi retirada de RAZ, Joseph, *Legal Positivism and the Sources of Law...*, pp. 45-46.

<sup>17</sup> Na linguagem do Prof. H. Kelsen, o domínio de validade material da ordem jurídica não possui limites conforme KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, I Volume, Arménio Amado – Editor, 2ª edição, 1962 (tradução do Prof. J. B. Machado), pp. 25-27, e KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas...*, pp. 186-188.

<sup>18</sup> Para observações do Prof. J. Raz sobre os limites no direito, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Legal Principles...*, pp. 842-854.

inclusivo, haveria casos em que o direito e em que a moral seriam a mesma coisa.” Este é um exemplo caricato, mas a ideia é chamar a atenção para uma das principais características do direito. Dir-se-á mais sobre a tese das fontes adiante no Item 2.2.6.2 adiante.

### 1.1.2. Positivismo Normativo

Há uma diferença entre o que o direito é e aquilo que o direito deveria ser; não existe, pois, uma relação necessária ou lógica entre o conteúdo do direito e a moral (“tese da separabilidade” – *separability thesis*). O nome disto é positivismo jurídico;<sup>19</sup> ele é, essencialmente, independente do positivismo da filosofia do século XIX e do positivismo lógico do século XX embora esteja, historicamente, relacionado a estas duas perspectivas. Segundo o positivismo jurídico, o direito seria posto, colocado ou positivado e não, simplesmente, descoberto como quando um cientista descobre uma lei da natureza; é daí que vem a expressão “positivismo jurídico”.<sup>20</sup>

Há muitas formas diferentes de positivismo jurídico descritivo ou conceitual. No item anterior, defendeu-se apenas uma das espécies de positivismo descritivo ou conceitual, a saber, a tese das fontes. Agora, deseja-se defender algo que, em vez de ser uma descrição da realidade ou um conceito, é uma recomendação denominada de positivismo ético, de positivismo prescritivo ou de positivismo normativo.<sup>21</sup> A ideia desta recomendação não é que o positivismo jurídico seria algo verdadeiro; diz-se, em vez disso, que o positivismo jurídico seria algo bom.

---

<sup>19</sup> Para a defesa do positivismo jurídico contra argumentos que são frequentemente utilizados contra ele – problemas concernentes à teoria das normas, a questão da penumbra de significado, a ideia de que o positivismo jurídico defenderia que o direito deveria ser sempre cumprido independentemente de quaisquer consequências e a noção de que o positivismo jurídico estaria, necessariamente, associado ao relativismo moral –, pode-se consultar HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals* in *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, fevereiro de 1958, pp. 600-629.

<sup>20</sup> RAZ, Joseph, *Legal Positivism and the Sources of Law...*, pp. 37-38.

<sup>21</sup> O Prof. T. D. Campbell prefere não utilizar o termo “positivismo normativo”, porque esta expressão já teria sido associada, por exemplo, às ideias dos Professores H. Kelsen e H. L. A. Hart (CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge Taylor & Francis Group, 2ª edição, 2016, p. 79). Ele acredita que o termo “positivismo ético” seria melhor que a expressão “positivismo prescritivo”, pois “positivismo ético” chamaria a atenção para o fato de que as pessoas que administram os sistemas jurídicos e as pessoas que estão sujeitas aos sistemas jurídicos deveriam comportar-se de maneira ética (CAMPBELL, Tom D., *Prescriptive Legal Positivism: law, rights and democracy*, UCL Press, 2004, p. 11); nesta tese, todavia, seguir-se-á a posição do Prof. J. Waldron segundo o qual “positivismo normativo” seria a melhor alternativa de nome, porque “positivismo ético” pareceria dar ênfase a padrões normativos para comportamento pessoal e não a padrões normativos para a avaliação de instituições (WALDRON, Jeremy, *Normative (or Ethical) Positivism* in COLEMAN, Jules (editor), *Hart’s Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 411-412). Desse modo, doravante, ao aludir-se ao positivismo ético, prescritivo ou normativo, utilizar-se-á, tão somente, o termo “positivismo normativo”.

Em sentido mais amplo, o positivismo normativo quer dizer que direitos, deveres e normas poderiam ser coisas boas. Em sentido mais específico, o positivismo normativo é uma espécie de defesa do Estado de Direito. No Item anterior, pôde-se observar um pouco de positivismo normativo quando se fez alusão ao problema dos limites do direito.

Há muitas razões diferentes pelas quais direitos, deveres e normas podem ser coisas boas; não se procurará, todavia, enumerar, aqui, todas estas razões. Em vez disso, ressaltar-se-á, apenas, que direitos, deveres e normas possibilitariam uma separação e uma distribuição de poderes e de responsabilidades convenientes e poderiam vir a facilitar o planejamento da vida das pessoas, tornar determinados eventos mais previsíveis.

### **1.1.2.1. Separação e Distribuição de Poderes e de Responsabilidades**

Certa feita, um homem jovem do Estado do Alabama, nos Estados Unidos, chamado de Sr. E. Bristow, deu como garantia para um empréstimo uma arma descarregada que pertencia, lícitamente, ao seu pai. O pai do Sr. E. Bristow havia consentido com o fornecimento da arma descarregada como garantia, e o empréstimo seria tomado para que fossem pagas despesas relacionadas à alimentação do filho menor do Sr. E. Bristow. O Sr. E. Bristow levava consigo a arma descarregada e sem munição para que ela pudesse ser dada em garantia, mas o Sr. E. Bristow havia, há alguns anos atrás, assumido a culpa pela posse de drogas ilícitas como parte de um acordo com um órgão acusador para que ele não fosse preso. Por ser parte em um acordo de suspensão condicional de processo ou de não persecução penal na posse de uma arma de fogo, foi aplicada a ele uma pena de um ano de encarceramento em regime fechado.<sup>22</sup> Trata-se de caso infeliz cujo resultado parece injusto, mas não se deve esquecer do importante valor da separação e da distribuição de poderes e de responsabilidades no Estado de Direito. O direito destina-se a garantir, entre outras coisas, que abusos diversos não venham a ser cometidos.<sup>23</sup>

Imagine-se, por exemplo, que uma mesma autoridade estatal tivesse o poder de criar, de modificar, de extinguir e de aplicar normas. Neste caso, seria perfeitamente possível que se verificasse, na prática, a inexistência de normas, porque, se a autoridade pudesse modificar a norma no momento em que ela devesse ser aplicada ou, simplesmente, extingui-

---

<sup>22</sup> A caracterização deste caso foi retirada de SCHAUER, Frederick, Profiles, Probabilities, and Stereotypes, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 258. O registro da decisão de segunda instância é *United States v. Bristow*, 110 F.3d 754 (11th Cir. 1997).

<sup>23</sup> O Prof. F. Schauer apresenta um argumento muito parecido com este ao discutir sobre a questão da estabilidade no direito em SCHAUER, Frederick, Profiles, Probabilities, and Stereotypes..., pp. 274-277.

la, em um sentido muito importante, seria como se sequer pudesse haver normas.<sup>24, 25 e 26</sup> É por esta razão que convém, genericamente, separar o poder de criar, de modificar e de extinguir normas do poder de aplica-las. Este argumento mistura-se, igualmente, com a preocupação devida que se tem com o exercício legítimo de poderes os mais diversos.<sup>27</sup> Sendo, em geral, a separação e a distribuição de poderes e de responsabilidades algo relevante, direitos, deveres e normas também seriam algo importante.

### 1.1.2.2. Previsibilidade no Direito

Trata-se, agora, da história de Procusto, um ladrão que ficava à beira da estrada, próximo à cidade de Elêusis. Procusto prometia fornecer a viajantes de passagem uma refeição boa e uma noite de sono agradável. Para conseguir cumprir com a sua promessa, Procusto oferecia aos viajantes de passagem uma cama que se encaixasse perfeitamente com eles. Havia apenas uma única cama. Se o hóspede fosse muito baixo, Procusto esticava-o para que ele passasse a ficar do tamanho da cama. Contrariamente, se o hóspede fosse muito alto, Procusto cortava as suas pernas ou a sua cabeça para que ele passasse a caber, perfeitamente, na cama. Esta prática foi mantida durante algum tempo até que Teseu, o suposto herói da história, foi convidado por Procusto para descansar em sua cama. Tendo percebido o que estava acontecendo, Teseu colocou Procusto em sua própria cama e cortou fora a sua cabeça. Pôs-se fim, assim, à suposta vilania de Procusto.<sup>28</sup> Deve ser reconhecido, porém, que Procusto era uma pessoa muito eficiente. Afinal de contas, ele necessitava de apenas uma única cama para levar a cabo a sua atividade apesar das diferentes alturas de seus hóspedes. Desse modo, Procusto, provavelmente, deveria estar conseguindo poupar dinheiro.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> O Prof. F. Schauer denomina isto de “diferenciação quanto aos papéis” (*role differentiation*) em SCHAUER, Frederick, Rules and the Rule of Law in Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 14, No. 3, 1991, p. 686.

<sup>25</sup> Para discussão sobre se as autoridades estatais poderiam ou não estar submetidas ao direito, pode-se consultar LAPORTA, Francisco J., El Imperio de la Ley: una visión actual, Editorial Trotta, 2007, pp. 70-81.

<sup>26</sup> Para a comparação que o Prof. F. Schauer faz entre “deferência” (*deference*) e autoridade, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, Thinking like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning, Harvard University Press, 2009, pp. 229-233.

<sup>27</sup> SCHAUER, Frederick, Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life, Oxford University Press, 1991, pp. 158-162.

<sup>28</sup> Esta versão da história de Procusto foi retirada de SCHAUER, Frederick, Profiles, Probabilities, and Stereotypes..., p. 199.

<sup>29</sup> Esta é, basicamente, a mesma padinha que foi contada em *idem*, pp. 200-201.

Vê-se, pois, que a regularidade de direitos, de deveres e de normas pode ser algo muito útil. Passa a ser possível planejar a própria vida com estes parâmetros – é como se, com direitos, deveres e normas, as pessoas pudessem ter ainda mais liberdade.

### 1.1.2.3. Estado de Direito

A ideia básica do Estado de Direito é que o direito deve ser capaz de guiar o comportamento das pessoas.<sup>30 e 31</sup> Desta ideia básica, decorrem alguns “princípios”. Segue, abaixo, uma lista exemplificativa de alguns destes “princípios”:<sup>32</sup>

- a) As normas devem ser determinadas;<sup>33</sup>
- b) As normas não devem existir em grande número;
- c) As normas não devem ser modificadas o tempo todo;
- d) As normas devem ser prospectivas;
- e) Deve haver um mecanismo simples por meio do qual as normas possam ser conhecidas – é o requisito da publicidade das Leis;
- f) Os precedentes devem ser seguidos;

---

<sup>30</sup> RAZ, Joseph, *The Rule of Law and its Virtue in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 212-214. O Prof. J. Raz publicou, recentemente, um segundo artigo sobre o Estado de Direito. Neste segundo artigo, ele reafirma, fundamentalmente, as teses do primeiro artigo, mas também faz observações sobre a relação entre a política e o Estado de Direito e sobre a interpretação no direito e a discricionariedade e discorre mais longamente sobre o que seria arbitrariedade em RAZ, Joseph, *The Law's Own Virtue in Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, No. 1, 2019, pp. 5-15.

<sup>31</sup> Segundo o Prof. H. Kelsen, o princípio do Estado de Direito seria, essencialmente, o princípio da segurança jurídica – esta é uma posição razoável; posteriormente, entretanto, em seu livro, o Prof. H. Kelsen descreve o Estado de Direito como algo que abrangeria, *e. g.*, a democracia. Na presente tese de doutorado, estas concepções mais arrojadas de Estado de Direito não serão exploradas. Para observações do Prof. H. Kelsen sobre o Estado de Direito, pode-se consultar KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, II Volume, Arménio Amado – Editor, 2ª edição, 1962 (tradução do Prof. J. B. Machado), pp. 116 e 220-221. O Prof. H. Kelsen afirma que, em geral, o Estado de Direito seria um ideal de “direito natural” em KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas...*, p. 11, nota de rodapé nº 11.

<sup>32</sup> O Prof. L. L. Fuller denomina estes “princípios” de “princípios da legalidade” (*principles of legality*) e de “demandas da moralidade interna do direito” (*demands of the inner morality of the law*) em FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, 2ª edição, 1969, pp. 41-44. O Prof. L. Ferrajoli utiliza a expressão “axiomas do garantismo penal” em FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2010 (tradução dos Professores A. P. Z. Sica, F. H. Choukr, J. Tavares e L. F. Gomes), pp. 91-92.

<sup>33</sup> O Prof. T. A. O. Endicott entende que a determinação das normas não seria, exatamente, um “princípio” do Estado de Direito. Para ele, o fato de o Estado de Direito exigir que haja um mecanismo por meio do qual as indeterminações do direito possam ser resolvidas significaria que haveria uma espécie de delegação aos juízes para que os magistrados dessem fim às possíveis indeterminações do direito; mesmo, todavia, que os juízes não devam poder eximir-se de decidir sob a alegação de indeterminação do direito (art. 140, CPC; no direito brasileiro, é proibido que os magistrados declarem *non liquet*), não deveria, em abstrato, haver esta delegação nas democracias, porque os juízes, em tese, não têm legitimidade para criar, modificar ou para extinguir o direito. Para os argumentos do Prof. T. A. O. Endicott sobre isso, pode-se consultar ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 197-203.

- g) Deve haver meios para que os direitos dos sujeitos possam ser protegidos;
- h) Os processos devem ser públicos;
- i) Nos processos, devem ser assegurados o contraditório e o direito de defesa;
- j) As provas obtidas por meios ilícitos não devem ser admitidas;
- k) Ninguém deve ser considerado culpado sem o trânsito em julgado da decisão condenatória;
- l) Os processos devem ter um tempo de duração razoável;
- m) Não deve haver juízo ou tribunal de exceção;
- n) As penas não devem passar das pessoas dos condenados;
- o) Os presos devem ter o direito de permanecer em silêncio; *etc.*

Há, portanto, graus diferentes de Estado de Direito. O Estado de Direito é apenas um dos valores ou um dos ideais das ordens jurídicas e pode vir a entrar em conflito com outros valores ou com outros ideais das ordens jurídicas.<sup>34</sup> Provavelmente, por exemplo, não seria realmente possível que houvesse um sistema jurídico apenas com normas claras e precisas – algo nestes termos não seria semelhante às coisas que, usualmente, são chamadas de sistemas jurídicos. Mesmo assim, o Estado de Direito serve para realizar os dois fins aos quais se havia feito referência, quais sejam, a separação e a distribuição de poderes e de responsabilidades e a previsibilidade do direito.

Há um argumento que, frequentemente, é utilizado para combater a perspectiva adotada aqui. Suponha-se que uma determinada norma devesse ser aplicada obrigatoriamente, mas que a aplicação desta norma provocaria, rapidamente, a extinção da humanidade.<sup>35</sup> Imagine-se, adicionalmente, que se soubesse disto de antemão. Se a aplicação desta norma for gerar, necessariamente, a extinção célere da humanidade, seria imoral aplicar esta norma. Não se quer, aqui, defender a noção de que se deva fazer “justiça” ainda que o mundo venha a perecer (*fiat justitia, et pereat mundus*) ou ainda que os céus venham a cair por sobre as cabeças das pessoas (*fiat justitia ruat caelum*); há, contudo, uma diferença entre algo estar correto do ponto de vista moral e algo estar correto do ponto de vista jurídico. Esta é uma distinção que muitas pessoas não estão dispostas a reconhecer que existe.

Segundo o Prof. J. Raz, “do ponto de vista jurídico” seria usado de duas maneiras diferentes. A primeira estaria certa e a segunda estaria errada. Suponha-se que determinado juiz viesse a afirmar o seguinte: “Embora, do ponto de vista moral, este réu devesse ser

---

<sup>34</sup> Para uma classificação útil dos fins do direito, pode-se consultar RAZ, Joseph, *The Functions of Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 165-177.

<sup>35</sup> Este exemplo é discutido, brevemente, em RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom...*, pp. 269-270.

condenado, do ponto de vista jurídico, este réu deve ser absolvido. Logo, eu decido pela absolvição deste réu.” Este seria um modo correto de utilizar “do ponto de vista jurídico”. Imagine-se, agora, que determinado juiz viesse a asseverar o seguinte: “Do ponto de vista moral, este réu deveria ser condenado; do ponto de vista jurídico, todavia, este réu não deveria ser condenado. Como, entretanto, o ponto de vista jurídico não passa de um mero conselho que pode ser superado a qualquer momento por qualquer consideração<sup>36</sup>, eu decido pela condenação deste réu.” Esta seria uma maneira incorreta de utilizar “do ponto de vista jurídico”.<sup>37</sup>

Na presente tese de doutorado, será adotada esta perspectiva “positivista”, “formalista”<sup>38</sup>, “garantista”<sup>39</sup> ou “legalista” que envolve a atribuição de um elevado valor ao Estado de Direito. Isto explicará, em parte, as recomendações que serão feitas e será o pano de fundo de, basicamente, todos os argumentos quando houver indeterminação no direito, antinomia no direito ou indeterminação ou antinomia em categorias extrajurídicas que sejam tidas pelo direito como obrigatórias; deixar-se-á, todavia, de utilizar as expressões “positivismo jurídico”, “formalismo”, “garantismo”, “legalismo” ou outros termos relacionados a estes a partir de agora.<sup>40</sup> Infelizmente, existe muita confusão em torno destes vocábulos – como pessoas diferentes usam estas mesmas palavras com sentidos diversos,

---

<sup>36</sup> Para as diferenças entre ordens, pedidos e conselhos, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Legitimate Authority...*, pp. 13-15. Para as diferenças entre ameaças, ofertas, avisos, pedidos e ordens ou comandos, pode-se consultar RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom...*, pp. 35-37.

<sup>37</sup> O Prof. J. Raz discute o significado do termo “do ponto de vista jurídico” em RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms...*, pp. 142-146. Na página 146 deste livro, o Prof. J. Raz escreve em tradução livre: “Sistemas institucionalizados consistem em normas circunscritas por um parâmetro de razões exclusionárias excluindo a aplicação de todas as razões à exceção das normas do sistema e, no seu núcleo, são determinações autoritativas aplicativas excluindo todas as outras razões incluindo outras normas do sistema.”

<sup>38</sup> Para diferentes significados da palavra “formalismo”, pode-se consultar TARELLO, Giovanni, *Formalismo in Novissimo Digesto Italiano*, Volume Settimo, Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1964-1975, pp. 571-580. Para o “formalismo” ou “conceitualismo” a que se refere o Prof. H. L. A. Hart, de acordo com o qual, basicamente, não haveria penumbras de significado, pode-se consultar HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 3ª edição, 2012, pp. 124-136. Para “formalismo” como a ideia de que as normas deveriam ser cumpridas, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *Formalism in The Yale Law Journal*, Vol. 97, nº 4, 1988, pp. 538-544. Para a conceituação do formalismo como a noção de que a argumentação jurídica jamais envolveria argumentos morais, pode-se consultar RAZ, Joseph, *On the Autonomy of Legal Reasoning in Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford University Press, 2ª edição, 1995, pp. 330-335. Para observações do Prof. R. S. Summers sobre a interpretação formalista das Leis – e comentários sobre a “interpretação substantivista” (“*substantivistic interpretation*”) e o “literalismo de madeira” (*wooden literalism*) –, pode-se consultar SUMMERS, Robert S., *Form and Function in a Legal System: a general study*, Cambridge University Press, 2006, pp. 275-281. Para o formalismo como um sinônimo de cognitivismo, pode-se consultar CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*, Il Mulino, 2007, p. 143.

<sup>39</sup> Pode-se consultar a nota de rodapé nº 32.

<sup>40</sup> Haverá, no entanto, algumas exceções a isto quando se discutir sobre o “positivismo presuntivo” (*presumptive positivism*) e sobre a tese das fontes adiante nos Itens 2.2.4.2 e 2.2.6.2.

torna-se difícil de se comunicar com estas expressões;<sup>41</sup> este modo de pensar estará, no entanto, por detrás dos argumentos que serão utilizados.

### 1.1.3. Conceito de Interpretação no Direito

Interpretação é algo que é discutido em diferentes âmbitos. Pode-se falar, *v. g.*, da interpretação de eventos históricos, da interpretação de obras de arte ou da interpretação no direito. Além disso, pode-se pensar em interpretação que se dá através da análise de algum objeto (*to explain*) ou em interpretação que se dá através da exposição de algum objeto (*to display*) assim como quando uma atriz interpreta a personagem Alaíde da peça Vestido de Noiva de Nelson Rodrigues.<sup>42</sup>

Nesta monografia, levar-se-á em conta apenas a interpretação jurídica, interpretação esta que se dá através do exame de objetos. Igualmente, quando se aludir à interpretação, não se considerará o que, às vezes, se denomina de “interpretação criadora” (*interpretazione creativa*)<sup>43</sup> ou de “interpretação inovativa” (*innovative interpretation*)<sup>44</sup>. Estes conceitos

---

<sup>41</sup> Também se defende que talvez seja conveniente abandonar a expressão “positivismo jurídico” em, *v. g.*, RAZ, Joseph, *The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 317 e 335, SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015, p. 12, nota de rodapé nº 17, e FINNIS, John, *What is the Philosophy of Law?* in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 59, No. 2, 2014, pp. 137-139. Contrariamente, o Prof. C. Salomão Filho parece entender que o termo “positivismo jurídico” seria claro em SALOMÃO FILHO, Calixto, *Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito?* in *Revista dos Tribunais*, Ano 101, vol. 926, dezembro de 2012, pp. 533-539.

<sup>42</sup> Para as características básicas da interpretação, entre as quais a distinção que se faz aqui entre a análise ou o exame de um objeto e a exposição de um objeto, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Interpretation: pluralism and innovation in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, pp. 301-302. Curiosamente, o Prof. J. Raz já chegou a redigir um artigo sobre a interpretação de obras de arte. Para a comparação que o Prof. J. Raz faz neste artigo entre a intenção de autoridades estatais quando elas emitem instruções ou diretivas vinculantes e a intenção de artistas quando eles criam obras de arte, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Interpretation without Retrieval in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, pp. 248-249. Semelhantemente, o Prof. H. Wiedemann explica que o conceito de interpretação de outras áreas não deve ser transposto de qualquer modo para o direito em WIEDEMANN, Herbert, *Interpretação Jurídica e Musical – um ensaio* in *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, nº 12, novembro de 2020, p. 69.

<sup>43</sup> Para breves considerações sobre a dualidade entre interpretação (*interpretazione*) e construção (*costruzione*), pode-se consultar GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e Argomentare*, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011, pp. 32-33.

<sup>44</sup> O Prof. J. Raz defende, enfaticamente, que não seria possível desenvolver uma teoria universal da interpretação e que a “recriação de intenções” (*re-creation of intentions*), no direito, não poderia ser separada, convenientemente, de aspectos de “inovação” (*innovation*) da interpretação jurídica; ele insiste, inclusive, que seria inútil tentar afastar, no direito, a “interpretação recriadora” (*re-creative interpretation*) da “interpretação inovativa” (*innovative interpretation*), porque, neste caso, o problema da interpretação jurídica ficaria, essencialmente, reduzido ao exame de algumas normas ou de alguns conceitos (*conventions*) específicos conforme RAZ, Joseph, *On the Nature of Law in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, pp. 115-122; como, entretanto, será exposto a seguir, deseja-se tentar realizar esta divisão para que não se perca de vista que a interpretação, no direito, é a interpretação de algum objeto.

fazem sentido, porque, no direito, pode haver indeterminação, conflitos cuja solução seja impossível no direito ou comandos para que se decida ou para que se aja (*reasons for a decision or for an action*) de acordo com aspectos extrajurídicos indeterminados ou conflituosos, mas a ideia de interpretação criadora ou de interpretação inovativa poderia acabar por provocar confusão desnecessária. Visto que o direito pode ser identificado, unicamente, a partir de suas fontes, associar a criação ou a inovação à interpretação poderia vir a obscurecer o fato de que a interpretação, no direito, é a interpretação de algum objeto. Portanto, embora o conceito de interpretação pudesse ser descrito como algo mais amplo, adotar-se-á, aqui, uma concepção mais estreita deste termo. “Interpretação” terá o mesmo significado de “compreensão” ou de “entendimento”. Mesmo assim, neste trabalho, haverá alusões aos casos diferentes em que há, *e. g.*, lacunas no direito. A questão é que, para estas hipóteses, não será utilizada a palavra “interpretação”.<sup>45</sup> Logo, nesta tese de doutorado, a interpretação estará relacionada, essencialmente, à recuperação de significado (*retrieval*), à recriação do que teria sido a intenção original (*re-creation*) ou à fidelidade ao significado do objeto da interpretação (*faithfulness*). Como não se pretende tratar da interpretação criadora ou da interpretação inovativa, discorrer-se-á, basicamente, sobre algumas normas específicas sobre a interpretação ao examinar-se este assunto.<sup>46</sup>

Ademais, a palavra “interpretação” será utilizada para referir-se a uma atividade e, também, para referir-se ao produto ou ao resultado desta atividade. Igualmente, neste estudo, “interpretação” será algo que pode ocorrer tanto em casos fáceis quanto em casos difíceis.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> O Prof. J. Raz utiliza a palavra “interpretação” para aludir a uma análise detida, a uma atividade intencional em RAZ, Joseph, *Intention in Interpretation in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, p. 268, nota de rodapé nº 4. O Prof. A. Marmor procede da mesma maneira em MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2ª edição, 2005, pp. 21-25, mas, neste trabalho, conforme explicado, “interpretação” terá o sentido de “compreensão” ou de “entendimento”, simplesmente, de acordo com ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 159-160.

<sup>46</sup> Para o Prof. J. Raz, uma teoria geral da interpretação jurídica, necessariamente, teria de basear-se na presunção de que o direito seria moralmente legítimo; por conta disso, o Prof. J. Raz entende que não seria, realmente, possível formular uma teoria universal da interpretação jurídica em RAZ, Joseph, *Why Interpret? in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, pp. 234-235.

<sup>47</sup> Concorde-se, portanto, com o Prof. R. Guastini quando ele diz que a interpretação acontece tanto nos casos fáceis quanto nos casos difíceis em GUASTINI, Riccardo, *Dalle Fonti alle Norme*, G. Giappichelli Editore, 2ª edição, 1992, pp. 103-107.

#### 1.1.4. Características da Interpretação no Direito<sup>48</sup>

Neste trabalho, a interpretação será sempre a interpretação de um objeto. Mais especificamente, a análise estará voltada para o problema da interpretação do contrato social e do estatuto social.

Podem existir interpretações certas, interpretações mais ou menos certas e interpretações, simplesmente, erradas. É possível, inclusive, que haja, por exemplo, duas interpretações distintas, porém igualmente boas. O sucesso de uma interpretação é determinado de acordo com a contribuição para o significado do objeto da interpretação. Isto quer dizer que existe a possibilidade de que as interpretações sejam, objetivamente, avaliadas, mas há controvérsia a propósito deste ponto elementar.

Não é correto, por exemplo, que os significados das palavras não poderiam ser separados dos propósitos das pessoas que as emitem, tampouco é verdadeiro que os significados das palavras precisariam de ocorrer, necessariamente, em função de determinado contexto. A peculiaridade é que os significados das palavras podem estar mais ou menos claros para os intérpretes. Assim, por exemplo, em conversas, as pessoas auxiliam-se com gestos e com diferentes tons de voz. Com isto, não se quer dizer que as palavras utilizadas pelas pessoas que conversam não tenham qualquer significado sem estas formas de auxílio; quer-se dizer, apenas, que o significado pode acabar por ser transmitido de maneira mais clara ou de maneira mais obscura. Além disso, a linguagem é algo que apresenta uma natureza composicional muito interessante – as pessoas podem, por exemplo, vir a compreender frases que jamais haviam escutado anteriormente. Ademais, o significado das palavras, pelo menos até certo ponto, não depende da vontade das pessoas que desejam comunicar-se. Seria possível, neste sentido, que determinada onda do mar viesse a formar a palavra “gato” na areia com conchas e que se conseguisse compreender o que isto significaria justamente por conta da língua portuguesa. A linguagem não pode existir sem absolutamente qualquer contexto, mas o significado das palavras pode ser consideravelmente “acontextual”.<sup>49</sup> Nesta hipótese, o significado decorre de convenções da linguagem, de normas da linguagem, de referências socialmente determinadas ou de outras fontes – esta controvérsia não é relevante aqui. A possibilidade de símbolos – palavras, frases *etc* –

---

<sup>48</sup> Há trechos deste Item os quais já haviam aparecido em trabalho anterior (PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto..., p. 40, nota de rodapé nº 101); aqui, todavia, a ideia é demonstrar que as pessoas podem comunicar-se e que a interpretação seria, por conseguinte, possível.

<sup>49</sup> Para outros exemplos como estes, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, Formalism..., pp. 520-529.

transmitirem significado independentemente dos objetivos particulares dos sujeitos que desejam comunicar-se é chamada de “autonomia semântica” (*semantic autonomy*).<sup>50, 51 e 52</sup> Seria indevido afirmar, por exemplo, que seria fisicamente impossível para os intérpretes, no direito, repetir a redação de cláusulas de instrumentos contratuais.<sup>53</sup>

## 1.1.5. Lacunas no Direito

### 1.1.5.1. Introdução ao tema das Lacunas no Direito

Existe algo de infeliz por detrás da expressão “lacuna no direito”. “Lacuna” quer dizer “espaço”, “vão”, “cavidade” ou “buraco” e, desse modo, dá-se a impressão de que as lacunas no direito se refeririam aos textos jurídicos escritos, mas isto não é estritamente verdadeiro. As lacunas no direito referem-se a categorias abstratas como normas, direitos ou deveres.<sup>54</sup> Normas, por exemplo, não são a mesma coisa que a sua formulação ou que o seu

---

<sup>50</sup> Para o conceito do Prof. F. Schauer de autonomia semântica, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, pp. 55-62.

<sup>51</sup> O Prof. T. A. O. Endicott apresenta uma crítica negativa à ideia de autonomia semântica do Prof. F. Schauer. Ele chama a atenção para o fato de que havia uma pessoa na praia vendo a onda formar a palavra “gato” com conchas na areia (na verdade, vendo a onda formar a palavra “*cat*”): o próprio Prof. F. Schauer é uma pessoa competente na língua necessária para a compreensão do significado da palavra “gato” e inventou o exemplo da onda que gera a palavra “gato” na areia com conchas. A crítica do Prof. T. A. O. Endicott à autonomia semântica do Prof. F. Schauer pode ser encontrada em ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 17-21 e 164. Apesar de desenvolver esta crítica à autonomia semântica do Prof. F. Schauer, o Prof. T. A. O. Endicott, claramente, manifesta-se de maneira congruente com ela ao tratar dos conceitos de “paradigmas” (*paradigms*) e de “julgamentos sensíveis de similaridade” (*sensible judgements of similarity*) nas pp. 175-178 deste livro. Os conceitos de “exemplos padrão” (*standard instances*), de “circunstâncias normais” (*normal circumstances*) e de “entendimento completo” (*complete understanding*) ou de “explicação completa” (*complete explanation*) do Prof. A. Marmor também são compatíveis com a autonomia semântica do Prof. F. Schauer em MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory...*, pp. 102-103 e 116-118. Igualmente, a distinção que o Prof. H. L. A. Hart popularizou entre núcleo (*core*) e penumbra (*penumbra*) também poderia vir a ser associada à autonomia semântica do Prof. F. Schauer. Para os argumentos do Prof. H. L. A. Hart quanto a isso, pode-se consultar HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals...*, pp. 606-615.

<sup>52</sup> Para o conceito de semântica, pode-se consultar MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory...*, pp. 10-17.

<sup>53</sup> Este exemplo é uma adaptação do exemplo apresentado em RAZ, Joseph, *On the Nature of Law...*, pp. 121-122.

<sup>54</sup> Segundo o Prof. K. Larenz, o conceito de lacuna assinalaria um limite ao desenvolvimento do direito o qual se manteria vinculado à intenção reguladora e ao plano e à teleologia imanente às Leis. De acordo com ele, os juízes deveriam preencher as lacunas do direito em consonância com a intenção reguladora subjacente ao direito e com a teleologia do direito. Para a exposição deste raciocínio, pode-se consultar LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997 (tradução para o português do Prof. J. Lamego da 6ª edição em alemão de 1991), pp. 524-540. Para o Prof. C. Canaris, seria possível que o preenchimento de lacunas ocorresse a partir de argumentos sobre o aspecto sistemático do direito conforme CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2008 (tradução da 2ª edição de 1983 para o português pelo Prof. A. Menezes Cordeiro), pp. 167-172.

enunciado. Uma mesma norma talvez pudesse vir a ser formulada de várias maneiras diferentes; isto não quer dizer, todavia, que a formulação das normas seja irrelevante. Pelo contrário, a formulação das normas é algo crucial para a interpretação. Onde os juristas acreditam que eles estariam encontrando as normas? As doutrinas relativistas que enxergam uma enorme distância entre as normas e as suas formulações não conseguem justificar a maneira como as normas são encontradas.<sup>55</sup>

O problema das lacunas será abordado com brevidade aqui e será retomado posteriormente no Item 2.3.3 quando se tratar do preenchimento das lacunas do negócio jurídico de sociedade. Para facilitar a discussão sobre as lacunas agora, discorrer-se-á, tão somente, sobre as lacunas relativamente às normas estatais; deixar-se-á de lado, portanto, por enquanto, a questão das lacunas dos negócios jurídicos.

#### **1.1.5.2. Espécies de Lacuna no Direito**

Basicamente, existem duas espécies de lacunas; existem as lacunas processuais e existem as lacunas materiais.<sup>56</sup> A lacuna processual pode ocorrer, *e. g.*, quando não há norma de universalidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Neste caso, o direito pode existir, mas não haver como exigir que o direito seja aplicado. Diz-se, então, que há lacuna processual. As lacunas processuais são menos interessantes do ponto de vista teórico e do ponto de vista prático; dada a norma da universalidade da jurisdição, a possibilidade de lesão ou de ameaça a direito não deve ser excluída de possível apreciação da matéria pelo Poder Judiciário. Doravante, portanto, quando houver referência, simplesmente, à “lacuna”, ter-se-á em mente, apenas, a lacuna material.

---

<sup>55</sup> Concorde-se, portanto, com o Prof. F. Schauer quando ele trata do problema da indeterminação no direito; é verdadeiro que o direito não seria a mesma coisa que as fontes do direito, mas dizer que o direito não teria nada que ver com as suas fontes estaria, simplesmente, errado conforme SCHAUER, Frederick, *Thinking like a Lawyer...*, pp. 158-163. Para a distinção entre normas (o Prof. F Schauer utiliza a palavra “regra” ou “rule”, em inglês) e formulações das normas, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, pp. 68-72.

<sup>56</sup> O Prof. J. Raz denomina as lacunas processuais de *jurisdictional gaps* e as lacunas materiais de *legal gaps* em RAZ, Joseph, *Legal Reasons, Sources, and Gaps...*, pp. 70-72. Para o Prof. P. Chiassoni, as ideias do Prof. J. Raz sobre lacunas representariam, talvez, a melhor descrição das lacunas na filosofia do direito anglo-americana em CHIASSONI, Pierluigi, *Interpretation Without Truth: a realistic enquiry*, Springer, 2019, pp. 175-177.

A lacuna material surge quando há indeterminação no direito, quando há antinomia no direito ou quando há indeterminação ou antinomia em parâmetro que tenha sido eleito pelo direito como razão para decisão ou para ação.<sup>57</sup>

A indeterminação no direito pode existir em virtude de vagueza, de textura aberta<sup>58</sup>, de incompletude de meios para que fins sejam alcançados, de certas espécies de incomensurabilidades, de “imensurabilidades” (*immensurabilities*), de semelhanças de família, da distinção entre semântica e pragmática ou de ambiguidades.<sup>59 e 60</sup> Para lidar-se com estes problemas, há normas de “preenchimento”, de “colmatagem”, de “colmagem”, de “suprimento”, de “complementação”, de “suplementação”, de “integração” ou para “completar” lacunas. O principal dispositivo sobre este tema, no Brasil, em tese, seria o art. 4º, LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”<sup>61</sup> A norma da legalidade (art. 5º, II, CF), no

---

<sup>57</sup> As ideias do Prof. P. Chiassoni sobre lacunas não serão adotadas nesta tese de doutorado. Em vez disso, serão adotadas as ideias do Prof. J. Raz sobre lacunas em conformidade com a nota de rodapé de nº 56. A concepção do P. Chiassoni sobre lacunas não será aceita, porque ele dá demasiada ênfase à noção de “falta de norma” e não à ideia de indeterminação, porque as lacunas axiológicas substitutivas (“*lacune assiologiche sostitutive*”), no final das contas, são formas de antinomia e porque as lacunas axiológicas aditivas (“*lacune assiologiche additive*”) surgem, unicamente, por conta de eventuais inadequações morais do direito. Sobre esses temas, recomenda-se CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica...*, pp. 193-195 e 208-229.

<sup>58</sup> Para a distinção entre vagueza – utilização flutuante de palavras (*words used in a fluctuating manner*) – e textura aberta (*Porosität der Begriffe*) – possibilidade de vagueza quando afirmações empíricas são verificadas –, pode-se consultar MACKINNON, D. M.; WAISMANN, F.; KNEALE, W. C., *Verifiability in Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Vol. 19, 1945, pp. 121-123.

<sup>59</sup> As “fontes de indeterminação” (*sources of indeterminacy*) não serão estudadas detalhadamente na presente tese de doutorado, porque o exame desta matéria envolveria custos exagerados; passaria a ser necessário analisar, pormenorizadamente, um assunto muito complexo. Para um excelente estudo sobre este tema, pode-se consultar ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, Capítulos 1, 2 e 3, pp. 1-55 (especialmente o Capítulo 3, pp. 31-55).

<sup>60</sup> O tema das fontes de indeterminação no direito é muito complexo. Para exemplos do Prof. F. Schauer de indeterminações sobre o que seria uma fonte de direito, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *Second-Order Vagueness in the Law* in KEIL, Geert; POSCHER, Ralf (editores), *Vagueness and Law: philosophical and legal perspectives*, Oxford University Press, 2016, pp. 179-185.

<sup>61</sup> Discorrer-se-á um pouco sobre a história do art. 4º, LINDB, adiante no Item 2.2.6.2.

entanto, traz consigo algo importante para o debate sobre as lacunas – o que não é proibido é permitido (*permissum censeatur, quod prohibitum non reperitur*<sup>62</sup>).<sup>63, 64 e 65</sup>

Por sua vez, a antinomia é um conflito cuja resolução não é possível no direito.<sup>66</sup> Usualmente, na tradição romano-germânica, as antinomias não são vistas como hipóteses de lacunas<sup>67</sup>, mas é conveniente dizer que as antinomias também dariam ensejo a lacunas, porque, no final das contas, os efeitos práticos das indeterminações e dos conflitos que não podem ser terminados no direito são os mesmos. Para tratar das antinomias, há normas sobre possíveis conflitos entre normas<sup>68</sup>:

- a) Hierarquia: as normas decorrentes da Constituição são hierarquicamente superiores às normas derivadas de diplomas infraconstitucionais.
- b) Conflitos de normas no tempo (art. 2º, §1º, LINDB): “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”
- c) Conflitos entre normas gerais e normas especiais (art. 2º, §2º, LINDB): “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

---

<sup>62</sup> LUZITANO, Simão Vaz Barbosa, Axiomas e Logares Communs de Dirêito in TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto (selecionador), Regras de Dirêito, Rio de Janeiro: B. L. Garnier - Livrêiro-Editôr, 1882, p. 202.

<sup>63</sup> O Prof. C. de S. Zanetti denomina a norma da legalidade de “princípio geral de liberdade” em ZANETTI, Cristiano de Sousa, Direito Contratual Contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação, São Paulo: Editora Método, 2008, p. 60. Esta é uma excelente designação, porque ela corretamente chama a atenção para o que está em jogo em relação à norma da legalidade; este termo, todavia, não será adotado na presente tese de doutorado, pois se prefere fazer referência à norma da legalidade da maneira mais ortodoxa possível. Ela será chamada, assim, simplesmente, de norma da legalidade. O Prof. H. Kelsen associa a norma da legalidade à segurança jurídica em KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas..., p. 288.

<sup>64</sup> Permissões fracas não são normas. Elas existem, simplesmente, porque há condutas que não são proibidas. Permissões fortes, por outro lado, são normas. Elas correspondem a autorizações para a prática ou para a abstenção de determinada conduta. Para a distinção entre permissões fracas e permissões fortes, pode-se consultar WRIGHT, Georg Henrik von, Norm and Action: a logical enquiry, Routledge & Kegan Paul, 1963, pp. 85-87. O Prof. H. Kelsen concorda com estas ideias, mas ele utiliza palavras diferentes. Para ele, a regulamentação poderia ser positiva ou negativa. A regulamentação positiva seria formada pelas normas ao passo que a regulamentação negativa seria constituída pelas permissões fracas conforme KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, I Volume..., pp. 28-31, e KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas..., pp. 167-170. O Prof. P. Chiassoni chama a atenção para o fato de que normas positivas não derivam, necessariamente, de normas negativas. Isto acontece no direito por conta de normas como a norma da legalidade em conformidade com CHIASSONI, Pierluigi, Tecnica dell'Interpretazione Giuridica..., pp. 42-43.

<sup>65</sup> Enquanto, na administração particular, é lícito fazer tudo o que as Leis não proíbem ou determinam, na administração pública, só é permitido fazer o que as Leis autorizam conforme MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 14ª edição, 1989, pp. 78-79.

<sup>66</sup> Há certa artificialidade na divisão entre indeterminação no direito e antinomia no direito, mas vale a pena mantê-la, visto que, comumente, realiza-se esta distinção. Para uma visão abrangente sobre este problema complexo, pode-se consultar, como na nota de rodapé nº 59, ENDICOTT, Timothy A. O., Vagueness in Law..., Capítulos 1, 2 e 3, pp. 1-55 (especialmente o Capítulo 3, pp. 31-55).

<sup>67</sup> Para um resumo da história da discussão sobre as lacunas na tradição romano-germânica, pode-se consultar CHIASSONI, Pierluigi, Tecnica dell'Interpretazione Giuridica..., pp. 173-183.

<sup>68</sup> O Prof. P. Chiassoni trata de critérios para a resolução de lacunas em *idem*, pp. 281-291.

- d) Conflitos de normas no espaço: direito internacional privado e normas diversas sobre a territorialidade ou sobre a extraterritorialidade do direito brasileiro.

Por fim, pode-se optar, no direito, por critérios que conduzam a indeterminações ou a conflitos. Por exemplo, suponha-se que todo contrato, para ser válido, deva ser moral.<sup>69</sup> A moral não faz parte do direito, mas uma disputa sobre se determinado contrato seria moral ou não poderia levar a casos que não apresentassem uma única solução diante do direito. Esta é a essência das lacunas; quando o direito não apresenta uma única resposta diante de uma demanda (*quaestio iuris* proposta por parte ou considerada de ofício, por exemplo), há lacuna no direito.<sup>70</sup>

### 1.1.6. Argumentação Jurídica

Não obstante o direito poder ser alcançado sem que se tenha de se valer de considerações extrajurídicas, a argumentação jurídica, isto é, a argumentação que é utilizada por advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, mediadores, árbitros, juízes *etc.*, é apenas relativamente autônoma.<sup>71</sup> Com isto, quer-se dizer que esta forma de argumentação leva em conta considerações extrajurídicas – sejam elas quais forem –, pelo menos, quando houver indeterminação no direito, quando houver conflitos cuja resolução seja impossível no direito ou quando o próprio direito ordenar que sejam observadas considerações extrajurídicas.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> O art. 187, CC, é contrário ao Estado de Direito assim como, por exemplo, os arts. 59, CP, e 312, CPP.

<sup>70</sup> O Prof. T. A. O. Endicott defende, ao tratar do problema da indeterminação, que a “trivalência” (*trivalence*) seja evitada. Ele demonstra que, em tese, não se deveria inventar um terceiro momento entre o dia e a noite para se comprovar que não haveria qualquer forma de indeterminação sobre o momento em que o dia deixa de existir e em que a noite surge. Para observações sobre este debate e a consequente conclusão de que haveria lacuna no direito quando o direito não apresentasse uma única resposta diante de uma demanda, pode-se consultar ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 63-69 e 74-75.

<sup>71</sup> Rigorosamente, qualquer pessoa poderia argumentar quanto ao direito. Ser um jurista não é um requisito para que se possa argumentar juridicamente; manter-se-á aqui, entretanto, a tradição de se referir à argumentação jurídica como algo próprio das profissões jurídicas, porque se acredita que este costume facilitará a explicação que se deseja fornecer. Para breve discussão sobre este hábito, pode-se consultar RAZ, Joseph, *On the Autonomy of Legal Reasoning...*, pp. 326-327.

<sup>72</sup> Para a defesa desta concepção de argumentação jurídica, pode-se consultar RAZ, Joseph, *On the Autonomy of Legal Reasoning...*, pp. 330-335. Segundo o Prof. F. Schauer, a argumentação jurídica caracterizar-se-ia pela utilização acentuada de generalizações em SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes...*, pp. 266-274. O Prof. F. Schauer explica que argumentos são mais genéricos que as conclusões que se apoiam neles; isto seria algo relevante para a ideia de Estado de Direito conforme SCHAUER, Frederick, *Thinking like a Lawyer...*, pp. 175-180. Para a “diferenciação metodológica” (*methodological differentiation*) do direito, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *The Force of Law...*, pp. 156-157. Para a tradicional distinção entre argumentos baseados em forma (*formal reasons*) e argumentos substantivos (*substantive reasons*), estes últimos subdivididos em argumentos quanto aos fins (*goal reasons*) e argumentos de correção (*rightness reasons*), pode-se consultar ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, Oxford University Press,

Para demonstrar estas ideias, vale-se de um exemplo do Prof. J. Raz<sup>73</sup> e de um exemplo do Prof. R. S. Summers<sup>74</sup>. Convenientemente, o exemplo do Prof. J. Raz é sobre o direito das sociedades. Nesta tese de doutorado, os dois casos serão transformados em hipóteses de direito brasileiro.

O exemplo do Prof. J. Raz diz respeito às ofertas públicas para aquisição de poder de controle de companhia aberta.<sup>75</sup> Para a análise de tais ofertas, devem ser levados em conta, fundamentalmente, a Lei da CVM, a Lei das Sociedades por Ações (arts. 257 e seguintes), a Instrução CVM nº 361/02 e os outros atos administrativos da CVM que tenham relação com este assunto. Assim, os procedimentos e os efeitos destas ofertas poderão ser devidamente compreendidos.

O exemplo do Prof. R. S. Summers, por seu turno, relaciona-se ao art. 1.583, §3º, CC. Este dispositivo possui a seguinte redação: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.” Entre os vários aspectos interessantes deste dispositivo, destaca-se a expressão “interesses dos filhos”.

O debate sobre a aquisição do poder de controle por oferta pública é uma discussão técnica que envolve um assunto especializado. Os interesses dos filhos, por sua vez, são algo cuja definição depende de argumentação moral. Quando os legisladores determinaram que a cidade base de moradia dos filhos, na guarda compartilhada, seria escolhida com base nos interesses dos filhos, seria mais ou menos como se os legisladores tivessem dito o seguinte para os juízes: “Juízes, na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela cidade que for melhor do ponto de vista moral.”<sup>76</sup>

---

1987, pp. 5-11. O Prof. R. S. Summers, entretanto, posteriormente, alterou um pouco a sua posição quanto a este tema; ele passou a preferir opor a forma ao conteúdo em vez de opor a forma à substância para não terminar por reduzir a importância da forma para o direito ainda que de maneira apenas incidental conforme SUMMERS, Robert S., *Form and Function in a Legal System...*, pp. 61-63.

<sup>73</sup> RAZ, Joseph, *On the Autonomy of Legal Reasoning...*, p. 335.

<sup>74</sup> SUMMERS, Robert S., *Form and Function in a Legal System...*, pp. 151-152.

<sup>75</sup> Os legisladores preocuparam-se com as ofertas públicas de aquisição de controle no momento da edição da Lei das Sociedades por Ações, teoricamente, por conta de possíveis perturbações que poderiam ocorrer nos mercados em função da realização de ofertas inidôneas ou sem a observância das normas relacionadas aos interesses das partes diversas envolvidas (OIOLI, Erik Frederico, *Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 139-140).

<sup>76</sup> Detalhes adicionais sobre o direito de família serão completamente ignorados neste trabalho, porque o direito de família não faz parte do objeto da presente tese de doutorado. Desse modo, não será dita coisa alguma, e. g., sobre o direito de família constitucional, sobre a jurisprudência quanto a este assunto ou sobre a relação entre este tema e o art. 4º, LINDB.

Existem profissões que envolvem um modo de argumentar autônomo. A argumentação dos encanadores<sup>77</sup>, v. g., é uma argumentação autônoma. A argumentação dos juristas, por outro lado, abrange tanto um raciocínio técnico quanto um arrazoado sobre o que seria mais eficiente do ponto de vista econômico ou mais moral *etc*; trata-se, pois, de uma forma de argumentação apenas relativamente autônoma. A própria decisão sobre a utilização de um raciocínio técnico ou não pode ser uma decisão moral.<sup>78</sup>

## 1.2. Instrumento ou Estatuto do Contrato de Sociedade

Para as sociedades personificadas que são regidas pelo Código Civil, exige-se que haja um “contrato escrito, particular ou público” (art. 997, *caput*, CC). Para as sociedades por ações que são regidas pela Lei das Sociedades por Ações, por outro lado, requer-se que haja um estatuto social (arts. 82, §1º, “b”, 87, §1º, e 88, §1º e §2º, “b”, LSA).

### 1.2.1. Instrumento do Contrato de Sociedade

Instrumento é um documento. Trata-se de uma forma ou de uma solenidade.<sup>79</sup> Em princípio, a ideia de instrumento negocial, particular ou público, pareceria conduzir à noção de “cláusula de acordo integral” (*entire agreement clause* ou *whole agreement clause*), mas isto não é verdadeiro, porque, no direito brasileiro, vigora a norma segundo a qual a validade dos negócios jurídicos não depende de forma especial exceto quando isto é exigido por Lei (art. 107, CC).<sup>80</sup> Presume-se, adicionalmente, que as declarações constantes de documentos assinados seriam verdadeiras em relação aos signatários (art. 219, *caput*, CC).<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Este exemplo dos encanadores pode ser encontrado em RAZ, Joseph, *On the Autonomy of Legal Reasoning...*, pp. 330 e 334.

<sup>78</sup> Os Professores L. Alexander e E. Sherwin argumentam contrariamente à exaltação da argumentação jurídica. Para breve resumo das conclusões destes dois Professores, pode-se consultar ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2008, pp. 233-235.

<sup>79</sup> Para observações sobre o conceito de instrumento particular, em comentário ao art. 135, Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 221, CC, pode-se consultar BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 7ª edição, 1944, pp. 415-419.

<sup>80</sup> Para o conceito de forma ou de solenidade jurídicas e para explicação de que a vontade das partes poderia ser compreendida a partir das formas ou das solenidades jurídicas de instrumentos particulares ou públicos, em comentário ao art. 129, Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 107, CC, pode-se consultar *idem*, pp. 406-408.

<sup>81</sup> Para observações sobre o art. 131, Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 219, CC, pode-se consultar *idem*, pp. 409-411. Na página 411: “Presumem-se verdadeiras, em relação aos signatários, as declarações, que tenham feito sobre o objecto do acto celebrado, porque, precisamente, nessas declarações está a substancia do acto. Sem essa presumpção, os negocios juridicos, feitos em boa fé, não teriam firmeza, e a

Para a validade das sociedades do Código Civil, não é obrigatório que haja instrumento negocial; para a eficácia plena destas sociedades, no entanto, deve haver instrumento negocial.<sup>82</sup> Não havendo prova por escrito da sociedade, há ineficácia relativa do negócio jurídico. Os sócios apenas poderão demonstrar que a sociedade existe com documentos por escrito; os terceiros, todavia, poderão comprovar que a sociedade existe de qualquer modo (art. 987, CC). Além disso, quando estas sociedades não são organizadas através de um instrumento negocial, elas não podem adquirir personalidade jurídica (art. 985, CC).<sup>83</sup> No caso específico de sociedade em conta de participação, o contrato social produz efeitos apenas entre os sócios, e a inscrição eventual de instrumento negocial não confere personalidade jurídica à sociedade (art. 993, *caput*, CC).<sup>84</sup>

### 1.2.2. Estatuto do Contrato de Sociedade

As sociedades por ações em organização não são ordenadas pelas normas das sociedades em comum (art. 986, CC). A constituição de sociedade por ações pode dar-se por subscrição particular, simultânea (art. 88, LSA), ou por subscrição pública, sucessiva (arts. 82 a 87, LSA).<sup>85</sup> A constituição por subscrição particular pode ser feita por deliberação dos subscritores em assembleia geral ou por escritura pública (art. 88, *caput*, LSA); a constituição por subscrição pública, por sua vez, apenas pode ser feita por deliberação dos subscritores em assembleia geral (arts. 86 e 87, LSA). Se a constituição de sociedade por ações é feita através de assembleia geral, discute-se e vota-se o projeto de estatuto (arts. 83 c/c art. 87, §1º, LSA). A maioria não tem poder para alterar o projeto do estatuto; ele apenas

---

vida social não poderia desenvolver. É uma necessidade da coexistência humana a segurança das relações jurídicas. E uma de suas formas é a consagrada no art. 131, princípio.”

<sup>82</sup> O Prof. E. V. A. e N. França distingue as cláusulas obrigatórias das cláusulas facultativas dos contratos de sociedades simples puras em comentários ao art. 997, CC, em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e Sociedades de Pessoas *in* CARVALHOSA, Modesto (Coord.), Tratado de Direito Empresarial, Vol. II, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, pp. 300-304.

<sup>83</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, A Sociedade em Comum, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 105-110. Para uma versão resumida, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, A Sociedade em Comum (Uma Malcompreendida Inovação do Código Civil de 2002) *in* RDM, nº 164/165, Ano LII, janeiro-agosto, 2013, pp. 40-42.

<sup>84</sup> Para breve pesquisa empírica sobre o número de instrumentos de sociedades em conta de participação arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo, pode-se consultar AFFONSO, Ana Carolina Barbuio, A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, pp. 138-141.

<sup>85</sup> As sociedades em comandita por ações não são muito utilizadas. Para observações genéricas sobre este tipo societário, pode-se consultar BULGARELLI, Waldírio, As Sociedades em Comandita: simples e por ações *in* RDM, nº 33, Ano XVIII, janeiro-março, 1979, pp. 87-92.

pode ser modificado por unanimidade (art. 87, §2º, LSA). Por outro lado, se a constituição de sociedade por ações é feita por escritura pública, este documento deverá conter o estatuto social (art. 88, §2º, “b”, LSA).<sup>86</sup>

O estatuto social traz normas pelas quais se rege a sociedade por ações. Isto pode ser alcançado a partir do art. 83, LSA, em cuja epígrafe se lê “Projeto de Estatuto”: “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 conterà as normas pelas quais se regerá a companhia.”<sup>87, 88, 89 e 90</sup>

Depois de que a sociedade por ações é constituída, devem ser cumpridas formalidades complementares à constituição (arts. 94 a 99, LSA). Os primeiros administradores podem ser solidariamente responsabilizados perante a sociedade por ações

---

<sup>86</sup> Para observações sobre a deliberação de constituição de sociedade anônima, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Invalidez das Deliberações de Assembleia das S/A e Outros Escritos sobre o tema da Invalidez das Deliberações Sociais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2017, pp. 65-71.

<sup>87</sup> O dispositivo legal mais próximo ao art. 83, LSA, no regime legal anterior era o art. 40, II, Decreto-Lei Federal nº 2.627/40. Explica o Prof. T. de M. Valverde em VALVERDE, Trajano de Miranda, *Sociedades por Ações*, Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 1959, pp. 256-258:

“Os subscritores, antes de se inscreverem como tomadores de partes do capital social, devem conhecer as regras sob cujo império viverá a corporação e que fixam os direitos e deveres dos seus membros. Por isso é que a lei manda que na assembléia constituinte os fundadores apresentem os estatutos devidamente assinados por todos os subscritores (art. 45, §1.º), como determina que o projeto dêles, no caso de subscrição pública, acompanhe os prospectos da sociedade (art. 40, I).

(...)

No curso da vida da sociedade, podem os estatutos ser modificados ou alterados pela assembléia geral, sem necessidade do consentimento unânime de seus membros. A simples maioria dos acionistas presentes à reunião, convocada e aberta com as formalidades prescritas na lei, delibera e impõe aos demais membros, ausentes ou dissidentes, as novas regras estatutárias. Só lhe não é lícito violar direitos fundamentais dos acionistas, reduzir ou nulificar prerrogativas, que a lei ou os estatutos outorgam.

Os estatutos, como um complexo de normas, contêm até disposições penais tendentes a preservar a vida da corporação contra atos nocivos de seus membros. A exclusão dêles, ou a suspensão do exercício de certos direitos, como o de voto, são penas disciplinares que figuram comumente nos estatutos. Mas rara, nas sociedades anônimas, é a multa; todavia, nada impede que seja incluída (art. 74, §2.º).

(...)

Se os estatutos entram como elemento integrante dos atos constitutivos da sociedade anônima, 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 mais ser alterados ou modificados. Modificados ou alterados só os estatutos podem ser.”

<sup>88</sup> Para comentários ao art. 83, LSA, pode-se consultar LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 1980, pp. 132-134.

<sup>89</sup> Segundo o Prof. E. V. A. e N. França, “o estatuto constitui *lei* entre as partes (art. 83)” em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Sociedade Anônima II: assembleia de acionistas, direito de voto e conflito de interesses* in JORGE, André Lemos; PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz; DE LUCCA, Newton *et al* (Orgs.), *Coletânea da Atividade Negocial*, São Paulo: Universidade Nove de Julho – UNINOVE, 2019, p. 165, nota de rodapé nº 7, com o grifo do original.

<sup>90</sup> Havia uma maneira mais antiga de se referir ao estatuto. Antigamente, dizia-se estatuto no plural: estatutos. Isto pode ser percebido, por exemplo, na comparação entre o antigo Decreto-Lei Federal nº 2.627/40 e a atual Lei das Sociedades por Ações.

por prejuízos causados pela demora no cumprimento destas formalidades complementares (art. 99, *caput*, LSA); a sociedade por ações apenas responderá caso a assembleia geral venha a ratificar os atos dos administradores (art. 99, parágrafo único, LSA). Os fundadores<sup>91</sup> e as instituições financeiras que tiverem se envolvido na constituição de sociedade por ações por subscrição pública poderão ser responsabilizados, no âmbito de suas atribuições, por prejuízos causados (art. 92, *caput*, LSA); os fundadores, mais especificamente, poderão ser responsabilizados solidariamente por prejuízos causados (art. 92, parágrafo único, LSA).

Chama-se a atenção para estas características, porque a constituição das sociedades por ações difere-se da constituição das sociedades do Código Civil, substancialmente, no que diz respeito às formalidades e à responsabilidade dos sujeitos envolvidos.

Quanto às solenidades, percebe-se que a validade do negócio jurídico de sociedade, no Código Civil, não dependeria de forma especial (art. 107, CC, c/c art. 987, CC); a validade da sociedade por ações, por seu turno, estaria sujeita à observância de solenidades específicas (Capítulo VII da Lei das Sociedades por Ações).

A questão da responsabilidade dos sujeitos envolvidos com a constituição da sociedade é mais complexa, mas, aqui, também, há diferenças. No caso das sociedades do Código Civil, a disciplina da responsabilidade dos sócios da sociedade em comum funciona, na prática, como uma hipótese residual para os casos em que o instrumento do negócio jurídico não é inscrito no registro público – na sociedade em comum, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 990, CC). Há, no entanto, a possibilidade de existência de sociedade em conta de participação. Neste caso, em princípio, a atividade é praticada, unicamente, pelo sócio ostensivo o qual responde com exclusividade (art. 991, *caput*, CC); quando, contudo, o sócio participante toma parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, responde solidariamente com este pelas obrigações nas quais tenha intervisto (art. 993, parágrafo único, CC).<sup>92</sup> A responsabilidade dos sujeitos envolvidos com a constituição de sociedade por ações, por outro lado, foi descrita anteriormente neste mesmo Item.

Há distinções, portanto, entre o regime de responsabilidade das sociedades do Código Civil e o regime de responsabilidade das sociedades por ações relativamente ao momento da constituição dessas espécies.

---

<sup>91</sup> Para as características jurídicas dos fundadores, pode-se consultar FRAGOSO, Daniella Maria Neves Reali, *Sociedades por Ações: constituição*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 87.

<sup>92</sup> Para observações sobre como funciona a responsabilidade dos sócios nas sociedades em conta de participação, pode-se consultar SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe, *Sociedade em Conta de Participação*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 79-94.

### 1.3. Relevância do Instrumento ou do Estatuto do Contrato de Sociedade

#### 1.3.1. Contrato de Sociedade como Contrato Plurilateral

O negócio jurídico de sociedade é um contrato plurilateral.<sup>93</sup> Não há qualquer erro em chamar o negócio jurídico de sociedade de contrato. Em última análise, isto é algo que remonta ao direito romano<sup>94</sup> e, atualmente, o negócio jurídico de sociedade é denominado de contrato no art. 981, *caput*, CC. Comumente, a expressão “contrato” é reservada apenas para negócios jurídicos bilaterais, mas, em princípio, não haveria problema em se atribuir este termo a outras hipóteses também.<sup>95</sup>

A dificuldade com o termo “contrato plurilateral” é que é perfeitamente lícito que haja sociedades com apenas dois sócios – neste caso, talvez conviesse dizer que a sociedade seria um negócio jurídico bilateral e não um negócio jurídico plurilateral.<sup>96 e 97</sup> Além disso,

---

<sup>93</sup> Para a descrição tradicional do negócio jurídico de sociedade como um contrato plurilateral, pode-se consultar ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945, pp. 284-332.

<sup>94</sup> A sociedade era um dos quatro contratos consensuais do direito romano. Para a análise deste negócio no direito romano, pode-se consultar MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito Romano, Rio de Janeiro: Editora Forense, 17ª edição, 2016, pp. 531-534.

<sup>95</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Vol. III, Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª edição, 1999, pp. 1-2.

<sup>96</sup> Concorde-se, portanto, quanto a este ponto, com a crítica que pode ser encontrada em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado, Tomo XLIX, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1972, pp. 15-20.

ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral..., pp. 285-286, sem as notas de rodapé de números 25, 26 e 27, com os grifos do original:

“Este característico formal não é destituído de relevância, pois a doutrina dos contratos tem, ao contrário, constantemente em vista a hipótese de duas e *somente duas* partes. Chegou-se mesmo a afirmar ser, a participação de mais de duas partes incompatível com a natureza do contrato. O contrato de sociedade constitui o desmentido de uma tal afirmação.

É óbvio que, mesmo quanto aos contratos plurilaterais, em um determinado caso concreto, pode haver a participação de apenas duas partes. Isso, porém, em nada diminui o característico acima enunciado: ao passo que, com efeito, dos contratos plurilaterais podem participar *mais de duas* partes, essa possibilidade está excluída nos demais contratos.

Por outro lado, os vários característicos dos contratos plurilaterais que iremos enumerando, se verificam também quando o contrato, no caso concreto, resulta apenas de duas partes.”

No mesmo sentido, recomenda-se ASCARELLI, Tullio, Contrato Plurilaterale; Comunione di Interessi; Società di Due Soci; Morte di un Socio in una Società Personale di Due Soci *in* Saggi di Diritto Commerciale, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, pp. 337-342.

“Parte”, “lado” ou “polo” são sinônimos; sujeito que é titular de interesse ou de interesses concentrados em uma das partes da relação é chamado de “figurante” conforme TOMASETTI JR., Alcides, 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 Editores, 2011, p. 757.

<sup>97</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato *in* Revista dos Tribunais,

também pode haver sociedade com apenas um único sócio<sup>98 e 99</sup> e, quiçá, sociedade sem sócio algum embora, neste último caso, a sociedade deixe de ser um negócio jurídico.<sup>100</sup>

A vantagem da ideia dos contratos plurilaterais diz respeito à oposição que se faz entre interesses os quais se encontrariam contrapostos – assim como quando uma das partes deseja vender pelo maior preço possível e a outra parte deseja comprar pelo menor preço possível – e a união de escopo quanto a um fim a ser alcançado. Não é que não possam ocorrer conflitos diversos entre as partes de um negócio jurídico em que há comunhão de

---

Ano 94, v. 832, fevereiro de 2005, pp. 120-121: “Há, todavia, quem distinga os negócios jurídicos bilaterais dos plurilaterais. De fato, o Código Civil italiano traz alguns dispositivos (arts. 1.420, 1.446, 1.459 e 1.466) que estabelecem que a nulidade, a anulabilidade, a resolução por inadimplemento e a impossibilidade de prestação, se relacionadas somente a uma das partes do contrato plurilateral, não produzirão efeitos em relação ao contrato como um todo, a menos que a participação do contratante em questão deva ser considerada essencial, à luz das circunstâncias concretas. Na verdade, porém, essas regras são meras confirmações do princípio geral de que o útil não é “contaminado” pelo inútil, *utile par inutile non vitiatur*, aplicado aqui aos casos específicos de nulidade parcial subjetiva (art. 1.420), anulabilidade parcial subjetiva (art. 1.446), resolução parcial subjetiva (art. 1.459) e impossibilidade parcial subjetiva (art. 1.466). Não são, pois, nada que possa pôr os contratos plurilaterais em uma classe diversa da dos bilaterais. (...) Às vezes, a insistência em separar os atos plurilaterais dos bilaterais resulta de certa confusão com os atos coletivos ou decisões colegiadas, já referidos, ou, então, conforme logo veremos, com atos de constituição de sociedade, que resultam da classificação dos atos por outro critério, o critério de seus efeitos. Repetindo, pelo número de partes, atos bilaterais e plurilaterais não constituem classes distintas. São, por exemplo, plurilaterais, o seguro em grupo feito por uma empresa para seus funcionários (há: a seguradora, a empresa e o grupo de empregados segurados – três partes); ou a assunção de dívida, conforme o art. 200 do CC/2002 (há: o terceiro que assume a dívida, o devedor e o credor que concorda com a transferência). As diferenças são muito pequenas em relação a atos semelhantes, bilaterais.”

<sup>98</sup> A empresa individual de responsabilidade limitada e a subsidiária integral são sociedades unipessoais que podem ser constituídas por atos unilaterais. A empresa pública também pode ser uma sociedade unipessoal, mas, neste caso, a constituição da sociedade dá-se por meio de ato normativo legal. Recentemente, passou-se a aceitar que a sociedade limitada seja constituída por apenas um único sócio (art. 1.052, §1º, CC). De acordo com o art. 41, *caput*, Lei do Ambiente de Negócios, as empresas individuais de responsabilidade limitada devem ser transformadas em sociedades limitadas unipessoais. Estas transformações devem respeitar o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF). Teoricamente, a sociedade simples pura poderia vir a existir de maneira unipessoal supervenientemente em razão da revogação do art. 1.033, IV, CC. A empresa individual de responsabilidade limitada é uma sociedade unipessoal, porque ela pode adotar firma ou denominação social, ela tem capital social, ela pode resultar da concentração de quotas de outra modalidade de sociedade em um único sócio e é regida, supletivamente, pelas normas da sociedade limitada. Para outros argumentos neste sentido, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei nº 12.441/2011): Anotações *in* RDM, nº 163, Ano LI, setembro-dezembro, 2012, pp. 32-35.

<sup>99</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Direito Processual Societário: comentários breves ao CPC/2015, São Paulo: Editora Juspodivm e Malheiros Editores, 2ª edição, 2021, p. 23, nota de rodapé nº 1: “A ressalva feita deve-se ao fato de que, excepcionalmente, poderá a sociedade resultar de ato unilateral (em sociedades originariamente unipessoais). O CC italiano hoje é expresso: “La società può essere costituita per contratto o per atto unilaterale” (art. 2.328).”

<sup>100</sup> Para comentários sobre a sociedade sem sócios e a sugestão de uma relação entre a sociedade sem sócios e a fundação, pode-se consultar SALOMÃO FILHO, Calixto, A Sociedade Unipessoal, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pp. 61-66. Para considerações sobre a “sociedade sócia de si própria”, pode-se consultar DOTTO, Bruno Di, Negócios da Companhia com Ações de sua Emissão, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, pp. 179-191.

escopo, mas, neste caso, pelo menos em abstrato, existiria consenso quanto ao fim a ser buscado.<sup>101</sup>

As diferenças quanto ao regime de validade dos negócios jurídicos e quanto à exceção dos contratos não cumpridos são os exemplos que costumam ser citados de distinções práticas entre os negócios jurídicos em que há contraposição de interesses e os negócios jurídicos em que há união quanto ao fim a ser atingido.<sup>102</sup>

Doravante, em vez de se utilizar a expressão “contrato plurilateral”, referir-se-á às sociedades, simplesmente, como negócios jurídicos. As sociedades até podem não ser negócios jurídicos – caso em que há, *e. g.*, sociedade de economia mista ou empresa pública<sup>103</sup> –, mas não se trabalhará com estas hipóteses na presente monografia.<sup>104</sup>

### 1.3.2. Contrato de Sociedade como Contrato Relacional e Incompleto

Existe um espectro ou *continuum* dos negócios jurídicos que vai de um extremo descontínuo (*discrete*)<sup>105</sup> a um extremo relacional (*relational*). Neste trabalho, dar-se-á

---

<sup>101</sup> O Prof. T. Ascarelli opõe os contratos de permuta às sociedades e distingue, na categoria dos contratos, uma subespécie, que denomina de contrato plurilateral, a qual abrangeria as sociedades em ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral..., pp. 274-276.

<sup>102</sup> *Idem*, pp. 304-309.

<sup>103</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Forense, 29ª edição, 2016, pp. 558-560.

<sup>104</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Reforma da Empresa *in* Direito Empresarial: estudos e pareceres, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 14: “Em suma, é perfeitamente contraditório organizar o vasto setor das empresas de interesse social em função do lucro, que se não justifica, em bom direito, senão como estímulo ou incentivo aos agentes privados, no desempenho da função social que lhes é constitucionalmente assinada. No caso das empresas sob controle estatal, então, não há o menor título de racionalidade para esse estímulo. O estatuto legal da sociedade de economia mista deveria, sob esse aspecto, sofrer ampla revisão, superando-se esse amálgama inconseqüente de interesses contraditórios, sob a forma falsamente associativa.”

<sup>105</sup> Será utilizada a mesma tradução para “*discrete*” que pode ser encontrada em, por exemplo, MACEDO JR., Ronaldo Porto, Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, p. 123: “O objetivo básico é o de criticar os limites da teoria contratual clássica, fundada num conceito bastante limitado e historicamente determinado de vínculo contratual, usualmente denominado “contrato descontínuo”.” O Prof. R. R. de Aguiar Júnior, por outro lado, chama os contratos descontínuos de contratos descontínuos, contratos isolados ou de contratos singulares em AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, Contratos Relacionais, Existenciais e de Lucro *in* Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 12, Vol. 45, janeiro a março de 2011, p. 96. O Prof. A. Junqueira de Azevedo disse que o conceito de contrato relacional seria “uma importante tentativa de renovação da dogmática contratual clássica”. Para ele, a “visão algo padronizada dos “momentos contratuais”, conclusão e execução dos contratos” não cobriria, exatamente, a realidade dos contratos relacionais em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio..., pp. 122-123.

ênfase ao problema do planejamento dos negócios jurídicos<sup>106</sup> tendo em conta as possíveis características descontínuas ou relacionais dos negócios jurídicos.<sup>107, 108, 109 e 110</sup>

Quando há negócio jurídico descontínuo, o planejamento pode abranger, predominantemente, a definição do conteúdo do negócio (*planning of the substance of the exchange*); quando, entretanto, há negócio jurídico relacional, o planejamento pode ligar-se, principalmente, à execução do negócio (*planning of the structures and of the processes*).<sup>111</sup> Diz-se isto, porque, no início de uma relação, pode ser muito custoso ou até mesmo impossível planejar todos os aspectos relevantes da relação. Como se trata de algo que se desenvolverá com o passar do tempo, pode ser muito mais cômodo, por exemplo, deixar para planejar depois ou apenas agir quando os problemas surgirem.<sup>112</sup> Estas mesmas considerações são aplicáveis aos casos de relações em que um sujeito dispõe de sua posição negocial, em que um sujeito adquire ou perde posição negocial ou em que ocorrem modificações nas posições negociais dos sujeitos.

---

<sup>106</sup> O Prof. I. R. Macneil resgatou a palavra “*presentiation*” – a qual poderia ser traduzida para o português como “trazer para o presente” – para demonstrar que o conceito clássico de contrato da tradição americana não se encaixaria muito bem com hipóteses em que o trazer para o presente não pudesse ocorrer de maneira total em MACNEIL, Ian R., *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation in Virginia Law Review*, Vol. 60, No. 4, abril de 1974, pp. 589-597.

<sup>107</sup> O Prof. I. R. Macneil referiu-se aos negócios relacionais pela primeira em uma discussão sobre quais seriam os elementos do “comportamento contratual” (*contractual behavior*) em MACNEIL, Ian R., *Whither Contracts? in Journal of Legal Education*, Vol. 21, No. 4, 1969, pp. 403-407.

<sup>108</sup> Não serão discutidos todos os detalhes das ideias do Prof. I. R. Macneil quanto aos negócios relacionais. Ele passou a denominar a sua própria tese sobre os negócios relacionais de “teoria essencial do contrato” (*essential contract theory*) a partir de MACNEIL, Ian R., *Relational Contract Theory: challenges and queries in Northwestern University Law Review*, Vol. 94, No. 3, 2000, pp. 892-893.

<sup>109</sup> Frequentemente, diz-se que o Prof. S. Macaulay teria demonstrado que os negócios relacionais seriam muito comuns na prática; há, todavia, algumas limitações importantes nas pesquisas empíricas do Prof. S. Macaulay. Por exemplo, ele não chegou a disponibilizar para o público os relatórios das entrevistas que ele teria conduzido de 68 pessoas de negócios e de advogados de 43 sociedades diferentes ainda que com omissões para a preservação da identidade das pessoas envolvidas em MACAULAY, Stewart, *Non-Contractual Relations in Business: a preliminary study in American Sociological Review*, Vol. 28, No. 1, fevereiro de 1963, pp. 55-67. Por outro lado, o estudo empírico do Prof. S. Macaulay sobre o contrato de franquia é muito profundo. Para breves observações do Prof. Macaulay sobre as tensões entre o direito contratual em geral e os novos regimes para contratos específicos em artigo com densa pesquisa sobre o contrato de franquia, pode-se consultar MACAULAY, Stewart, *Changing a Continuing Relationship between a Large Corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers, and the legal system in Law and Society, Wisconsin Law Review*, 483, 1965, pp. 202-204.

<sup>110</sup> Para discussão interessante sobre a distinção entre “contrato” e “relação contratual”, pode-se consultar GOMES, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 11ª edição, 1986, pp. 21-22.

<sup>111</sup> Para diferenças quanto ao planejamento dos negócios descontínuos e dos negócios relacionais, pode-se consultar MACNEIL, Ian R., *The New Social Contract: an inquiry into modern contractual relations*, Yale University Press, 1980, pp. 24-27.

<sup>112</sup> Segundo o Prof. G. Oppo, o conteúdo da “relação de duração” (*rapporto di durata*) poderia ser uma “obrigação de uma prestação continuativa por sua natureza” (*obbligazione di una prestazione continuativa per sua natura*) ou uma “obrigação de uma prestação instantânea reiterada” (*obbligazione di una prestazione instantanea reiterata*) conforme OPPO, Giorgio, *I Contratti di Durata in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Volume XLI, 1943, pp. 227-234.

Para lidar com os riscos ou com as incertezas relacionais, as partes podem valer-se de diferentes hipóteses negociais ou as autoridades estatais podem intervir para contribuir com a alocação eficiente dos riscos ou das incertezas<sup>113</sup>. Por exemplo, o negócio jurídico de sociedade é um negócio relacional<sup>114</sup>, e os seguintes arranjos legislativos existem, em abstrato, para facilitar o planejamento do conteúdo das sociedades:

- a) Normas sobre o interesse social (arts. 1.010, §3º, 1.013, §2º, CC, 115, *caput*, 116, parágrafo único, 154, *caput*, 160 e 165, *caput* e §1º, LSA) e sobre o fim social (arts. 981, *caput*, CC, e 2º, *caput*, LSA);
- b) Atribuição dos administradores para praticar os atos de gestão, isto é, para levar a cabo o objeto ou a atividade da sociedade os quais abrangem atos jurídicos e materiais diversos (arts. 1.015, *caput*, 1.042, 1.046, parágrafo único, c/c 1.047, *caput*, 1.060, *caput*, 1.091, *caput*, CC, 138, *caput*, e 282, *caput*, LSA);<sup>115</sup>
- c) Atribuição dos administradores ou dos diretores, órgãos representativos ou externos da sociedade, para vincular a sociedade negocialmente através do exercício do poder de representação – a vontade manifestada é imputada à sociedade (arts. 47, 1.022, CC, 138, §1º, e 144, *caput*, LSA);<sup>116</sup>
- d) Atribuição da assembleia geral ou da reunião de sócios (arts. 1.071, II, III e V, e 122, II, LSA) ou direito dos sócios (arts. 989, 1.010, *caput*, 1.013, *caput*, 997, VI, c/c 1.042, e 1.046, parágrafo único, c/c 1.047, *caput*, CC) para nomear e para destituir os administradores ou os conselheiros do conselho de administração assim como a

---

<sup>113</sup> Para a diferença entre risco e incerteza, pode-se consultar MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2015 (tradução para o português da Profa. R. Sztajn), pp. 129-131.

<sup>114</sup> A sociedade limitada com mais de dez sócios, por exemplo, poderia ser vista, eventualmente, como menos relacional que as outras sociedades limitadas por conta da exigência legal de existência de assembleia nestes casos (art. 1.072, §1º, CC).

<sup>115</sup> Não se deve fazer distinção entre administração ordinária e administração extraordinária no âmbito do direito das sociedades conforme FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Vinculação da Sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil in RDM*, nº 146, Ano XLVI, abril-junho, 2007, p. 35. Em sentido contrário, o Prof. J. A. T. Guerreiro separa a administração ordinária, relacionada à consecução ordinária do objeto social, da administração extraordinária, referente à estrutura da sociedade e às interações fundamentais entre sócios e sociedade, em GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Administração: ordinária e extraordinária in VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.), Lei das S.A. em seus 40 Anos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, pp. 205-206 e 211.

<sup>116</sup> Para a caracterização da administração das sociedades, chama-se a atenção, muito frequentemente, para os aspectos de ordem pública que existem por detrás da posição da administração e do administrador; nesta tese, todavia, quando se aludir à administração ou aos administradores, ter-se-á em mente, principalmente, os aspectos negociais destas hipóteses. Para observações sobre as discussões que existem sobre isto, pode-se consultar ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 29-53.

atribuição do conselho de administração para nomear e para destituir os diretores (art. 142, II, LSA);<sup>117</sup>

- e) Norma da maioria para a tomada das deliberações nos órgãos sociais colegiados (arts. 1.010, *caput*, 1.076, III, 129, *caput*, e 140, IV, LSA);<sup>118 e 119</sup>
- f) Norma de que os votos dos sócios sejam contados segundo o valor das quotas de cada sócio (art. 1.010, *caput*, CC) e de que a ação ordinária corresponda a um voto nas deliberações da assembleia geral (art. 110, *caput*, LSA);
- g) Direitos e deveres dos sócios<sup>120</sup>, deveres e responsabilidades dos controladores (arts. 116, parágrafo único, e 246, LSA), prerrogativas, deveres e responsabilidades dos diferentes órgãos sociais (arts. 1.011, *caput* e §2º, 1.012 a 1.018, 1.020, 1.022, 1.042, 1.046, parágrafo único, *c/c* 1.047, *caput*, 1.060, *caput*, 1.068 a 1.071, 1.072, §4º, 1.073, 1.085, *caput*, 1.103 a 1.105, CC, 122, 142, 143, IV, 144, 153 a 160, 163, 165, 165-A, 245, 210, 211 e 217, LSA) e a consequente existência de hierarquia entre os órgãos sociais – a assembleia geral é hierarquicamente superior ao conselho de administração o qual, por sua vez, é hierarquicamente superior à diretoria;<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> Para os Professores L. F. Spinelli, J. P. Scalzilli e R. Tellechea, é possível a nomeação de interventor judicial para a administração de sociedades apesar da atribuição da assembleia geral e da reunião dos sócios para nomear e para destituir administradores, do direito dos sócios para nomear e para destituir administradores e da atribuição do conselho de administração para nomear e para destituir diretores. Eles entendem que este seria o caso, porque, do contrário, resultados muito ruins poderiam vir a ocorrer conforme SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Intervenção Judicial na Administração de Sociedade*, São Paulo: Almedina, 2019, pp. 31-32.

<sup>118</sup> Para comentários sobre a norma da maioria no direito das sociedades, pode-se consultar VIO, Daniel de Avila, *Grupos Societários: ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 35-37.

<sup>119</sup> Infelizmente, no direito brasileiro, ainda é muito forte a ideia da unanimidade para a tomada de decisões pelos sócios (art. 999, *caput*, CC, *v. g.*). Nas sociedades limitadas, a mera modificação do contrato social requer, em princípio, os votos favoráveis de, no mínimo, três quartos do capital social (art. 1.076, I, CC). Estas dificuldades são atenuadas pelo art. 70, Lei Complementar Federal nº 123/2006, o qual permite que os quóruns do Código Civil sejam reduzidos de modo que passe a existir uma norma da maioria propriamente dita. O problema é que isto é feito por meio de legislação de direito tributário e apenas diz respeito às microempresas e às empresas de pequeno porte. As sociedades simples também podem ser enquadradas nestas duas categorias (art. 3º, Lei Complementar Federal nº 123/2006), mas, idealmente, a norma da maioria deveria estar mais facilmente ao alcance das sociedades em geral. Para a crítica negativa da Profa. V. H. de M. Franco ao “engessamento” da sociedade limitada em particular, pode-se consultar FRANCO, Vera Helena de Mello, *O Triste Fim das Sociedades Limitadas no Novo Código Civil in RDM*, nº 123, Ano XL, julho-setembro, 2001, pp. 84-85.

<sup>120</sup> Para observações sobre possíveis classificações de direitos e de deveres de acionistas de sociedades anônimas e para uma espécie de lista dos deveres desses acionistas, no contexto da possibilidade de suspensão do exercício de direitos de acionista de sociedade anônima, pode-se consultar MUSSI, Luiz Daniel Haj, *Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 67-153 e 165-187.

<sup>121</sup> A hierarquia entre os órgãos sociais também pode ser percebida, por exemplo, quando há a possibilidade de recurso a órgão superior. Nas cooperativas, *v. g.*, há a possibilidade de recurso com efeito suspensivo à primeira assembleia geral posterior à eliminação do cooperado (art. 34, parágrafo único, LC). No Código Civil, a exclusão do associado apenas é admissível caso haja procedimento que assegure, entre outras coisas, o direito de recurso nos termos previstos no estatuto social (art. 57, CC).

- h) Procedimentos de convocação, de instalação e de funcionamento dos órgãos sociais colegiados (arts. 1.072 a 1.080, CC, 123 a 136-A, 140, 141, 143, §2º, 213 LSA);
- i) Direitos de fiscalização da administração (arts. 1.020, 1.021, 1.066 a 1.070, 1.078, I, §§ 1º e 2º, CC, 100, §1º, 105, 109, III, 132, I, 133, 134, 161 a 165-A e 177, §3º, LSA);<sup>122</sup> *etc.*

Além disso, os seguintes mecanismos negociais podem ser utilizados para planejar, ainda que de maneira apenas indireta, a execução do objeto ou da atividade da sociedade:

- a) Acordos para o exercício do direito de voto ou do poder de controle;
- b) Cláusulas sobre a circulação das participações sociais;
- c) Cláusulas sobre auditoria independente;
- d) Cláusulas sobre a tolerância das partes a infrações ao negócio jurídico e se, nestes casos, ocorreria a renúncia a direitos ou a novação de obrigações assumidas;
- e) Cláusulas sobre renegociação por meio das quais as partes se comprometam a envidar esforços para solucionar problemas caso descentendimentos venham a surgir durante a relação;
- f) Cláusulas sobre concorrência com a sociedade;
- g) Cláusulas sobre a exclusão extrajudicial de sócio por justa causa;<sup>123</sup>
- h) Cláusulas sobre mediação;
- i) Contratos preliminares; *etc.*

Há uma categoria à qual aludem os economistas que também é utilizada para cuidar destas questões sobre o planejamento dos negócios jurídicos. São os “contratos incompletos” (*incomplete contracts*).<sup>124</sup> É perfeitamente possível que seja muito difícil de se descrever, previamente e sem indeterminação, todos os aspectos relevantes para um negócio – aliás, em muitos casos, as partes sequer podem ter as informações que seriam necessárias para realizar

---

<sup>122</sup> Para observações sobre a independência do conselho fiscal nas companhias abertas, pode-se consultar, PONTES, Evandro Fernandes de, *O Conselho Fiscal nas Companhias Abertas Brasileiras*, São Paulo: Almedina, 2012, pp. 174-181.

<sup>123</sup> Para comentários sobre este assunto, pode-se consultar SPINELLI, Luis Felipe, *Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 319-334.

<sup>124</sup> Serão ignoradas as controvérsias sobre a expressão “contrato incompleto”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial)*, Tese defendida para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 100 (recomendam-se, além disso, as pp. 100-103): “E passemos ao negócio incompleto. Trata-se de expressão ambígua, cujo conteúdo varia de autor para autor e na jurisprudência.”

estas descrições. Por conta disso, diz-se que, nestes casos, o negócio jurídico seria incompleto.<sup>125</sup>

O problema dos negócios relacionais e incompletos é que, com o passar do tempo, os riscos de ocorrência de determinados eventos variam. Ademais, as partes podem tomar conhecimento de algo que era desconhecido quando o negócio jurídico foi celebrado ou novas incertezas podem vir a surgir. Conseqüentemente, a alocação inicial dos riscos e das incertezas pode deixar de ser a melhor resposta das partes para os problemas do presente ou para os problemas que o futuro pode vir a trazer.<sup>126 e 127</sup>

Quando surge um obstáculo à relação, estas circunstâncias, somadas a considerações estratégicas diversas de cada parte, podem levar ao fim da relação ou ao tratamento do negócio relacional e incompleto como se ele fosse um negócio descontínuo e completo para que a dívida de pelo menos uma das partes seja cobrada.

Em tese, estas relações seriam boas para as partes; do contrário, elas sequer teriam chegado a surgir. Observa-se, aqui, todavia, uma espécie de paradoxo: a rigidez do negociado contrasta com a flexibilidade e com a adaptabilidade que podem ser necessárias para a sobrevivência da relação. A rigidez do negociado pode, assim, terminar por facilitar a dissolução da relação ou tornar a dissolução da relação de algum modo injusta.<sup>128</sup>

Para descrever este dilema, utiliza-se, geralmente, a teoria dos jogos. As relações negociais não são jogos únicos em que o futuro posterior ao jogo é irrelevante e em que as partes nunca podem comunicar-se. Pelo contrário, as relações, usualmente, são jogos

---

<sup>125</sup> Para esta definição de contrato incompleto, pode-se consultar GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D., *The Costs and Benefits of Ownership: a theory of vertical and lateral integration in Journal of Political Economy*, vol. 94, no. 4, 1986, p. 696. O Prof. O. Hart descreve como “direitos de controle residuais *ex post*” (*ex post residual rights of control*) podem ser importantes quando há negócios incompletos – torna-se possível que os titulares destes direitos imponham paralizações, detenções ou suspensões (em inglês, utiliza-se a expressão “*to hold up*”) diversas quando há negócios incompletos – em HART, Oliver, *An Economist’s Perspective on the Theory of the Firm in Columbia Law Review*, Vol. 89, No. 7, novembro de 1989, pp. 1765-1771.

<sup>126</sup> Este assunto já foi discutido no passado tendo em conta uma dicotomia entre “egoísmo” e “cooperação”. O Prof. R. E. Scott demonstra que esta dicotomia não seria conveniente e propõe um modelo mais adequado para explicar o comportamento das partes em contratos em SCOTT, Robert E., *A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts in The Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2, junho de 1990, pp. 600-606.

<sup>127</sup> Para observações sobre as razões pelas quais contratos incompletos existiriam, pode-se consultar PENTEADO, Luciano de Camargo, *Integração de Contratos Incompletos*, Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2013, pp. 282-286.

<sup>128</sup> ASCARELLI, Tullio, *O Contrato Plurilateral...*, pp. 293-294, sem a nota de rodapé n° 56: “Os contratos plurilaterais apresentam-se, pois, necessariamente e sempre, como contratos de execução continuada e, portanto, estão sempre sujeitos às normas próprias desta categoria de contratos. É, por isso, que nos contratos plurilaterais se torna sempre necessário examinar a disciplina da dissolução e liquidação.

É por isso que, tal como acontece, em geral, nos contratos de execução continuada, se apresenta o problema da adequação da disciplina contratual a uma situação econômica que, durante a vigência do contrato, pode modificar-se profundamente.”

repetidos em que o futuro é relevante para cada uma das partes, em que as partes podem comunicar-se, em que há incentivos em termos de reputação e em que cada uma das partes procura prever o comportamento das contrapartes com ciência de que todas as contrapartes estariam agindo do mesmo modo em um mundo em que há normas morais que enaltecem o comportamento leal.<sup>129</sup> Dadas estas circunstâncias, denomina-se a estratégia dominante, tecnicamente, de “pré-compromisso de cooperação condicional” (*precommitment to conditional cooperation*).<sup>130</sup> A ideia é que posturas agressivas de retaliação imediata diante de erros relativamente pequenos ou posturas demasiadamente lenientes, em abstrato, não seriam boas estratégias para jogos repetidos em negócios relacionais e incompletos.<sup>131</sup> Vista *ex post*, a disponibilidade para continuar a cooperar a despeito de alguma espécie de traição pode parecer-se com uma patetice, mas o foco do pré-compromisso de cooperação condicional é o aspecto *ex ante*; a estratégia leva em conta o fato de que novos jogos poderão ocorrer no futuro.

Apesar de esta ser, teoricamente, a melhor estratégia, não há uma boa resposta para o dilema dos negócios relacionais e incompletos: como conciliar a rigidez do negociado com a necessidade de flexibilidade e de adaptabilidade para a relação? Esta dificuldade deriva, ao menos em parte, da própria maneira abstrata como o problema foi colocado. Caso houvesse mais dados, talvez fosse possível dar uma resposta cabal a esta pergunta. Em todo caso, é importante perceber que a norma da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*)<sup>132</sup> ou, no caso do negócio jurídico de sociedade, a norma do interesse social é

---

<sup>129</sup> Para uma breve discussão sobre jogos repetidos no contexto de contratos, pode-se consultar BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994, pp. 159-165.

<sup>130</sup> Para a descrição do “modelo de precompromisso de cooperação contratual” (*precommitment model of contractual cooperation*), pode-se consultar SCOTT, Robert E., *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts in California Law Review*, Vol. 75, No 6, dezembro de 1987, pp. 2027-2030.

<sup>131</sup> O Teorema de Coase pressupõe a existência de direito contratual. Se não houvesse direito contratual, a repetição e os efeitos de reputação poderiam vir a assegurar o cumprimento de acordos em pelo menos alguns casos conforme BENOÎT, Jean-Pierre; KORNHAUSER, Lewis A., *Game-Theoretic Analysis of Legal Rules and Institutions in AUMANN, Robert; HART, Sergiu (editores), Handbook of Game Theory with Economic Applications, Volume 3, North-Holland, 2002, p. 2241.*

<sup>132</sup> Segundo o Prof. C. de S. Zanetti, os contratos não teriam sido definidos no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002 (ZANETTI, Cristiano de Sousa, *Direito Contratual Contemporâneo...*, pp. 138-139 e 195). O Prof. A. Junqueira de Azevedo, de maneira mais específica, argumentou que não haveria referência expressa à norma da obrigatoriedade dos contratos no Código Civil de 2002, porque não estaria escrito no Código Civil que o contrato fazia lei entre as partes ou algo próximo disto (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Relatório Brasileiro sobre Revisão Contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant in Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 182). Diverge-se destes dois Professores. O Código Civil de 1916 trazia normas gerais sobre os contratos (arts. 1.079 a 1.121), previa a maneira como um contrato poderia vir a ser formado (arts. 1.079 a 1.087), descrevia as consequências da inexecução de obrigações (arts. 1.056 a 1.058) *etc.* Os legisladores foram ainda mais minuciosos no Código Civil de 2002. A liberdade contratual foi expressamente mencionada (art. 421, *caput*), a possibilidade de utilização de contratos atípicos foi manifestamente reconhecida (art. 425), há normas sobre

considerada pelas partes, ao menos em princípio, quando o negócio jurídico é celebrado.<sup>133</sup>  
e <sup>134</sup> As normas da obrigatoriedade dos contratos e do interesse social podem permitir que jogos que não teriam solução cooperativa possam ter solução cooperativa. Por conta disso, estas duas normas também podem contribuir para a existência de um equilíbrio cooperativo entre as partes.<sup>135</sup>

Conforme foi adiantado no Item 1.1.2.3, dá-se preferência, neste estudo, às interpretações que estejam mais próximas ao ideal do Estado de Direito. Desse modo, dá-se preferência à rigidez do que tiver sido negociado pelas partes ainda que as partes tenham

---

a formação de contratos (arts. 427 a 435), foram previstas normas sobre o inadimplemento das obrigações em geral e sobre a mora (389 a 401) *etc.* Embora, *v. g.*, nunca tenha ficado expressamente registrado que os contratos seriam negócios jurídicos bilaterais com características patrimoniais, os contratos foram, efetivamente, definidos nos Códigos Civis de 1916 e de 2002. No Código Civil de 2002, ademais, está escrito que a parte lesada pelo inadimplemento pode exigir o cumprimento do contrato (art. 475); a Profa. R. C. Steiner, todavia, entende que a expressão “se não preferir exigir-lhe o cumprimento” no art. 475, CC, seria uma referência ao cumprimento pelo equivalente em dinheiro e não uma alusão ao cumprimento *in natura* dos contratos em STEINER, Renata C., *Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 344-351. O Prof. O. Gomes explica que o princípio da fidelidade ao contrato se expressaria na locução *pacta sunt servanda* em GOMES, Orlando, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1980, p. 95: “Interpretado em seu sentido literal, significa a impossibilidade de qualquer das partes desvincular-se do contrato sob o fundamento de que suas condições, ainda por circunstâncias imprevisíveis, se tornaram extremamente desvantajosas ou desfavoráveis.”

<sup>133</sup> Para os sócios, a norma do interesse social equivaleria à norma da obrigatoriedade dos contratos. Para os controladores, os administradores, os fiscais e para os membros de qualquer órgão técnico ou consultivo, a norma do interesse social daria origem a um dever para agir em conformidade com o interesse da sociedade.

<sup>134</sup> A comparação entre a norma da obrigatoriedade dos contratos e a norma do interesse social já havia sido feita em PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, *Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto...*, p. 33.

<sup>135</sup> Para a demonstração de que a norma da obrigatoriedade dos contratos poderia terminar por transformar jogos que poderiam não ter solução cooperativa em jogos que poderiam ter solução cooperativa, pode-se consultar COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Addison-Wesley, 6ª edição, 2012, pp. 283-287.

negociado de maneira muito ruim.<sup>136 e 137</sup> Para defender este ponto de vista, invocam-se os seguintes argumentos:<sup>138</sup>

- a) Não existe, à primeira vista, uma determinação moral clara sobre qual seria o melhor resultado diante de uma disputa sobre um negócio jurídico relacional e incompleto.
- b) Os juízes não devem atuar de maneira paternalista.<sup>139</sup>
- c) Os juízes podem não possuir as informações adequadas para revisar os negócios jurídicos e as informações disponibilizadas aos juízes, em geral, são fornecidas pelas próprias partes que têm interesse na demanda.
- d) A estratégia que busca os melhores resultados *ex post* pode vir a gerar incentivos ruins para o futuro.

Contrariamente, no entanto, há institutos jurídicos que, ao menos em tese, podem ser utilizados para suavizar os atritos decorrentes da rigidez que se está defendendo agora:

---

<sup>136</sup> Os legisladores parecem ter pretendido enfatizar a rigidez dos negócios jurídicos com a Lei da Liberdade Econômica. A liberdade de contratar não deve mais ser exercida em razão da função social do contrato de acordo com a nova redação do art. 421, CC, foram previstos o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (art. 421, parágrafo único, CC) e dispôs-se no sentido de que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada” (art. 421-A, II, CC) e de que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada” (art. 421-A, III, CC). Na Lei da Liberdade Econômica, outros dispositivos neste sentido são os arts. 1º, *caput*, §§1º e 2º, e 3º, V e VIII. DE LUCCA, Newton; MACIEL, Renata Mota, A Lei da Liberdade Econômica: sinalização para a atividade empresarial? *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coords.), Lei da Liberdade Econômica Anotada, Vol. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 68: “Logo, a agenda da regulação do poder econômico por meio da regulação da atividade empresarial nunca se mostrou tão necessária e premente, não parecendo contraditório reconhece-la, mesmo ao lado de um modelo menos intervencionista, como é o caso sinalizado pela Lei n. 13.874/19.”

<sup>137</sup> A liquidação de sentença (arts. 509 a 512, CPC) pode ser algo muito complexo e moroso na prática. O cumprimento forçado de contratos pelo equivalente pecuniário pode ser muito difícil quando não há, propriamente, direito a uma única e facilmente identificável prestação (um dar, um fazer ou um não fazer específico). No caso do negócio jurídico de sociedade, em particular, a apuração de haveres pode ser um grande incômodo, uma vez que pode ser muito difícil de quantificar o valor do aviamento da atividade negocial satisfatoriamente. Para comentários sobre os arts. 604 a 609, CPC, pode-se consultar FRANÇA, Erasmio Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Direito Processual Societário..., pp. 71-97.

<sup>138</sup> Esta é uma adaptação dos argumentos apresentados em SCOTT, Robert E., The Case for Formalism *in* Northwestern University Law Review, Vol. 94, No. 3, 2000, pp. 858-862; a principal diferença é que o Prof. R. E. Scott não aludiu à questão do paternalismo. A propósito, o trabalho do Prof. O. Ben-Shahar sobre a intervenção do Estado ou de árbitros em contratos é excelente. Ele tem conhecimento sobre os argumentos dos Professores H. L. A. Hart e F. Schauer e demonstra que o que importa, em última análise, não é a segurança jurídica propriamente dita, mas o bem-estar das pessoas. Para interessantes comentários sobre possíveis aleatoriedades em decisões judiciais e arbitrais, pode-se consultar BEN-SHAHAR, Omri, The Tentative Case against Flexibility in Commercial Law *in* The University of Chicago Law Review, Vol. 66, Issue 3, Article 12, 1999, pp. 813-814. Para argumentos sobre por que pode ser difícil que autoridades estatais ou arbitrais consigam intervir em contratos convenientemente, pode-se consultar BEN-SHAHAR, Omri, Fixing Unfair Contracts *in* Stanford Law Review, Volume 63, Issue 4, abril de 2011, pp. 897-905.

<sup>139</sup> De acordo com J. S. Mill, restrições legais seriam paternalistas quando elas não teriam em conta o “princípio do dano” (*harm principle*), *i. e.*, quando elas não visariam a impedir que sujeitos causassem danos a outros sujeitos (BRINK, David O., Mill’s Deliberative Utilitarianism *in* Philosophy & Public Affairs, Vol. 21, No. 1, inverno, 1992, pp. 84-85). Este apontamento até pode ser simples, mas ele é valioso para chamar a atenção para o fato de que, em geral, adultos não devem ser tratados como se eles fossem crianças.

- a) Ineficácia das condições resolutivas quanto a atos já praticados relativamente a negócios jurídicos de execução periódica ou continuada (art. 128, CC);
- b) Correção judicial para assegurar o valor real da prestação quando, por motivos imprevisíveis, sobrevém desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o valor da prestação no momento de sua execução (art. 317, CC);<sup>140</sup>
- c) Ineficácia da denúncia até que transcorra prazo compatível com a natureza e com o vulto dos investimentos realizados diante de contrato de duração (art. 473, parágrafo único, CC);
- d) Resolução do contrato por onerosidade excessiva (art. 478, CC);<sup>141</sup> e
- e) Redução da prestação ou alteração do modo de execução da prestação para afastar a onerosidade excessiva em contrato unilateral (art. 480, CC).

No caso, especificamente, do direito das sociedades, podem ser citadas as seguintes hipóteses de abrandamento da rigidez do negócio jurídico de sociedade:

- a) Possibilidade de renúncia à participação social (art. 1.275, II, CC);<sup>142</sup>
- b) Mais amplamente, a possibilidade de disposição da participação social (art. 1.228, *caput*, CC);
- c) Direito de retirada ou de recesso (arts. 1.029, 1.077, CC, 136-A e 137, LSA);<sup>143</sup>
- d) Ação de dissolução parcial de sociedade (arts. 599 a 609, CPC);<sup>144</sup> *etc.*

Eis, finalmente, uma das razões pelas quais o instrumento ou o estatuto do negócio jurídico de sociedade pode ser muito importante: o instrumento ou o estatuto do negócio jurídico de sociedade é um meio para que se saiba o que teria sido negociado pelas partes.

---

<sup>140</sup> Para o argumento segundo o qual juízes não deveriam revisar contratos, pode-se consultar MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*, São Paulo: Almedina, 2020, pp. 21-73.

<sup>141</sup> Para os requisitos da resolução de contrato por onerosidade excessiva, pode-se consultar FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo, *A Onerosidade Excessiva na Revisão e Extinção dos Contratos: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do Código Civil vigente*, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, pp. 60-78.

<sup>142</sup> Os Professores E. V. A. e N. França e M. V. von Adamek comparam esta alternativa ao suicídio – serão feitas observações sobre isto adiante no Item 3.2.2 – em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Notas sobre a Sociedade Perpétua in RDM*, nº 157, Ano L, janeiro-março, 2011, p. 113 e nota de rodapé nº 4.

<sup>143</sup> Para observações conceituais sobre o direito de retirada ou de recesso, pode-se consultar COMPARATO, Fábio Konder, *Valor de Reembolso das Ações do Acionista Dissidente in Direito Empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, pp. 224-229.

<sup>144</sup> Para breves observações introdutórias sobre a ação de dissolução parcial de sociedade, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Direito Processual Societário...*, pp. 23-30.

### 1.3.3. Contrato de Sociedade como Instituição Incompleta

Até agora, referiu-se ao negócio jurídico de sociedade como um negócio relacional e incompleto do ponto de vista de sua substancia, mas há uma alternativa relevante. É perfeitamente possível que o capital social se encontre disperso e que o poder de controle seja exercido, na prática, por uma minoria organizada ou pelos administradores da sociedade. Não haveria, nestes casos, incentivo forte o suficiente para que todos os sócios realmente fiscalizassem os administradores e comparecessem às assembleias para votar,<sup>145</sup> não haveria, pois, um negócio relacional e incompleto nestas hipóteses. Em vez disso, haveria, substancialmente, uma “instituição incompleta”.<sup>146, 147 e 148</sup> Escolhe-se a expressão “instituição incompleta” para enfatizar-se o aspecto substancialmente não negocial destes casos e a sua qualidade incompleta – estas instituições são incompletas conforme a descrição dos negócios incompletos feita no Item 1.3.2, *supra*.

Em que pese se tenha optado por chamar estes casos de instituições incompletas, a sociedade anônima de capital disperso continua sendo um negócio jurídico; genericamente,

---

<sup>145</sup> De acordo com os autores que pela primeira vez escreveram sobre este fenômeno de maneira significativa, em tradução livre, “Separação entre propriedade e controle torna-se quase completa quando nem apenas um interesse minoritário substancial existiria (...). Sob tais condições o controle pode ser detido pelos diretores ou pelos gerentes titulares que podem empregar a *proxy machinery* para se tornarem um corpo que se auto-perpetua, ainda que enquanto grupo detenham apenas uma pequena fração das ações.” (BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, 1991, reimpressão de 2006, p. 6).

<sup>146</sup> Não se deseja relacionar a expressão “instituição incompleta” com as ideias dos Professores S. Romano e M. Hauriou especificamente. Para o conceito de instituição do Prof. S. Romano e os seus caracteres fundamentais, pode-se consultar ROMANO, Santi, *L’Ordinamento Giuridico*, Biblioteca Sansoni, 2ª edição, 1946 (reimpressão de 1967), pp. 35-39. Para as linhas gerais da teoria da instituição e da fundação do Prof. M. Hauriou, pode-se consultar HAURIUO, Maurice, *La Théorie de L’Institution et de la Fondation (essai de vitalisme social) in Aux Sources du Droit: le pouvoir, l’ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, 1933, pp. 96-97.

<sup>147</sup> A propósito do controle gerencial, por exemplo, o Prof. F. K. Comparato disse o seguinte em COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 62, com os grifos do original: “Estamos diante de uma personalização da empresa, subtraindo-a a qualquer vínculo de natureza real com os detentores do capital societário, e aproximando-a, até a confusão, de uma espécie de fundação lucrativa. É a instituição-empresa, dissolvendo completamente a *affectio societatis* original.”

<sup>148</sup> A expressão “instituição” já foi utilizada de maneira fascista na Itália. Ela não é usada desse modo na presente tese de doutorado. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Empresa Empresário e Estabelecimento*. A nova disciplina das sociedades *in Revista do Advogado*, Ano XXIII, nº 71, agosto de 2003, p. 16, com os grifos do original: “E, finalmente, sob o *perfil corporativo*, como uma **instituição**. Ou seja, como aquela organização de pessoas e bens, incluindo o empresário e seus colaboradores, tendo em vista um sentido mais amplo até politicamente. Sob esse perfil lembre-se que na Itália, em 1942, vigia o corporativismo fascista. (...) Eu vou esquecer o perfil corporativo, como instituição, porque instituição, como se sabe, é um conceito muito difícil de se definir. Vou ficar nos outros perfis apenas para dar alguns exemplos concretos.” Para observações sobre o dirigismo fascista em relação às empresas, pode-se consultar FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*, São Paulo: Thomson Reuters Revista os Tribunais, 5ª edição, 2021, pp. 50-58.

todavia, o estatuto social é importante aqui não para que se saiba exatamente o que teria sido negociado pelos acionistas – as características impessoais das companhias de capital disperso são incompatíveis com amplas negociações efetivas entre todos os acionistas.<sup>149</sup> O estatuto social é relevante nas sociedades anônimas de capital disperso para que se possa dar a devida proteção ao interesse social. A discussão estendida sobre este último ponto terá de aguardar, no entanto, o Item 2.2.4.1, *infra*; agora, aproveita-se o ensejo para divergir da posição de acordo com a qual, em abstrato, o estatuto de companhias fechadas deveria ser distinguido do estatuto de companhias abertas para fins de interpretação. Eis o que o Prof. F. K. Comparato disse sobre este assunto com os grifos do original:

“Se a distinção entre companhias abertas e fechadas não é, portanto, apenas de forma mas de fundo, importa ao intérprete discernir, cuidadosamente, a diversa natureza dos instrumentos ou atos constitutivos de uma e de outra.

Assim é que, 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 as regras estatutárias do acordo de vontades entre os acionistas, que lhes serviu de fundamento e inspiração. 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 acordo de acionistas se esbate consideravelmente. O acordo estatutário aparece, aqui, muito mais como negócio privado, entre partes determinadas, do que como regulamento objetivo e impessoal.”<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Para crítica à divisão entre sociedades de pessoas e sociedade de capitais, podem ser consultados VIVANTE, Cesare, Trattato di Diritto Commerciale: le società commerciali, Volume II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 5ª edição, 3ª impressão, 1935, p. 84, e TEIXEIRA, Egberto Lacerda, Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, São Paulo: Max Limonad, 1956, pp. 23-25. As expressões “sociedades de pessoas”, “sociedades de capitais” e “sociedades mistas” são utilizadas, v. g., em Decreto-Lei Federal nº 852/1938, Decreto-Lei Federal nº 1.968/1940, Lei Federal nº 5.764/1971 e CTN. O Prof. F. C. Pontes de Miranda entendia que seria mais útil opor as sociedades de pessoas às sociedades por ações em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado, Tomo XLIX..., pp. 361-362. Para defesa da distinção entre sociedades *intuitu personae* e sociedades *intuitu pecuniae* com base no critério da restrição à circulação das participações sociais, pode-se consultar RIBEIRO, Renato Ventura, Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 39-48.

<sup>150</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Natureza da Sociedade Anônima e a Questão da Derrogabilidade das Regras Legais de Quorum nas Assembléias Gerais e Reuniões do Conselho de Administração *in* Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, p. 121.

O Prof. E. V. A. e N. França é da mesma opinião que o Prof. F. K. Comparato. Inicialmente, o Prof. E. V. A. e N. França afirma: “E, em matéria de interpretação de estatuto, há que distinguir, antes de mais nada, se a companhia é aberta ou fechada.”<sup>151</sup> Posteriormente, ele cita exatamente o mesmo trecho que foi transcrito acima do Prof. F. K. Comparato e conclui com o grifo do original: “Como consequência, a *interpretação* dos estatutos de um ou outro tipo não se pode fazer do mesmo modo.”<sup>152, 153 e 154</sup>

Conquanto, juridicamente, as companhias fechadas sejam diferentes das companhias abertas, as distinções de que tratam os Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França devem ser buscadas na separação entre negócios relacionais e instituições e não na divisão entre companhias fechadas e companhias abertas. É isto que importa para fins de interpretação, porque, no Brasil, companhias abertas não são a mesma coisa que companhias de capital disperso.

De acordo com a legislação brasileira (arts. 4º, *caput*, LSA, e 22, *caput*, Lei da CVM), as companhias são abertas ou fechadas conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. A diferença entre as companhias abertas ou fechadas relaciona-se ao registro que pode ser feito perante a CVM (art. 19, Lei da CVM). A depender do objeto da oferta pública e do regime de colocação adotado, é lícito, por exemplo, que uma sociedade ofereça publicamente a distribuição de valores mobiliários sem que ela seja uma companhia aberta (Instrução CVM nº 588/17 c/c art. 19, §5º, Lei da CVM). É o caso das ofertas públicas que têm por objeto, exclusivamente, títulos de dívida, colocadas com esforços restritos. Estas ofertas públicas podem ser realizadas sem o registro do emissor e da oferta pública – limita-se a quantidade de potenciais

---

<sup>151</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, Dever de Lealdade do Acionista Controlador por Ocasão da Alienação do Controle – Dever de Maximização do Valor das Ações dos Acionistas Não Controladores – Interpretação de Estatuto de Companhia Aberta – Possibilidade de Cumulação de OPAs *in* RDM, nº 158, Ano L, abril-junho, 2011, p. 257.

<sup>152</sup> *Idem*, p. 258. O Prof. E. V. A. e N. França, na verdade, acrescenta alguns temperamentos à sua ideia; ele alude, por exemplo, às distinções que poderiam ser feitas quanto aos acionistas fundadores no estatuto social em *idem*, pp. 258-259.

<sup>153</sup> A posição do Prof. M. La R. de Almeida não é absolutamente idêntica à posição dos Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França. Para ele, as dificuldades devem ser examinadas caso a caso, sendo a divisão das sociedades anônimas em companhias fechadas e em companhias abertas um indicativo para a interpretação do estatuto social em ALMEIDA, Marco La Rosa de, Interpretação do Estatutos das Sociedades por Ações..., pp. 24-31 (especialmente, a nota de rodapé nº 49), e em ALMEIDA, Marco La Rosa de, Interpretação dos Estatutos das Sociedades por Ações. A posição dos acionistas minoritários *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Cord.), Direito Societário Contemporâneo II, São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 333-341.

<sup>154</sup> Recomenda-se a longa nota de rodapé sobre a interpretação do contrato social e do estatuto social em LOBO XAVIER, Vasco da Gama, Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas, Livraria Almedina, 1976 (reimpressão de 1998), p. 564, nota de rodapé nº 31.

investidores que podem ser procurados durante o prazo de vigência da oferta pública e exige-se a qualidade de investidor qualificado.<sup>155</sup>

A dispersão do capital, por seu turno, ocorre quando há controle minoritário ou gerencial.<sup>156</sup> Deve haver, pelo menos, três sócios diferentes para que o capital possa estar disperso.<sup>157</sup> Se houver apenas dois sócios, haverá, basicamente, três possibilidades diversas. O controle poderá ser totalitário na modalidade de controle conjunto<sup>158</sup> caso cada um dos sócios possua 50% do capital votante, majoritário caso um dos sócios detenha, *e. g.*, 60% do capital votante enquanto o outro sócio detiver 40% do capital votante ou inexistente<sup>159</sup> caso cada um dos sócios seja o proprietário de 50% do capital votante e não haja acordo entre eles para o exercício do poder de controle. O conceito de dispersão adotado aqui é congruente, portanto, com a definição de dispersão do art. 137, II, “b”, LSA.

Companhias abertas não necessariamente emitem ações como valores mobiliários; há outros valores mobiliários que podem ser emitidos por companhias abertas. Além disso, exigências específicas de ações em circulação no mercado ou de *free float* (art. 4º-A, §2º, LSA) são feitas nos segmentos especiais de listagem da bolsa de valores.<sup>160</sup>

Para efeitos de interpretação, não se deve, por conseguinte, partir da divisão entre companhias abertas e companhias fechadas; é lícito que haja companhia aberta de controle concentrado no Brasil. Aliás, a maior parte das companhias abertas no Brasil é de controle

---

<sup>155</sup> TANNOUS, Thiago Saddi, *Proteção à Liquidez no Mercado de Capitais Brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 115-116.

<sup>156</sup> Adota-se, aqui, essencialmente, o conceito de dispersão defendido em OIOLI, Erik Frederico, *Regime Jurídico do Capital Disperso na Lei das S.A.*, São Paulo: Almedina, 2014, pp. 79-82.

<sup>157</sup> O Prof. F. K. Comparato discute estas alternativas e outras em COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima...*, pp. 71-75.

<sup>158</sup> Para apontamentos a propósito da controvérsia sobre o aspecto unitário do poder de controle e sobre o estado de controlador (“*status* de controlador”), pode-se consultar PATELLA, Laura Amaral, *Controle Conjunto nas Companhias Brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, pp. 181-189.

<sup>159</sup> A redação do art. 1.072, §4º, CC, equivalente, em princípio, à redação do art. 122, parágrafo único, LSA, não foi alterada durante o processo legislativo de feitura do Código Civil de 2002 embora o art. 1.098, CC, tenha sido modificado durante a tramitação do Projeto do Código Civil no Congresso Nacional. Eis a redação dos arts. 1.072, §4º, CC, e 122, parágrafo único, LSA:

“Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. (...) § 4º No caso do inciso VIII do artigo antecedente, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerer concordata preventiva. (...)”; e

“Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: (...) Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de recuperação judicial poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, hipótese em que a assembleia geral será convocada imediatamente para deliberar sobre a matéria.”

<sup>160</sup> TANNOUS, Thiago Saddi, *Proteção à Liquidez no Mercado de Capitais Brasileiro...*, pp. 59-60 e 186-188.

concentrado.<sup>161</sup> Não é que não haja diferenças entre companhias abertas e companhias fechadas – há deveres diversos que são impostos contra as companhias abertas e contra os seus órgãos que não são impostos contra as companhias fechadas e contra os seus órgãos. A questão é que, em abstrato, a separação entre companhias abertas e companhias fechadas não é uma circunstância relevante para a interpretação – não existe uma diferença substancial entre estas duas formas que justifique uma distinção em termos de interpretação.

Há um problema adicional com a proposta dos Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França relativamente ao interesse social, mas esta questão será abordada posteriormente no Item 2.2.4.1, *infra*. Por ora, cabia apenas assinalar esta divergência sobre a diferença entre companhias abertas e companhias fechadas e o tema da interpretação.

#### **1.4. Resumo do Capítulo**

Quis-se, neste Capítulo, estabelecer algumas premissas básicas e discorrer sobre alguns conceitos essenciais a fim de se preparar o terreno para a discussão sobre a interpretação do contrato social e do estatuto social e sobre o preenchimento das lacunas do contrato de sociedade. Infelizmente, existe uma série de confusões sobre noções básicas no direito. Certamente, isto prejudica a aplicação do direito e termina por gerar pelo menos alguns resultados insatisfatórios; convinha, pois, fixar algumas premissas e até mesmo criar alguns significados novos para afastar obscuridades que, às vezes, afetam análises jurídicas. No próximo Capítulo, tratar-se-á, fundamentalmente, de normas diversas sobre a interpretação do contrato social e do estatuto social e sobre o preenchimento de lacunas do contrato de sociedade.

---

<sup>161</sup> A Profa. E. Gorga demonstra, ademais, que, mesmo nos casos em que não há um único acionista controlador nas companhias abertas, é frequente que haja um acordo de acionistas para o exercício do poder de controle com cláusulas de vinculação da administração e *poison pill* no estatuto social em GORGA, Érica, Changing the Paradigm of Stock Ownership from Concentrated towards Dispersed Ownership? Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries *in* Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 29, Issue 2, primavera de 2009, pp. 466-467 e 471-483.

## 2. DISCIPLINA DA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E DO ESTATUTO SOCIAL E PREENCHIMENTO DAS LACUNAS DO CONTRATO DE SOCIEDADE

### 2.1. Introdução à Disciplina da Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social e ao Preenchimento das Lacunas do Contrato de Sociedade

Para compreender-se um negócio jurídico, pode-se valer de diversos argumentos diferentes. Por exemplo, pode-se aludir à literalidade da linguagem constante de instrumento negocial, ao momento das tratativas, à maneira como as pessoas em geral costumavam utilizar as palavras escritas em instrumento negocial no momento da celebração do negócio jurídico, ao fim a que as partes almejavam alcançar *etc.* A classificação destas espécies distintas de argumentos pode ser algo divertido e pode contribuir positivamente para a interpretação no direito e para a aplicação do direito – se todos tiverem ciência clara dos diferentes tipos de argumentos que podem ser invocados, presumivelmente, a interpretação no direito e a aplicação do direito melhorariam. Entre as várias propostas que já foram feitas sobre este tema, assoma em importância a classificação do Prof. P. Chiassoni. Ele trata de “diretivas hermenêuticas primárias” (*direttive ermeneutiche primarie*)<sup>162</sup>, de “diretivas hermenêuticas secundárias” (*direttive ermeneutiche secondarie*)<sup>163</sup> e de “diretivas hermenêuticas axiomáticas” (*direttive ermeneutiche assiomatiche*)<sup>164</sup> a propósito da “interpretação textual de documentos normativos” (*interpretazione testuale dei documenti normativi*). Todas estas diretivas, por sua vez, subdividem-se em vários itens diferentes de modo que a classificação do Prof. P. Chiassoni é complexa.<sup>165</sup>

Na presente tese de doutorado, não será proposta uma classificação para as diversas espécies de argumentos sobre os negócios jurídicos e não serão, realmente, feitos muitos comentários sobre as classificações de outros autores.<sup>166</sup> Parte-se da terminologia do Prof. P. Chiassoni relativamente às normas sobre a interpretação das Leis; este Capítulo é

---

<sup>162</sup> CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica...*, pp. 80-100.

<sup>163</sup> *Idem*, pp. 100-116.

<sup>164</sup> *Idem*, pp. 116-123.

<sup>165</sup> Para excelentes observações sobre a interpretação de contratos no direito americano, pode-se consultar BIX, Brian, *Contract Law: rules, theory, and context*, Cambridge University Press, 2012, pp. 54-59.

<sup>166</sup> As doze regras de interpretação de convenções do Prof. Robert-Joseph Pothier, por exemplo, são muito conhecidas. Para as doze regras de interpretação de convenções do Prof. Robert-Joseph Pothier, pode-se consultar POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, pp. 112-123.

chamado de “Disciplina da Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social e Preenchimento das Lacunas do Contrato de Sociedade”, porque o Prof. P. Chiassoni denominou o regime das normas sobre a interpretação de Leis de “disciplina da interpretação das Leis” (*disciplina dell’interpretazione delle leggi*).<sup>167</sup>

Inicialmente, serão examinadas as normas sobre a interpretação e sobre o preenchimento de lacunas de negócios jurídicos.<sup>168</sup> A ordem da análise dessas normas foi determinada pela conveniência da concatenação das ideias que serão apresentadas; a sequência do exame eleito permitirá melhor transmitir as conclusões que foram alcançadas.<sup>169</sup> No final deste Capítulo, defender-se-á a superioridade prática da interpretação literal e será discutida determinada decisão da SEP da CVM.

## 2.2. Normas sobre a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social

### 2.2.1. Interpretação Sistemática

Há muitos modos diferentes de se aludir a sistemas.<sup>170 e 171</sup> Há normas sobre o futebol, da Faculdade do Largo de São Francisco, de etiqueta, sobre as boas maneiras, sobre a moralidade da classe média brasileira *etc.* Há, adicionalmente, a Constituição Federal, o direito americano, o direito bancário brasileiro *etc.* Claramente, normas podem ser agrupadas de vários modos distintos e a mesma coisa ocorre com direitos, deveres e prerrogativas de órgãos sociais; deve haver uma razão, todavia, para que um agrupamento possa ser considerado como um sistema. Para efeitos desta tese de doutorado, serão levados em conta,

---

<sup>167</sup> CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica...*, pp. 147-154.

<sup>168</sup> As observações do Prof. E. Betti sobre este ponto – sobre os “critérios positivos de interpretação dos contratos” (*criteri positivi d’interpretazione dei contratti*) – são relevantes, porque o direito italiano é relativamente parecido com direito brasileiro quanto a esta matéria; pode-se consultar BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, reimpressão corrigida da 2ª edição, 1994, pp. 346-356.

<sup>169</sup> Algumas das discussões sobre as normas quanto à interpretação de negócios jurídicos remontam ao direito romano. Isto pode ser percebido, por exemplo, a partir de citações que podem ser encontradas em ARAUJO COSTA, Salustiano Orlando de, *Código Commercial do Brazil*, Rio de Janeiro: Laemmert & Co Editores-Proprietarios, 6ª edição, 1896, pp. 84-85, notas 199-203.

<sup>170</sup> Para o Prof. K. Larenz, a sistemática conceitual que seria subjacente às Leis apenas poderia ser compreensível quando se tomassem em consideração também os fins da regulação em LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito...*, pp. 457-462. As ideias do Prof. C. Canaris a propósito do direito como um sistema são muito complexas. Em resumo, ele entende que o direito seria um sistema axiológico, teleológico e de princípios gerais em CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema...*, pp. 66-80.

<sup>171</sup> O Prof. N. Luhmann defende ideias complexas sobre sistemas. Para a distinção deste autor entre “sistema” (*system*) e “ambiente” (*environment*), pode-se consultar LUHMANN, Niklas, *Theory of Society*, Volume 1 Stanford University Press, 2012 (traduzido para o inglês pelo Prof. R. Barrett), pp. 28-40.

essencialmente, apenas os argumentos do Prof. J. Raz sobre “sistemas de normas interligadas” (*systems of interlocking norms*) e sobre “sistemas de origem comum” (*systems of a common origin*).<sup>172</sup>

Sociedades são sistemas de direitos e de deveres interligados e, em muitos casos, são sistemas de direitos, de deveres e de prerrogativas de órgãos sociais interligados.<sup>173</sup> Diz-se isto por conta das relações internas (*internal relationships*) que podem existir entre os direitos, os deveres e as prerrogativas de órgãos sociais. Pode haver diferentes espécies de relações internas entre estas categorias. Por exemplo, há relação interna se a existência de um direito é uma condição suficiente para a existência de uma prerrogativa de órgão social ou se o conteúdo de um dever de ocupante de cargo social apenas pode ser compreendido relativamente às prerrogativas do órgão social. Há muitos tipos de relações internas nas sociedades e elas não serão examinadas todas; basta esclarecer que, nos negócios jurídicos de sociedade, estas relações internas devem encontrar-se orientadas pelo fim social (arts. 981, *caput*, CC).

Adicionalmente, negócios jurídicos de sociedade são sistemas de origem comum, porque há unanimidade entre os sócios quando a sociedade é constituída.<sup>174</sup> A qualidade da origem comum dos negócios jurídicos de sociedade, quiçá, seja menos interessante que o atributo da interligação entre direitos, deveres e prerrogativas de órgãos sociais, mas se deseja demonstrar que sistemas podem ser imaginados a partir de diferentes características. Além disso, no caso da interligação entre direitos, deveres e prerrogativas de órgãos sociais, pode-se cogitar da existência de subsistemas que seriam conjuntos interligados de direitos, de deveres e de prerrogativas de órgãos sociais abrangidos por outro sistema mais extenso.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Não ficarão sendo feitas repetidas referências ao Prof. J. Raz aqui, mas as ideias que serão defendidas sobre sistemas de direitos, deveres e de prerrogativas de órgãos sociais interligados e sobre sistemas de origem comum inspiram-se, diretamente, em teses do Prof. J. Raz em RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms...*, pp. 107, 111-113 e 129-132.

<sup>173</sup> Didaticamente, o Prof. H. Wiedemann separa as normas sobre a ordem ou disciplina societária, deixando de lado as normas sobre a constituição e sobre a dissolução das sociedades, em normas sobre o fim social, normas sobre a organização societária e em normas sobre o estado de sócio (*status socii*) em WIEDEMANN, Herbert, *Excerto do Direito Societário I – Fundamentos in RDM*, nº 143, Ano XLV, julho-setembro, 2006 (tradução do Prof. E. V. A. e N. França), pp. 67-69.

<sup>174</sup> O Prof. T. Ascarelli acrescenta, a propósito da unanimidade entre os sócios no momento da constituição da sociedade, em ASCARELLI, Tullio, *Vícios das Deliberações Assembleais – Direitos Individuais dos Acionistas – Prescrição in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945, p. 406, nota de rodapé nº 26, o que se segue: “Pois a participação de cada subscritor assenta no seu consentimento individual nas cláusulas do estatuto. O comprador sucessivo da ação, por seu turno, comprando a ação, aceita as cláusulas do estatuto.”

<sup>175</sup> Como o Prof. J. Raz discorreu apenas sobre sistemas de normas, ele denominava estes conjuntos de “conjuntos de normas interligadas” (*sets of interlocking norms*) em RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms...*, pp. 112-113.

A partir destas ideias sobre sociedades como sistemas, podem ser formulados muitos tipos diferentes de argumentos. A redação do antigo art. 131, 2, Código Comercial, era, entretanto, muito simples – limitava-se a abordar possíveis relações entre as expressões constantes de instrumentos contratuais neste artigo: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”.<sup>176 e 177</sup>

A redação do atual art. 113, §1º, V, CC, é melhor, pois se dá mais ênfase à intenção das partes neste dispositivo legal: a vontade das partes pode ser inferida, sistematicamente, das demais disposições do instrumento negocial contanto que isto seja feito para, efetivamente, alcançar o que teria sido negociado pelas partes. Eis a redação do atual art. 113, §1º, V, CC: “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (...) V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”<sup>178</sup>

As próprias partes de um negócio jurídico de sociedade podem disciplinar entre si o modo como deveria dar-se a interpretação do instrumento ou do estatuto do negócio jurídico de sociedade (arts. 113, §2º, e 421-A, I, primeira parte, CC).<sup>179</sup> Isto, aliás, pode ser algo

---

<sup>176</sup> Substancialmente, esta é a formulação da sexta regra do Prof. Robert-Joseph Pothier para a interpretação de convenções de acordo com POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, p. 116.

<sup>177</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A., *Os Contratos e as Cláusulas Uniformes: a Lei 6.404, de 1976, e a organização do poder “interna corporis” da sociedade por ações in O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 26: “Assim como não se pode interpretar o direito em tiras, aos pedaços, é impossível interpretarmos uma cláusula estatutária fora do seu contexto fático; o processo interpretativo diz não apenas com o texto do estatuto social, mas, necessária e concomitantemente, com a realidade a ele ligada. Também na hermenêutica dos negócios jurídicos societários interpreta-se, a um só tempo, o texto normativo e os fatos.”

<sup>178</sup> Embora a redação nova do art. 113, CC, dê a impressão de que as normas decorrentes deste dispositivo legal seriam aplicáveis a negócios jurídicos em geral, a redação nova do art. 113, CC, parece estar voltada, pelo menos teoricamente, apenas para contratos. Há referência a práticas de mercado no art. 113, §1º, II, CC, por exemplo. Esta tese, essencialmente, foi sustentada pelo Prof. F. P. De C. Marino no dia 31 de março de 2020 em sua aula no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>179</sup> São relevantes as seguintes observações do Prof. A. Junqueira de Azevedo sobre a redação de instrumentos negociais em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial...*, pp. 212-213, com os grifos do original, mas sem a nota de rodapé de nº 157: “Por outro lado, muitas vezes, as partes, para melhor fixação do sentido das cláusulas contratuais, fazem preceder a parte dispositiva de um *histórico*. Esta parte do contrato, à semelhança do relatório e dos fundamentos da sentença (art. 458, I e II, do Código de Processo Civil), não faz *coisa julgada*; poderá, porém, ser utilizada amplamente como elemento de interpretação da parte preceptiva. Igualmente, com considerações que poderão ser aproveitadas como subsídio para bom entendimento das disposições *causa mortis*. No nosso modo de ver, essas exposições introdutórias não se confundem propriamente com a motivação; com a ressalva de que venham eventualmente com a afirmação de constituírem *motivos determinantes*, elas são somente a *demonstratio*. Ora a falsa *demonstratio non nocet* (Institutas, 2, 20, 30), ao contrário da *falsa causa* do art. 90 do Código Civil. A *demonstratio*, como

comum diante da ideia de sistema – as partes podem não desejar serem surpreendidas, posteriormente, com interpretações exóticas que poderiam ser alcançadas a partir da ideia indeterminada de interpretação sistemática. Se, por exemplo, as partes decidirem que epígrafes ou que cabeçalhos diversos não poderão ser utilizados para fins de interpretação sistemática, isto deverá ser respeitado. As partes, talvez, apenas queiram ter estas epígrafes ou estes cabeçalhos para fins de referência. Elas podem decidir, inclusive, sobre o significado das palavras utilizadas no instrumento ou no estatuto do negócio jurídico de sociedade. Aparentemente, isto é muito comum no direito da tradição anglo-saxã; dir-se-á mais, todavia, sobre a disciplina da interpretação pelas próprias partes adiante no Item 2.3.3.

Atualmente, fora do campo da interpretação, a noção de sistema em negócios jurídicos é importante para debates sobre a conversão do negócio jurídico (art. 170, CC)<sup>180</sup> e sobre o regime de invalidades parciais e de invalidades por implicação ou indução de negócios jurídicos dependentes – *utile per inutile non vitiatur* – (art. 184, CC)<sup>181</sup> – o acessório, em tese, segue o principal (art. 92, CC, *v. g.*).<sup>182</sup> Teoricamente, as partes também podem dispor sobre estas matérias licitamente.

### 2.2.2. Interpretação Autêntica

Interpretação autêntica é a atividade interpretativa realizada pelo próprio autor do objeto da interpretação ou o produto da atividade interpretativa alcançado pelo próprio autor do objeto da interpretação.<sup>183</sup> Os expertos em direito público estão à frente dos expertos em direito privado relativamente ao problema da interpretação autêntica. Uma questão, por

---

salienta Deiana, não dá o *quia* da declaração, mas serve para a esclarecer; exemplifica: “Lego cem a Tício, que salvou meu filho” é frase diversa de “Lego cem a Tício, *porque* salvou meu filho”. No primeiro caso, há *demonstratio*, ajudando na identificação do legatário; no segundo, motivação.”

<sup>180</sup> Para os limites à conversão dos contratos, pode-se consultar ZANETTI, Cristiano de Sousa, A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma, São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 223-244.

<sup>181</sup> Para observações sobre a ineficácia e sobre a invalidade de contratos coligados, pode-se consultar MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, Contratos Coligados no Direito Brasileiro, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 189-209.

<sup>182</sup> No caso de instrumento ou de estatuto de negócio jurídico de sociedade, é comum que haja referência, no documento, a regimentos internos ou a acordos entre sócios, hipóteses coligadas e acessórias ao negócio jurídico de sociedade. A propósito da expressão “parassocial”, o Prof. G. Oppo disse, em tradução livre, em OPPO, Giorgio, Contratti Parasociali, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1942, p. 3, o seguinte: “Se propus a terminologia de contratos “parassociais”, para os negócios acessórios à relação social, não é por amor à novidade nem pela pretensão de construir uma categoria dogmática, mas para colocar em evidência imediata o nexo de tais negócios com a relação social sem prejudicar com tal ligação a definição com o uso de uma qualificação, aquela de “acessório”, que na terminologia jurídica nossa adquiriu um significado particular e restrito.”

<sup>183</sup> TARELLO, Giovanni, L’Interpretazione della Legge, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, pp. 51-52.

exemplo, que costuma ser discutida na área do direito público é a controvérsia sobre as chamadas “Leis interpretativas”. Quando, *v. g.*, os legisladores desejam que normas jurídicas retroajam, eles podem, eventualmente, tentar lançar mão das chamadas “Leis Interpretativas” para alterar definições legislativas pretéritas; podem, então, tentar alegar que não se trataria de normas jurídicas retroativas, mas de mera interpretação autêntica a propósito de significados que, na verdade, já existiriam.<sup>184</sup>

No âmbito do direito privado, não se discute o tema das “Leis Interpretativas”. Em vez disso, debate-se a respeito do comportamento das partes para a interpretação do negócio jurídico. As ações ou omissões das partes podem ser relevantes para a interpretação do negócio jurídico ou, por exemplo, para se saber se o negócio jurídico teria sido violado, modificado ou extinto.<sup>185, 186 e 187</sup>

A lógica por detrás do enaltecimento da interpretação autêntica é que o autor do objeto da interpretação, teoricamente, poderia estar em uma posição melhor para saber o que ele próprio teria querido dizer com o objeto da interpretação.

A redação do antigo art. 131, 3, Código Comercial, era a seguinte: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato”.

Por outro lado, a redação do atual art. 113, §1º, I, CC, é a seguinte: “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (...) I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio”.<sup>188 e 189</sup>

---

<sup>184</sup> Para a demonstração de que as “Leis interpretativas” seriam uma questão sobre poder, pode-se consultar *idem*, pp. 241-247.

<sup>185</sup> Veja-se, exemplificativamente, o art. 330, CC: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.”

<sup>186</sup> Há normas específicas sobre a modificação do contrato social (*v. g.*, art. 1.076, I, CC) e sobre a reforma do estatuto social (*e. g.*, art. 135, LSA).

<sup>187</sup> O negócio jurídico de segundo grau é um negócio jurídico que regula de algum modo (fixa, confirma, interpreta, resolve, absorve *etc*) negócio jurídico precedente celebrado pelas mesmas partes conforme BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico...*, pp. 243-244.

<sup>188</sup> Fora do âmbito do Código Civil, a interpretação conforme as “práticas adotadas pelas partes entre si” é mencionada no Artigo 8, (3), CISG. Para observações sobre isto, pode-se consultar a Justificativa do Enunciado 409 do art. 113, CC, da V Jornada de Direito Civil de autoria da Profa. V. M. J. de Fradera (pp. 100-102). A Profa. V. M. J. de Fradera demonstra que as práticas citadas no art. 113, §1º, II, CC, não seriam as práticas das partes em FRADERA, Véra Maria Jacob de, *Interpretação dos Contratos in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 431.*

<sup>189</sup> O Prof. R. B. Xavier chamou a atenção para o fato de que a confirmação – utiliza-se “confirmado” neste dispositivo legal –, em princípio, seria um modo para sanar atos jurídicos anuláveis na aula do Prof. F. P. De

As normas sobre a interpretação sistemática e sobre a interpretação autêntica, derivadas do art. 131, 2 e 3, Código Comercial, haviam sido revogadas pelo Código Civil de 2002 (art. 2.045, CC). Apenas passaram a existir normas gerais sobre a interpretação sistemática e sobre a interpretação autêntica novamente no direito brasileiro com a Lei da Liberdade Econômica, conversão da Medida Provisória Federal nº 881/19.<sup>190</sup> Houve muita polêmica sobre se essas normas teriam sido revogadas ou não com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. A Profa. P. A. Forgioni, *e. g.*, pensava o seguinte sobre esta controvérsia: “Sua revogação formal pelo Código Civil não logrou extirpá-las de nosso sistema jurídico. Assim como é impossível revogar as regras de POTHIER, não se pode suprimir a penadas a tradição que existe nas entranhas de nosso direito mercantil.”<sup>191</sup>

Entretanto, certamente, é fisicamente possível revogar as regras do Prof. R. J. Pothier e a tradição que existe nas entranhas do direito mercantil. É mais interessante pensar na manifestação da Profa. P. A. Forgioni como sendo uma alusão aos fins do direito contratual. Assim, dados os fins do regime dos contratos, não seria, realmente, juridicamente possível revogar as normas gerais sobre a interpretação sistemática e sobre a interpretação autêntica; há, no entanto, mesmo aqui, um erro. O fim do direito dos contratos, em última análise, é permitir que as próprias partes busquem alcançar os seus próprios objetivos.<sup>192</sup> Desse modo, o que não se poderia fazer é tornar o consenso irrelevante para a definição dos contratos. Se há normas sobre a interpretação de contratos que não são necessárias para a garantia disto, estas normas poderiam ser revogadas sem que o direito contratual ficasse totalmente

---

C. Marino de 31 de março de 2020 no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>190</sup> Para os Professores G. Tepedino e L. Cavalcanti, o objetivo da reforma do art. 113, CC, pela Lei da Liberdade Econômica teria sido dar “concretude” à norma da boa-fé objetiva conforme TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís, Notas sobre as Alterações Promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos arts. 50, 113 e 421 do Código Civil *in* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.), Lei de Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, pp. 494 e 499-500.

<sup>191</sup> FORGIONI, Paula A., Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2019, p. 250.

<sup>192</sup> Para observações sobre o fim do direito dos contratos, pode-se consultar POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 9ª edição, 2014, pp. 95-102. Na tradição romano-germânica, existe o feliz hábito de, sob certo aspecto, definir o fim dos contratos como sendo os próprios contratos. Eis o que disse, por exemplo, o Prof. C. A. da Mota Pinto sobre este assunto em MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão da Posição Contratual*, Livraria Almedina, reimpressão de 1982, p. 242, sem a nota de rodapé de nº 1: “Nem só, porém, no respeitante à obrigação singular, se manifesta o significado jurídico do fim ou função dos vínculos jurídicos. É que, num contrato, ao lado do interesse da parte contratual como credor, isto é, ao lado deste limitado interesse na recepção da prestação devida, existe um interesse mais amplo, o interesse de cada contratante na consecução do fim contratual. Consiste esse fim contratual no objectivo de, sem qualquer perturbação concomitante para os restantes bens pessoais ou patrimoniais, alcançar aquela finalidade liberal ou aquela concreta necessidade, correspondente à troca das prestações, na medida em que se objectivaram no conteúdo do negócio e, dessa forma, entram a fazer parte do respectivo objecto imediato.”

descaracterizado; diverge-se, pois, da Profa. P. A. Forgioni. As normas sobre a interpretação sistemática e sobre a interpretação autêntica haviam sido revogadas sem que tivesse ocorrido a completa desconfiguração do direito contratual; havia, no entanto, uma versão um pouco mais fraca do argumento da Profa. P. A. Forgioni que estava correta. Provavelmente, não foi conveniente que as normas sobre a interpretação sistemática e sobre a interpretação autêntica tivessem sido revogadas; tratava-se de normas muito antigas que, realmente, guiavam as partes dos contratos.<sup>193</sup> O que se observou, na prática, foi uma dúvida sobre se estas normas teriam, efetivamente, sido revogadas ou não. O Prof. E. V. A. e N. França, *v. g.*, entendia que a norma sobre a interpretação autêntica dos contratos teria estado em vigor em virtude do art. 112, CC, e em virtude da redação anterior do art. 113, CC: “Essa regra, muito embora não conste mais de texto legal, em face da revogação do art. 131, 3, do CComercial, continua, evidentemente, a integrar nosso direito positivo, em face dos princípios gerais de interpretação (cf. arts. 112 e 113 do CC).”<sup>194</sup>

### 2.2.3. Interpretação “*Contra Proferentem*” ou “*Contra Stipulatorem*”

Segundo o Prof. A. Junqueira de Azevedo, a liberdade contratual, a obrigatoriedade dos contratos e a relatividade dos contratos (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*) seriam princípios contratuais clássicos; a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual<sup>195</sup> e a função social dos contratos, por sua vez, seriam princípios novos do direito dos contratos.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> O Prof. A. de A. Gonçalves Neto lamentou a revogação das normas sobre a interpretação de contratos mercantis em GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Os Contratos Mercantis e o Código Civil *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coords.), Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 115-117.

<sup>194</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, A Conduta dos Associados como Regra de Interpretação dos Estatutos de uma Associação *in* Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 181.

<sup>195</sup> BIAZI, João Pedro de Oliveira de, A Exceção de Contrato Não Cumprido no Direito Privado Brasileiro, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 105-106, sem as notas de rodapé de números 12 e 13: “Ainda que o direito privado contemporâneo se preocupe em algumas situações com a equivalência econômica entre as prestações, para que haja sinalagma jurídico basta que a vontade das partes aponte a interdependência e correspectividade das prestações – sem que elas, necessariamente, sejam equivalentes economicamente. (...) Nota-se que o sinalagma não é tutelado pelo direito privado por assumir uma eventual função econômico-social de equilíbrio objetivo. O sinalagma é, pelo contrário, um elemento plenamente interno da relação jurídica de atribuição patrimonial, responsável por dar a esta relação um específico sentido de conjunto e unidade.” Por outro lado, para a descrição de um suposto postulado normativo de proporcionalidade na “concreção normativa da interpretação contratual”, pode-se consultar KIRCHNER, Felipe, Interpretação Contratual: hermenêutica e concreção, Curitiba: Juruá Editora, 2016, pp. 255-266.”

<sup>196</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato

Durante o século XX, foram promulgados vários diplomas legais diferentes para proteger as partes mais fracas de determinados negócios jurídicos. Eis alguns exemplos de instrumentos legais destinados a, entre outras coisas, supostamente, assegurar um equilíbrio mais adequado entre as partes de certos negócios jurídicos: Lei do Inquilinato, Consolidação das Leis do Trabalho, Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias, Lei da Representação Comercial, Lei Ferrari e Código de Defesa do Consumidor<sup>197</sup>. Adicionalmente, o estado de perigo (art. 156, CC) e a lesão (art. 157, CC)<sup>198</sup>, v. g., são disciplinados, atualmente, no Código Civil.

A própria Lei das Sociedades por Ações pode ser vista como um diploma legal voltado à garantia do equilíbrio negocial entre as partes. Com efeito, antes da edição da Lei das Sociedades por Ações, por exemplo, havia-se aludido ao poder de controle apenas nos seguintes diplomas legais: Decreto-Lei Federal nº 2.627/1940, Consolidação das Leis do Trabalho, Lei Federal nº 4.131/1962, Lei Federal nº 4.595/1964, Lei do Mercado de Capitais, Lei Federal nº 6.099/1974 e Decreto-Lei Federal nº 1.376/1974.<sup>199</sup> Um dos principais aspectos, entretanto, do poder de controle, do ponto de vista do direito das sociedades, qual seja, o dever de os controladores agirem de acordo com o interesse social, não havia sido

---

e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual *in* Revista dos Tribunais, Ano 87, v. 750, abril de 1998, pp. 115-116.

<sup>197</sup> ASCARELLI, Tullio, Teoria della Concorrenza e Interesse del Consumatore *in* Saggi di Diritto Commerciale, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1955, pp. 125-126, em tradução livre e sem as notas de rodapé de números 128 e 129: “Um diálogo fundamental na disciplina da atividade empresarial me parece aquele entre a tutela de um interesse que em geral poderíamos dizer do consumidor abstrato (ou, se se preferir, da massa dos consumidores) e a tutela de um interesse que poderíamos dizer privilegiado do empresário, como vimos afirmar-se nas disputas no tema da concorrência desleal, assim como nas construções sobre bens imateriais.” COMPARATO, Fábio Konder, A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico *in* Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 476: “O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedor de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria.”

Para considerações sobre o princípio constitucional da proteção dos consumidores, pode-se consultar COMPARATO, Fábio Konder, A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988 *in* RDM, nº 80, Ano XXIX, outubro-dezembro, 1990, pp. 68-74.

Para o conceito jurídico de consumidor, pode-se consultar DE LUCCA, Newton, Direito do Consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo, São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2008, pp. 123-137.

<sup>198</sup> São célebres as observações do Prof. C. M. da S. Pereira sobre as desproporções que dão ensejo a lesões em negócios jurídicos em PEREIRA, Caio Mário da Silva, Lesão nos Contratos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 6ª edição, 1999, pp. 197-198.

<sup>199</sup> Em textos constitucionais federais, aludiu-se ao poder de controle, pelo menos, nas Constituições Federais de 1946 (pelo menos, no art. 222, “a” e “d”) e de 1988 (pelo menos, nos arts. 37, XVII, 52, VII, 54, II, “a”, 163, II, 164, §3º, 202, §4º, 222, §5º e arts. 8º, §5º, 44, §1º, 81, *caput*, ADCT), mas, nesta tese de doutorado, não serão discutidas as consequências de o poder de controle ter sido mencionado em Constituições Federais.

enfrentado de modo específico nestas legislações anteriores. Isto apenas ocorreu de maneira especial a partir da Lei das Sociedades por Ações.

Na Lei das Sociedades por Ações, reconheceu-se um desequilíbrio indevido entre os controladores e os não controladores. Para corrigi-lo, os legisladores adotaram estratégias compensatórias. Seria, então, como se a norma do interesse social devesse pesar de maneira mais intensa sobre os ombros dos controladores. Sócios, administradores, fiscais e membros de qualquer órgão técnico ou consultivo têm o dever de agir de acordo com o interesse da sociedade, mas seria como se os controladores, em tese, devessem obedecer à norma do interesse social de maneira ainda mais rigorosa. Pode-se falar em “controle do controle” ou em “contra controle”.<sup>200 e 201</sup>

Ademais, concede-se, no direito das sociedades, proteção especial aos sócios, individualmente<sup>202</sup>, e à minoria<sup>203</sup>, porque se supõe que a coletividade dos sócios ou que a maioria poderiam vir a abusar de seu poder. Quando se ingressa em sociedade, abre-se mão de uma parte de sua liberdade em favor da coletividade dos sócios. As deliberações tomadas em reunião de sócios ou em assembleia geral vinculam todos os sócios, mesmo os ausentes ou os dissidentes (arts. 1.010, *caput* e §1º, 1.072, §5º, CC, e 129, *caput*, LSA). Além disso, é razoável supor que seria mais fácil para uma maioria estável, “pré-formada” ou “pré-constituída” abusar de seu poder.

A interpretação “*contra proferentem*” ou “*contra “stipulatorem”*” (*interpretatio contra proferentem vel stipulatorem*) também tem em vista a ideia de equilíbrio entre as

---

<sup>200</sup> ASCARELLI, Tullio, Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945, p. 358: “Apresentam-se, assim, na sociedade anônima, os problemas que respeitam aos poderes do “executivo” e aos seus limites; à organização das assembleias às quais cabe ditar a orientação geral; à necessidade de que, a gestão da sociedade, obedeça aos critérios determinados pela maioria; à tutela do direito de cada acionista no que respeita ao seu direito de voto; à garantia dos direitos da maioria e à tutela da minoria; à disciplina e à independência de um órgão de controle. Decorrem daí as analogias de alguns problemas das sociedades anônimas com os problemas do direito público.”

<sup>201</sup> Há um prefácio famoso do Prof. F. K. Comparato denominado de “O Poder de Controle e o Controle do Poder” em COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., pp. V-VII. A expressão “contra controle” pode ser encontrada em OIOLI, Erik Frederico, Regime Jurídico do Capital Disperso..., p. 226.

<sup>202</sup> Para observações sobre os direitos individuais dos sócios, podem ser consultados LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas..., pp. 216-218, TELLECHEA, Rodrigo, Autonomia Privada no Direito Societário, São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 272-275, e TELLECHEA, Rodrigo, Arbitragem nas Sociedades Anônimas: direitos individuais e princípio majoritário, São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 144-148. Para discussão sobre a origem e sobre o desenvolvimento dos direitos individuais dos sócios, pode-se consultar LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, Do Direito do Acionista ao Dividendo, São Paulo: Obelisco, 1969, pp. 256-304.

<sup>203</sup> Para apontamentos a propósito do regime de proteção à minoria na Lei das Sociedades por Ações, pode-se consultar BULGARELLI, Waldírio, Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998, pp. 115-165.

partes do negócio.<sup>204</sup> Em contratos de adesão, uma ou algumas das partes predisõem, predeterminam, preestabelecem, preconformam ou preformulam o conteúdo do contrato; uma ou alguma das partes, por outro lado, simplesmente, aderem a este conteúdo ou aceitam este conteúdo. A vontade dos predisponentes estende-se ao poder de definir o conteúdo do contrato; a vontade dos aderentes, por sua vez, limita-se ao poder de contratar. Como pelo menos uma das partes não participa significativamente da formação do conteúdo do contrato, pressupõe-se que ela seja uma parte mais fraca em oposição a uma ou mais partes mais fortes; a justificativa para a intervenção estatal no domínio dos contratos de adesão é, pois, a desigualdade entre as partes do contrato, o fato de que as partes, pelo menos teoricamente, não se encontrariam em pé de igualdade. Contratos de adesão são um modo de contratar e não uma espécie distinta ou um tipo especial de contrato; em tese, qualquer contrato poderia ser celebrado como contrato de adesão,<sup>205</sup> inclusive o contrato de sociedade.<sup>206 e 207</sup>

A maneira tradicional de compreender os contratos envolvia a noção de que o conteúdo do contrato seria formado à medida em que as partes consentissem quanto a pontos distintos em um processo com diferentes propostas, contrapropostas e aceitações.<sup>208</sup> Nos contratos de adesão, por seu turno, não há discussões ou tratativas; a vantagem da celeridade dos contratos de adesão ficaria prejudicada caso as partes debatessem amplamente quanto ao contrato. Os contratos de adesão não devem ser vistos como produtos da consciência má do predisponente; eles existem, porque, às vezes, há circunstâncias que favorecem a sua

---

<sup>204</sup> Outra expressão famosa é “*in dubio mitius*” de acordo com a qual, em geral, deveriam ser adotadas interpretações menos gravosas.

<sup>205</sup> Para considerações sobre o conceito de contrato de adesão, pode-se consultar MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Contrato de Adesão*, São Paulo: Editora Atlas, 2002, pp. 13-33.

<sup>206</sup> O Prof. H. Wiedemann explica que o controle judicial do negócio jurídico de sociedade, na Alemanha, corresponderia ao ponto de partida da “Lei das Condições Gerais” (AGB-Gesetz), espécie de Código de Defesa do Consumidor alemão, atualmente incorporado ao Código Civil alemão (BGB), que tem por objetivo combater eventuais abusos de parte que pode determinar condições gerais de negócio em WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht: ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, Band I - Grundlagen, Beck, 1980, pp. 172-174.

<sup>207</sup> Além disso, pode-se distinguir o contrato de adesão do contrato-tipo. Contratos-tipo são formulários criados pela administração pública ou por entidades de classe que servem como modelos para contratos. Isto quer dizer, por exemplo, que é possível que haja contrato em que todas as partes sejam aderentes, hipótese em que não há contrato de adesão. Na Instrução Normativa DREI nº 81/2020, há diferentes Anexos com manuais para empresas individuais de responsabilidade, sociedades limitadas, sociedades anônimas e para cooperativas. Em todos estes manuais, à exceção do manual para as sociedades anônimas, há contratos-tipo para a celebração de negócios de sociedade. Para observações sobre contratos-tipo, pode-se consultar MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere*, Tomo Primo *in CICU*, Antonio; MESSINEO, Francesco (Diretores), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Volume XXI, t. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, pp. 678-682.

<sup>208</sup> Para comentários sobre como se dá a formação de um contrato, pode-se consultar GOMES, Orlando, *Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 41-47.

existência – larga escala e benefícios em poder realizar múltiplas contratações rapidamente, por exemplo.<sup>209</sup>

Para efeitos desta tese de doutorado, há duas espécies distintas de interpretação “*contra proferentem*” ou “*contra stipulatorem*”. Há a interpretação “*contra proferentem*” em razão da existência de contrato de adesão (arts. 423, CC<sup>210</sup>, e 47, CDC<sup>211</sup>) e há a interpretação “*contra proferentem*” para beneficiar a parte que não tenha redigido o dispositivo contratual (art. 113, §1º, IV, CC)<sup>212 e 213</sup> – tenha-se em mente que o texto dos instrumentos contratuais não é, necessariamente, redigido pelas próprias partes.

Parte-se do pressuposto de que o predisponente e de que a parte que redigiu o dispositivo contratual estariam em uma condição superior à condição do aderente ou à condição da parte que não redigiu o dispositivo contratual. Raciocínio semelhante, eventualmente, poderia vir a ser formulado para o direito das sociedades: na dúvida, dar-se-ia primazia à interpretação contrária aos interesses dos controladores e favorável aos interesses dos sócios não controladores, mas nunca, evidentemente, em contrariedade ao interesse social.<sup>214</sup> Nas sociedades anônimas de capital disperso, é mais fácil de enxergar o

---

<sup>209</sup> Para as vantagens dos contratos de adesão, pode-se consultar ROPPO, Enzo, *Contratti Standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975 (reimpressão de 2017), p. 29.

<sup>210</sup> O atual art. 423, CC, surgiu em razão de sugestões do Prof. F. K. Comparato sobre o contrato de seguro. O Prof. F. K. Comparato escreveu, em COMPARATO, Fábio Konder, *Substitutivo ao Capítulo referente ao Contrato de Seguro no Anteprojeto de Código Civil in RDM*, nº 5, Ano XI, 1972, p. 147, o seguinte: “A regra de interpretação contida no parágrafo único encontra fundamento na própria técnica operacional do seguro, indissociável de um levantamento estatístico, tanto quanto possível exato, das probabilidades de sinistro em razão de fatos precisos.”

<sup>211</sup> DE LUCCA, Newton, *A Proteção Contratual no Código de Defesa do Consumidor in RDM*, nº 86, Ano XXXI, abril-junho, 1992, p. 94: “Saliente-se, apenas, que a redação do Código de Defesa do Consumidor foi mais longe e não disse que a interpretação mais favorável ao consumidor só se daria na hipótese de cláusula dúbia, ambígua ou contraditória, mas sim em qualquer cláusula contratual (...)”. No Código de Defesa do Consumidor, o contrato de adesão foi conceituado no art. 54, *caput*: “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.” Para alguns comentários sobre os contratos de adesão no âmbito do direito do consumidor, podem ser consultadas as páginas 97-98 deste mesmo artigo.

<sup>212</sup> Substancialmente, esta formulação aproxima-se da sétima regra do Prof. Robert-Joseph Pothier para a interpretação de convenções de acordo com POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, p. 109.

<sup>213</sup> A Profa. M. C. do A. Kroetz chegou à mesma conclusão em GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral, *Interpretações – Art. 113 do Código Civil in MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs.), Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 351.

<sup>214</sup> O interesse social pode vir a ser determinado por arbitragem ou pelo Poder Judiciário na hipótese de empate (arts. 1.010, §2º, CC, e 129, §2º, LSA) conforme FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Conflito de Interesses e Benefício Particular: uma distinção que se impõe definitivamente dirimir in RDM*, nº 161/162, Ano LI, janeiro-agosto, 2012, p. 42, nota de rodapé nº 9. Para discussão estendida sobre o empate e sobre a controvertida ação de desempate, pode-se consultar FERREIRA, Mariana Martins-Costa, *Buy or Sell e Opções de Compra e Venda para Resolução de Impasse Societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 70-78.

subscritor ou adquirente de ações como alguém que, simplesmente, adere a conteúdo negocial que já estava estabelecido. Os controladores, em contrapartida, seriam comparáveis a partes predisponentes nesses casos em função de seu poder de decisão.

## **2.2.4. Interpretação conforme a Intenção das Partes**

### **2.2.4.1. Interesse Social**

No Item 1.3.3, *supra*, explicou-se que não se deve, em abstrato, diferir a interpretação do estatuto da companhia fechada da interpretação do estatuto da companhia aberta. Ainda que haja distinções entre companhias fechadas e companhias abertas, os elementos buscados pelos Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França deveriam fundamentar-se na separação entre negócios relacionais incompletos e instituições incompletas; esta divisão, sim, talvez pudesse vir a ser utilizada para sustentar as ideias dos Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França. Deixou-se, no entanto, de abordar, naquele Item, o problema do interesse social, porque convinha fazê-lo em conjunto com a análise do art. 112, CC. É o que se passa a fazer agora.

A redação do art. 131, 1, Código Comercial, era a seguinte: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.<sup>215</sup> Por seu turno, a redação do art. 85, Código Civil de 1916, era a seguinte: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” Finalmente, a redação do atual art. 112, CC, é a seguinte: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”<sup>216 e 217</sup>

---

<sup>215</sup> Substancialmente, esta é a formulação da primeira regra do Prof. Robert-Joseph Pothier para a interpretação de convenções de acordo com POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, p. 112.

<sup>216</sup> O Prof. N. De Lucca entende que não haveria, na prática, diferenças significativas entre os arts. 85, Código Civil de 1916, e 112, CC, em DE LUCCA, Newton, *Normas de Interpretação Contratual no Brasil in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez., 2006, pp. 191-193.

<sup>217</sup> As normas sobre a interpretação de negócios jurídicos estão sendo analisadas aqui em separado, mas relações entre estas normas poderiam vir a ser identificadas. Por exemplo, o Prof. A. Junqueira de Azevedo demonstra que o comportamento das partes posterior à celebração do negócio jurídico poderia ser utilizado para alcançar o que, teoricamente, seria a vontade das partes em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, (parecer) *Interpretação do contrato pelo Exame da Vontade Contratual. O Comportamento das Partes Posterior à Celebração, interpretação e Efeitos do Contrato conforme o Princípio da Boa-Fé Objetiva. Impossibilidade de Venire contra Factum Proprium e de Utilização de Dois Pesos e de Duas Medidas (Tu Quoque)*. Efeitos do

A norma derivada destes dispositivos é aplicável, indistintamente, a toda sociedade que seja um negócio jurídico; os Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França, todavia, não se referiram a esta norma em suas análises. Para eles, a interpretação do estatuto da companhia fechada deve levar em conta, principalmente, a intenção das partes e não a letra fria do estatuto social ao passo que a interpretação do estatuto da companhia aberta deve ter em consideração, essencialmente, a letra fria do estatuto social e não o que, teoricamente, teria sido a intenção das partes – na verdade, substancialmente, seria como se sequer houvesse intenção a ser apreciada neste caso.<sup>218</sup>

O perigo por detrás dos argumentos dos Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França é que se ignore o fato de que mesmo as companhias de capital disperso são negócios jurídicos. É certo que, na prática, a posição individual de cada um dos acionistas das companhias de capital disperso é pouco relevante, mas a proposta dos Professores F. K. Comparato e E. V. A. e N. França não deveria, idealmente, conduzir ao institucionalismo do direito das sociedades. Deve-se ter cuidado. A intenção dos acionistas das companhias de capital disperso seria irrelevante? Por quê? Eles não adquiriram um punhado de ações escriturais na bolsa de valores? Isto não demonstraria que eles teriam alguma intenção? É claro que mesmo a interpretação do estatuto da companhia de capital disperso deve levar em conta a intenção das partes do negócio jurídico (art. 112, CC). *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (o que, contemporaneamente, se relaciona ao art. 5º, II, CF). O fato de as companhias de capital disperso serem instituições incompletas não afasta, por si só, a relevância da intenção das partes. Ademais, há o art. 83, LSA: “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 conterà as normas pelas quais se regerà a companhia.”<sup>219</sup>

Não se pretende rediscutir a oposição entre o contratualismo e o institucionalismo do direito das sociedades aqui. Isto já foi examinado em trabalho anterior; naquela ocasião, concluiu-se pela superioridade do contratualismo relativamente ao institucionalismo.<sup>220</sup>

---

Contrato e Sinalagma. A Assunção pelos Contratantes de Riscos Específicos e a Impossibilidade de Fugir do “Programa Contratual” Estabelecido *in* Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp. 162-166.

<sup>218</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Natureza da Sociedade Anônima..., pp. 120-122, e FRANÇA, Erasmio Valladão Azevedo e Novaes, Dever de Lealdade do Acionista Controlador..., pp. 257-259.

<sup>219</sup> A tese defendida aqui é congruente com o argumento do Prof. C. Grassetti. A diferença é que o Prof. C. Grassetti não lamenta a existência de incertezas sobre as quais se discorrerá adiante no Item 2.2.4.2. Para a conclusão do Prof. C. Grassetti sobre este assunto, pode-se consultar GRASSETTI, Cesare, Sull’Interpretazione degli Statuti delle Società Commerciali *in* Il Foro Italiano, Volume LXIV, Parte I, 1939, p. 1622.

<sup>220</sup> PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto..., pp. 20-35.

Aqui, deseja-se chamar a atenção para o teor contratualista do art. 112, CC: importa, para a existência do negócio jurídico, a vontade das próprias partes e não o que terceiros possam achar que seria bom para as partes.<sup>221</sup> A intenção dos sócios pode não ter sido particularmente relevante para a elaboração de cláusulas específicas do estatuto social, mas esta circunstância não deve tornar o interesse comum dos sócios enquanto sócios (*uti socii* e não *uti individui*) no aumento do valor de suas próprias participações sociais insignificante.

Por que deveria haver a proteção do interesse social mesmo nas sociedades de capital disperso? Quando há muitos acionistas, cada qual com apenas uma pequena parcela do capital social votante, a administração da sociedade torna-se ainda mais importante.<sup>222</sup> Se não há acionista algum interessado pelos detalhes da administração da sociedade, por que deveria ser protegido o interesse destes sujeitos? Por detrás desta pergunta, esconde-se uma verdade que não é óbvia: a relevância dos sócios está associada a custos de capital menores e a uma probabilidade maior de adequada fiscalização da administração. Teoricamente, os legisladores poderiam conceder maior importância a outros sujeitos que não os sócios, mas isto seria menos eficiente do ponto de vista econômico. A proteção específica de determinados sujeitos e de determinados bens – trabalhadores, consumidores, meio ambiente, livre concorrência *etc* – deve ser feita em outras áreas do direito e não no bojo do direito das sociedades.<sup>223</sup>

Na legislação brasileira, há artigos contratualistas e há artigos institucionalistas. Os arts. 1.010, §3º, 1.017, 1.074, §2º, CC, 115, 117, §1º, “d”, “e”, “f”, “g” e “h”, e 165, §1º, LSA, por exemplo, têm redações de teor contratualista ao passo que os arts. 187, 421, 1.085, *caput*, CC, 116, parágrafo único, 117, §1º, “a”, “b” e “c”, 140, parágrafo único, 154, *caput*,

---

<sup>221</sup> São célebres as observações do Ministro O. Nonato sobre a norma que, atualmente, decorre do art. 112, CC. Ele qualificou-a como “a regra suprema de interpretação dos contratos” em RE nº 17.477 – DF, Segunda Turma, Rel. Ministro O. Nonato, j. 12/09/1950, publicado no Diário da Justiça de 19/10/1950. Ele explicou que esta norma implicaria uma preferência pela vontade real das partes relativamente à vontade declarada em RE nº 16.934 – MG, Segunda Turma, Rel. Ministro O. Nonato, j. 02/01/1951, publicado no Diário da Justiça de 25/01/1951. O Ministro J. C. Moreira Alves também se manifestou sobre a interpretação conforme a intenção das partes. Para ele, “o juiz precisa, em cada caso, ter em vista (...) as circunstâncias em que as palavras do contrato foram proferidas, o seu contexto, o resultado econômico a que ele visa” em RE nº 78.946 – MG, Segunda Turma, Rel. para o Acórdão Ministro J. C. Moreira Alves, j. 14/06/1976, publicado no Diário da Justiça de 24/09/1976.

<sup>222</sup> Este é o raciocínio que explica a possibilidade de exercício de poder de controle pela administração da sociedade. Para breve exposição deste argumento, pode-se consultar DEMSETZ, Harold, *Toward a Theory of Property Rights in The American Economic Review*, Vol. 57, Nº 2, maio de 1967, pp. 358-359.

<sup>223</sup> O Prof. E. F. Oioli, na prática, demonstra estas ideias ao discorrer sobre a cogestão em OIOLI, Erik Frederico, *Regime Jurídico do Capital Disperso...*, pp. 216-223. Para análise semelhante ao exame do Prof. E. F. Oioli e a defesa de contratualismo do direito das sociedades, pode-se consultar PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, *Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto...*, pp. 20-35.

160 e 165, *caput*, LSA, têm redações de teor institucionalista.<sup>224</sup> Neste sentido, o interesse social apresenta-se como algo desnecessariamente nebuloso. Há, inclusive, certa contradição entre normas sobre o interesse social muito importantes no direito brasileiro. Chega-se a esta conclusão, especificamente, a partir da interpretação dos arts. 115, *caput*, 116, parágrafo único, 154, *caput*, 160 e 165, *caput* e §1º, LSA – o interesse social a ser perseguido pelos sócios, pelos controladores, pelos administradores, pelos fiscais e pelos membros de qualquer órgão técnico ou consultivo, nas sociedades por ações, não é, exatamente, o mesmo interesse social.<sup>225 e 226</sup>

Para o Prof. F. K. Comparato, se os legisladores atribuíram ao acionista controlador o dever de agir de acordo com o interesse dos acionistas, trabalhadores e da comunidade na qual a sociedade por ações atua (art. 116, parágrafo único, LSA), os legisladores teriam reconhecido, no acionista controlador, em princípio, o verdadeiro intérprete do interesse social.<sup>227, 228 e 229</sup> O Prof. F. K. Comparato tem razão. Esta forma de institucionalismo relativiza a importância dos acionistas e, por conseguinte, diminui a relevância do estatuto da sociedade por ações.<sup>230 e 231</sup> Está escrito o seguinte na Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda:

---

<sup>224</sup> PELA, Juliana Krueger, *As Golden Shares no Direito Brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 176.

<sup>225</sup> Para comentários sobre as diferenças entre os deveres do acionista controlador e os deveres de qualquer acionista, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Conflito de Interesses nas Assembléias de S. A. (e outros escritos sobre conflito de interesses)*, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2014, pp. 69-72.

<sup>226</sup> Estas ideias já haviam sido defendidas em PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, *Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto...*, p. 9.

<sup>227</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *Valor de Reembolso das Ações do Acionista Dissidente...*, p. 225.

<sup>228</sup> O Prof. M. Carvalhosa, ao discorrer sobre a teoria da “empresa em si”, explica que, para esta corrente do institucionalismo, os controladores seriam, na prática, depositários e intérpretes do interesse social em CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2º Volume*, São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2009, pp. 450-451.

<sup>229</sup> Para o Prof. L. G. P. de B. Leães, na hipótese de conflito entre a função social das empresas e o interesse social, deve prevalecer a função social das empresas conforme LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Conflito de Interesses in Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 21.

<sup>230</sup> O Prof. E. F. Oioli também trata do problema dos controladores como supostos intérpretes do interesse social em OIOLI, Erik Frederico, *Regime Jurídico do Capital Disperso...*, pp. 227-229.

<sup>231</sup> Se o acionista controlador é responsável por tudo, na prática, ele não é responsável por coisa alguma. A CVM entendeu no PAS CVM nº RJ2013/6635 que a função social da empresa e que a preservação da empresa não poderiam ser utilizadas para impedir o cumprimento do interesse da companhia (Parágrafo 36 do voto da Diretora L. Dias): “No entanto, não se tem notícia de que tais dispositivos, que se encontram na parte geral da lei e, portanto, aplicam-se indistintamente a todas as sociedades anônimas, tenham sido alguma vez invocados para permitir o voto de um acionista controlador supostamente conflitado em assembleia geral. O princípio da preservação da empresa não serve como escusa geral para o descumprimento das regras da lei.” Esta foi a célebre decisão da CVM sobre o suposto conflito de interesses na assembleia geral da Eletrobras a propósito da Medida Provisória Federal nº 579/12 que havia sido editada, teoricamente, para tentar reduzir o valor das contas de luz. Posteriormente, o CRSFN reverteu esta decisão (Processo 10372.000246/2016-82, Acórdão CRSFN 282/2017), e a CVM lançou o Comunicado ao Mercado nº 07/2017 no qual, entre outras coisas, está escrito: “A CVM respeita a instância decisória do CRSFN e o resultado final do julgamento, que seguiu o

“O principio básico adotado pelo Projeto, e que constitui o padrão para apreciar o comportamento do acionista controlador, é o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e enquanto respeita e atende lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa - o[s] que nela trabalham, os acionistas minoritários, os investidores do mercado e os membros da comunidade em que atua.”

Este modo de pensar não está de acordo com o Estado de Direito e também pode ser percebido, por exemplo, na Constituição Federal. Comparem-se, por exemplo, as redações do art. 5º, II, CF, e do art. 5º, XXIII, CF:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

Eventualmente, poder-se-ia defender, talvez, que a ideia de função social não seria muito problemática, porque, em tese, ela poderia estar restrita aos arts. 5º, XXIII, 170, III, 173, §1º, I, 182, §2º, 184, 185, parágrafo único, e 186, CF, mas há diferentes expressões perigosas na Constituição Federal – dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 226, §7º, CF) ou segurança nacional (art. 173, *caput*, CF), por exemplo. Pode-se até não gostar disto, mas o fato é que, teoricamente, há amplas possibilidades para a fundamentação do institucionalismo no direito brasileiro.<sup>232</sup>

---

devido processo legal, no entanto reafirma o posicionamento de seu Colegiado à época do julgamento em primeira instância.” Rigorosamente, não parece que a CVM respeite a instância decisória do CRSFN ou a decisão sobre o suposto conflito de interesses na assembleia geral da Eletrobras.

<sup>232</sup> As ideias contrárias ao Estado de Direito também podem ser associadas, *e. g.*, ao “direito penal do inimigo” e ao que vem sendo chamado de “dever fundamental de pagar tributos”. Para um breve resumo das diferenças entre o “direito penal do cidadão” e o “direito penal do inimigo”, pode-se consultar JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson Civitas, 2003, pp. 55-56. Para a descrição de um suposto “limite aos limites materiais da tributação”, pode-se consultar NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 2012, pp. 619-626.

#### 2.2.4.2. Modelos para a Interpretação conforme a Intenção das Partes<sup>233</sup>

Até o momento, discorreu-se sobre o art. 112, CC, como se ele fosse um dispositivo legal essencialmente contratualista diante do direito das sociedades – dá-se ênfase à intenção das partes neste artigo do Código Civil; há, também, entretanto, uma característica do art. 112, CC, a qual poderia ser associada ao institucionalismo, a saber, o desprezo pela interpretação literal e a indeterminação sobre como alcançar o que, em tese, seria a intenção das partes. A relação entre os arts. 112 e 219, *caput*, CC, não é clara.

No Item 1.1.4, *supra*, explicou-se que as pessoas podem comunicar-se sem que haja um contexto específico. O nome que se dá ao significado que não depende de contexto especial é significado literal, também chamado, em inglês, de “primeiro significado” (*first meaning*) ou de “significado pleno” (*plain meaning*).<sup>234</sup>

Em trabalho anterior, argumentou-se que uma das características das normas seria o entrenchamento (*entrenchment*) de seu significado.<sup>235</sup> O mesmo não poderia ser dito sobre o significado de cláusulas de instrumentos ou de estatutos de negócios de sociedade por conta do art. 112, CC.

Suponha-se, por hipótese, que houvesse uma norma segundo a qual fosse proibida a entrada de cachorros em determinado restaurante.<sup>236</sup> Imagine-se, agora, que um homem cego desejasse ingressar neste restaurante com o seu cão-guia. É razoável supor que, neste momento, seria observada uma incongruência entre a norma e o seu suposto fim. Presumivelmente, a entrada de cachorros no restaurante teria sido proibida, pois teria sido desejado que não houvesse latidos, que os cachorros não soltassem pelos e que, genericamente, os cachorros não incomodassem as pessoas que estivessem fazendo as suas refeições no restaurante; cães-guia, no entanto, são cachorros extremamente inteligentes que talvez cheguem a se comportar melhor que muitas das pessoas que frequentam restaurantes.

---

<sup>233</sup> A palavra “modelo” será utilizada a partir de agora, mas não se pretende relacionar o uso desta expressão aqui com as ideias do Prof. M. Reale sobre “modelos jurídicos”. Para algumas observações do Prof. M. Reale sobre este tema, pode-se consultar REALE, Miguel, O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1992, pp. 161-167.

<sup>234</sup> O Prof. F. Schauer explica o que é significado literal, conforme já havia sido apontado na nota de rodapé nº 49, em SCHAUER, Frederick, Formalism..., pp. 520-529.

<sup>235</sup> Algumas das observações deste Item 2.2.4.2 já haviam sido feitas em PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto..., pp. 71-73.

<sup>236</sup> O Prof. F. Schauer prefere utilizar a palavra “regra” (*rule*) à palavra “norma” (*norm*), mas, nesta tese de doutorado, far-se-á uso apenas da expressão “norma”; trata-se de palavra que é frequentemente utilizada, na tradição romano-germânica, para abranger, por exemplo, tanto regras quanto princípios. Para as razões pelas quais o Prof. F. Schauer preferiria o termo “regra” ao termo “norma”, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, Playing by the Rules..., pp. 12-15.

As normas, portanto, podem terminar por ser sobreinclusivas (*overinclusive*), isto é, o predicado factual (*factual predicate*) das normas pode acabar por abranger hipóteses das quais talvez o elaborador da norma não tenha cogitado.

Acontece que as normas também podem terminar por ser subinclusivas (*underinclusive*). Suponha-se, por exemplo, que um homem quisesse entrar com o seu urso de estimação no restaurante. Neste caso, provavelmente, também poderia vir a ocorrer uma incompatibilidade entre a norma e o seu suposto fim.

Item, poderia vir a ocorrer uma desarmonia entre a norma e o seu suposto fim por conta da textura aberta da linguagem. Imagine-se, por exemplo, que a proibição de entrada de cachorros tivesse sido criada e que, no dia seguinte, fosse descoberta uma nova raça de cachorros que não late, que não solta pelos e que nunca, genericamente, incomoda as pessoas que fazem as suas refeições em restaurantes. Como é possível que até expressões muito precisas venham a tornar-se vagas, existiria a possibilidade de que as normas não se revelassem apropriadas sempre para a persecução de seus supostos fins.

Quando se verifica a sobreinclusão, a subinclusão ou os problemas derivados da textura aberta da linguagem, diz-se que ocorreu uma “experiência recalitrante” (*recalcitrant experience*). O entrincheiramento ocorre, exatamente, quando uma norma é tratada como uma razão para ação ou para decisão independentemente das experiências recalitrantes.<sup>237</sup>

Em contraste com este “modelo de entrincheiramento” (*entrenchment model*), há o “modelo de conversa” (*conversational model*), o “particularismo sensível às normas” (*rule sensitive particularism*) e o “positivismo presuntivo” (*presumptive positivism*).

No modelo da conversa, verifica-se adaptabilidade. Não importa que alguma experiência recalitrante tenha ocorrido. Dados os fins que os sujeitos desejam alcançar, as normas podem, rapidamente, ser modificadas. A alteração das normas no momento em que elas devam ser aplicadas pode envolver a criação de exceções que não existiam anteriormente. Todas as dificuldades relacionadas aos supostos fins das normas podem ser derrotadas (*defeasibility*), todas as normas podem ser revisadas diante de percalços que possam vir a surgir. As normas são transparentes e não opacas de modo que o seu fim pode

---

<sup>237</sup> Todos estes exemplos e os conceitos de sobreinclusão, subinclusão, predicado factual, experiência recalitrante e de entrincheiramento foram retirados de *idem*, pp. 47-52. Para explicação mais detida sobre todas essas ideias, podem ser consultadas as páginas 1-52 deste mesmo livro. Embora a noção de entrincheiramento seja muito didática, o Prof. F. Schauer não chegou a retomá-la em livros posteriores. Em SCHAUER, Frederick, Profiles, Probabilities, and Stereotypes..., pp. 56-57, por exemplo, ele apenas trata dos conceitos de sobreinclusão e de subinclusão.

ser enxergado sempre; as normas, por conseguinte, verdadeiramente, não passariam de meros indicadores ou de diretivas sobre o que deveria ser feito (*rules of thumb*).<sup>238</sup>

O particularismo sensível às normas, por sua vez, é semelhante ao modelo da conversa. A diferença é que, neste caso, quando o julgador tem de decidir sobre a aplicação de uma norma ou não, ele deve levar em conta a própria circunstância da flexibilização da norma, isto é, deve considerar as consequências da relativização do que, em tese, seria a norma.<sup>239</sup>

Por fim, o positivismo presuntivo é exatamente a mesma coisa que o modelo de entrincheiramento com uma exceção importante. Quando “experiências recalcitrantes particularmente exigentes” (*particularly exigent recalcitrant experiences*) ocorrem, torna-se possível que as normas sejam “superadas” (*ovirrided* ou *overcome*) – se a aplicação das normas for conduzir a resultados absurdos ou, simplesmente, ridículos, é possível afastar as normas e tomar outra decisão completamente diferente. Por exemplo, se a aplicação de uma norma for, necessariamente, provocar o perecimento do mundo ou a queda dos céus – e se, ademais, houver certeza quanto a isto de antemão –, é possível ignorar o direito e fazer outra coisa totalmente diferente.<sup>240 e 241</sup>

O positivismo presuntivo não é tão razoável quanto o método de Procusto (Estado de Direito), mas não há uma distância muito grande entre estes dois modos de enxergar o direito – também se está disposto a tolerar vários resultados ruins no positivismo presuntivo.<sup>242</sup>

A pergunta que deve ser respondida é sobre qual modelo teria sido adotado pelo art. 112, CC. O modelo de entrincheiramento não foi adotado, porque o entrincheiramento é algo que tem relação com o significado literal. Podem ter sido adotados os modelos da conversa, do particularismo sensível às normas ou do positivismo presuntivo. Parece que o mais razoável seria compreender que o positivismo presuntivo teria sido eleito pelo art. 112, CC, pois a forma é meio pelo qual os sujeitos expressam as suas vontades – pode ser oral, por escrito, por mímica ou por outras condutas. Até o silêncio, em tese, pode vir a ser um modo de expressão de vontade (art. 111, CC). “A manifestação de vontade subsiste ainda que o

---

<sup>238</sup> Para a descrição do modelo da conversa, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, pp. 38-52.

<sup>239</sup> Para a descrição do particularismo sensível às normas, pode-se consultar *idem*, pp. 93-100.

<sup>240</sup> Para a descrição do positivismo presuntivo do Prof. F. Schauer, pode-se consultar *idem*, pp. 196-206.

<sup>241</sup> O Prof. P. Chiassoni discorre sobre uma diretiva inibitória (*direttiva inibitoria*) apagógica (*argumentum ab absurdo* ou *per absurdum*) de acordo com a qual não deveriam ser alcançados resultados absurdos ou ridículos com a interpretação em CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica...*, pp. 106-107 e 111.

<sup>242</sup> Para observações do Prof. H. L. A. Hart sobre este conflito no direito entre rigidez e flexibilidade, pode-se consultar HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 127-131.

seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento” (art. 110, CC). Se a forma é algo crucial no direito brasileiro, parece que o fim do art. 112, CC, seria afastar apenas aquilo que fosse absurdo ou, simplesmente, ridículo. Além disso, declarações constantes de documentos assinados devem ser *presumidas* como verdadeiras em relação aos signatários (art. 219, *caput*, CC). Há, contudo, muitos elementos os quais são contrários à rigidez no direito brasileiro – fraude à Lei (art. 166, VI, CC), abuso de direito (art. 187, CC), função social (arts. 421, 1.228, §1º, 2.035, parágrafo único, CC, 116, parágrafo único, 154, *caput*, LSA, e 47, LREF *etc*)<sup>243</sup>, ato emulativo (art. 1.228, §2º, CC)<sup>244</sup> *etc*. A identificação da intenção das partes, em todo caso, deverá ser feita de acordo com a norma da boa-fé objetiva (art. 113, *caput* e §1º, III, CC).<sup>245</sup>

## 2.2.5. Interpretação conforme a Boa-Fé Objetiva

### 2.2.5.1. Conceito de Boa-Fé Objetiva

Há duas espécies de boa-fé, a subjetiva e a objetiva.<sup>246</sup> A boa-fé subjetiva é um estado de conhecimento que se opõe à má-fé; o sujeito pode, especificamente, crer em determinada

---

<sup>243</sup> Durante os debates sobre a promulgação do Código Civil de 2002, o Prof. N. De Lucca chamou a atenção para o fato de que uma função social para o empresário individual não havia sido prevista, explicitamente, no texto do Projeto do Código Civil em DE LUCCA, Newton, A Atividade Empresarial no Âmbito do Projeto de Código Civil *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.), Direito Empresarial Contemporâneo, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 69. A função social dos contratos foi prevista no art. 421, *caput*, CC, e alcançaria, teoricamente, os contratos de sociedade, mas o empresário individual não é um contrato; ele é uma pessoa física que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966, CC) apesar de dever se inscrever no CNPJ.

<sup>244</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e, Da Boa Fé no Direito Civil, Volume II, Livraria Almedina, 1984, p. 673, sem a nota de rodapé nº 58: “*Aemulatio* é o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem.”

<sup>245</sup> Sob certo aspecto, o Prof. A. Junqueira de Azevedo parece defender o positivismo presuntivo para os negócios jurídicos em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia, São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2002, pp. 99-100, com os grifos do original e sem as notas de rodapé de números 148 a 150: “Antes de prosseguirmos, cumpre dizer, para bom entendimento da questão, que, mesmo no mais subjetivo dos sistemas de interpretação, não se há de fazer *tabula rasa* da declaração, ou seja, jamais se diz que a vontade pode ser pesquisada *independentemente da declaração*. O ponto de partida é sempre a declaração. Parte-se da declaração para descobrir a intenção. O objeto primeiro da interpretação nunca é uma vontade real não manifestada. (...) Pode-se até mesmo, acrescentamos nós, ir contra *a letra* da declaração, porque o que o art. 85 e os artigos semelhantes de outras legislações estabelecem é o primado da intenção sobre a letra (*potentior est quam vox mens dicentis*), mas, ainda neste caso, objeto da interpretação é sempre a declaração. A intenção, aí, é a intenção que resulta da declaração. Mesmo, portanto, no mais subjetivo dos sistemas a interpretação parte da declaração. Segue-se daí que as discussões não se põem nesse ponto inicial da interpretação, mas sim na fase seguinte, e consistem em saber se, havendo ainda dúvida, é a vontade (do declarante) ou a boa fé (objetivamente considerada) que deve conduzir a investigação.”

<sup>246</sup> Para a diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, pode-se consultar MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2018, pp. 279-283.

hipótese a qual é falsa ou sequer cogitar de circunstâncias relevantes as quais seriam verdadeiras. Por seu turno, a norma da boa-fé objetiva é uma norma para que se aja de maneira correta, proba, honesta, leal, cooperativa, com honradez, com consideração para com os demais sujeitos, isto é, uma norma para que se aja de acordo com a moral.<sup>247</sup> A boa-fé objetiva serve a funções de controle, de interpretação e de integração.<sup>248</sup> Discorrer-se-á, por enquanto, apenas sobre a função de controle da boa-fé objetiva. Posteriormente, serão feitos comentários sobre as funções de interpretação e de integração da boa-fé objetiva.

### 2.2.5.2. Moral

De acordo com o filósofo D. Hume, não se poderia derivar o que deve ser do que efetivamente é.<sup>249</sup> O Prof. G. E. Moore concorda com esta ideia e defende que tentar demonstrar que verdades morais existiriam seria cometer a “falácia naturalística” (*naturalistic fallacy*).<sup>250</sup> D. Hume entende, adicionalmente, que o motivo para toda ação seria alguma paixão (hoje em dia, dir-se-ia “desejo”); a razão, por conseguinte, seria algo subordinado às paixões.<sup>251</sup> O conjunto dessas ideias será chamado, nesta tese de doutorado,

---

<sup>247</sup> O Prof. E. Tomasevicius Filho defende uma “definição jurídica” de boa-fé objetiva em oposição a uma definição moral de boa-fé objetiva; não se compreende, todavia, como isto poderia ser feito. Ele diz que “[p]ensar em deveres de coerência, informação e de cooperação dispensa qualquer invocação de conceitos morais para dar significado ao princípio da boa-fé”, mas deveres de coerência, de informação e de cooperação são deveres morais. Para os argumentos do Prof. E. Tomasevicius Filho sobre este assunto, pode-se consultar TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, *O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil*, São Paulo: Almedina, 2020, pp. 75-87.

<sup>248</sup> As funções da boa-fé objetiva podem ser classificadas de maneiras diferentes. Para comentários sobre as distintas funções da boa-fé objetiva, pode-se consultar NORONHA, Fernando, *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, São Paulo: Editora Saraiva, 1994, pp. 152-191.

<sup>249</sup> HUME, David, *Treatise of Human Nature*, Livro III, Oxford University Press (a primeira edição foi publicada entre 1738 e 1740, mas a primeira edição de Oxford University Press é de 1888; foi consultada a reimpressão de 1960), pp. 470-476. Recomenda-se, também, HUME, David, *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, Hackett Publishing Company, 1983 (a primeira edição foi publicada em 1751), pp. 82-88.

<sup>250</sup> MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge at the University Press, 2ª reimpressão/edição, 1922, pp. 9-10.

<sup>251</sup> HUME, David, *Treatise of Human Nature...*, p. 470-476. Recomenda-se, também, HUME, David, *An Enquiry concerning the Principles of Morals...*, pp. 82-88.

de relativismo ou de subjetivismo moral. Passa-se, agora, a realizar um ataque contra o relativismo moral; defender-se-á o realismo ou o objetivismo moral.<sup>252 e 253</sup>

Em primeiro lugar, é verdadeiro que o que deve ser não poderia ser derivado de uma maneira simplista do que efetivamente é. Suponha-se, *e. g.*, que a Maria tenha dito que ela daria R\$ 10,00 ao João. Isto não quer dizer que a Maria deva dar R\$ 10,00 ao João. É perfeitamente possível que haja várias circunstâncias diferentes que estejam a isentar a Maria do dever de dar R\$ 10,00 ao João. Ainda que o dever de dar R\$ 10,00 ao João não decorra de modo simplista da afirmação da Maria de que ela daria R\$ 10,00 ao João, os deveres poderiam derivar de alguma coisa? A moral deve estar baseada de algum modo na realidade das coisas, porque isto deve importar para o bem-estar dos seres sencientes. Não há qualquer falácia em se dizer que o conforto dos seres sencientes é importante para os próprios seres sencientes. Se não se puder levar em conta a realidade para se saber o que deveria ser feito na prática, é difícil de imaginar o que poderia ser considerado caso alguém desejasse saber o que deveria ser feito na prática.<sup>254</sup>

Em segundo lugar, os relativistas estão errados em dizer que razão alguma poderia ser objetiva. Para demonstrá-lo, recorre-se ao célebre – porém bizarro – exemplo da doença da “Indiferença da Terça-Feira Futura” (*Future Tuesday Indifference*).<sup>255</sup> Uma pessoa que sofre de Indiferença da Terça-Feira Futura é exatamente como uma pessoa normal. Há, no entanto, uma exceção importante: esta pessoa não se importa em sofrer agonia caso a agonia venha a ocorrer em uma terça-feira futura. Se esta pessoa tivesse de optar entre um leve incômodo ou um estado de agonia, esta pessoa sempre escolheria um leve incômodo a não

---

<sup>252</sup> Estes assuntos são extremamente complexos. Há muitos livros diferentes sobre estas matérias, mas se quer tratar um pouco destes temas aqui por conta da norma da boa-fé objetiva. As posições de D. Hume e do Prof. G. E. Moore, *v. g.*, são muito mais complexas que os curtíssimos resumos que foram expostos aqui. Adicionalmente, será atacada, tão somente, uma versão genérica e exagerada do relativismo moral. Seria perfeitamente possível, *e. g.*, que alguém viesse a defender alguma espécie de relativismo moral um pouco mais razoável; estes detalhes, todavia, serão ignorados aqui.

<sup>253</sup> O Prof. H. Kelsen defende uma forma intensa de relativismo moral. Ele manifesta-o em diferentes pontos de sua obra, mas é resumido em KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, I Volume..., pp. 122-126. Para o Prof. H. Kelsen, haveria apenas duas espécies de teoria de justiça, a saber, a teoria metafísico-religiosa e a teoria pseudoracionalista. Apesar de ser um relativista, ele termina importante artigo com belas observações sobre a liberdade de expressão, a democracia e sobre a paz em KELSEN, Hans, *What is Justice?* in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing Company, 1973 (traduzido pelo Prof. P. Heath), pp. 22-24.

<sup>254</sup> Para críticas negativas à ideia de que não se poderia deduzir o que deve ser do que efetivamente é, podem ser consultados DENNETT, Daniel C., *Darwin's Dangerous Idea: evolution and the meanings of life*, Simon & Schuster, 1995, pp. 467-468, HARRIS, Sam, *The Moral Landscape: how science can determine human values*, Free Press, 2010, pp. 10-11 e 27-38, e SEARLE, John R., *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*, Cambridge University Press, 1969, pp. 175-198.

<sup>255</sup> O criador do exemplo da Indiferença da Terça-Feira Futura foi o Prof. D. Parfit. Ele utiliza este exemplo em PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, 1984, pp. 123-126, e em PARFIT, Derek, *On What Matters*, Volume Um, Oxford University Press, 2011, pp. 56-57.

ser que o estado de agonia viesse a ocorrer em uma terça-feira futura. Este desafortunado preferiria ser apenas levemente incomodado a ser submetido à agonia nos domingos e nas segundas-feiras, mas, se ele tivesse de escolher entre uma dor muito pequena ou um tormento horrível em uma terça-feira futura, ele sempre optaria pelo tormento horrível. Quando, finalmente, fosse terça-feira, ele se arrependeria completamente de sua decisão; ele compreenderia, perfeitamente, que teria sido ele quem teria tomado a decisão. Por definição, agonia é um estado do qual se deseja escapar. Logo, não se poderia dizer que alguém gostaria de continuar em estado de agonia. É verdadeiro que as pessoas frequentemente aprendem com os seus próprios erros, mas o sujeito que sofre de Indiferença da Terça-Feira Futura é incapaz de aprender com o seu erro grave. Se, novamente, ele tivesse de optar entre algo ligeiramente inconveniente ou agonia em uma terça-feira futura, ele escolheria, novamente, a sujeição ao estado de agonia. Talvez não existam pessoas com Indiferença da Terça-Feira Futura, mas todos sofrem um pouquinho deste mal. Um relativista quiçá tentasse argumentar que uma pessoa que sofresse de Indiferença da Terça-Feira Futura teria um desejo no presente para não ser submetido à agonia no futuro, mas isto estaria errado. Experiências futuras e desejos futuros ainda não existem. Por conseguinte, a não ser que houvesse um desejo no presente, os relativistas não poderiam alegar que um sentimento futuro daria razão, no presente, para querer agir de determinada maneira. Os relativistas estão obrigados a aceitar os desejos arbitrários das pessoas, e as pessoas efetivamente têm desejos arbitrários de vez em quando.

Esta breve defesa do realismo ou do objetivismo moral está muito longe de ser uma teoria moral completa.<sup>256</sup> Disse-se muito pouco, por exemplo, sobre o que seria o bem-estar dos seres sencientes.<sup>257</sup> O conceito de bem-estar está sujeito a revisões e a novas descobertas assim como, *e. g.*, o conceito de saúde; o bem-estar dos seres sencientes deve, em todo caso, ter alguma relação com a moral. Parte do problema do relativismo é que o debate sobre a

---

<sup>256</sup> O conceito de dignidade da pessoa humana tem um papel central no modelo de ética que é defendido pelo Prof. N. De Lucca em DE LUCCA, Newton, *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 235-236, 340-343, 406 e 414.

<sup>257</sup> Para distinções entre o que seria prazer e o que seria felicidade, pode-se consultar LAZARI-RADEK, Katarzyna de; SINGER, Peter, *Utilitarianism: a very short introduction*, Oxford University Press, 2017, pp. 61-64. Para um ataque ao utilitarismo monista, pode-se consultar BLOOM, Paul, *The Sweet Spot: suffering, pleasure and the key to a good life*, The Bodley Head, 2021, pp. 26-36 e 216-220.

moral pode acabar ficando impedido. Para saber-se o que seria correto, deve-se valer da razão.<sup>258 e 259</sup>

### 2.2.5.3. Teses da Profa. J. Martins-Costa

Inicialmente, a Profa. J. Martins-Costa defendia que haveria alguma espécie de direito natural:

“O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um “sistema aberto”, porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada: “o direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita”, afastando-se por consequência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo – seja através das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto “sentido imanente”. ”<sup>260</sup>

Posteriormente, a Profa. J. Martins-Costa teria mudado de ideia, mas ela nunca explicou a razão pela qual ela teria mudado de ideia.<sup>261</sup>

Em 1999, a Profa. J. Martins-Costa publicou em livro a sua tese de doutorado sobre a boa-fé objetiva. Ela defendeu, entre outras coisas, o seguinte neste livro:

---

<sup>258</sup> Para observações sobre algumas consequências peculiares do utilitarismo clássico ou hedonístico, pode-se consultar LAZARI-RADEK, Katarzyna de; SINGER, Peter, *The Point of View of the Universe: Sidgwick and contemporary ethics*, Oxford University Press, 2014, pp. 262-266.

<sup>259</sup> Segundo o Prof. S. Pinker, é a razão que deveria guiar o “sentimento moral” (*moral sense*). Para a forte defesa da razão pelo Prof. S. Pinker, tendo em conta, principalmente, o problema da violência, pode-se consultar PINKER, Steven, *The Better Angels of our Nature: why violence has declined*, Penguin Books, 2011, pp. 642-670 e 690-692. Para a importância moral do “autocontrole” (*self-control*), pode-se consultar BLOOM, Paul, *Against Empathy: the case for rational compassion*, HarperCollins Publishers, 2016, pp. 234-235.

<sup>260</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico* in *Revista dos Tribunais*, Ano 81, Vol. 680, junho de 1992, p. 49. Foram omitidas as notas de rodapé constantes deste excerto (números 21 e 22). A citação neste trecho concernente ao “direito natural” é de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Interpretação in AJURIS*, nº 45, ano 16, março de 1989, p. 18.

<sup>261</sup> A Profa. J. Martins-Costa refere-se ao direito natural como um mito em MARTINS-COSTA, Judith, *O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro* in *Revista dos Tribunais*, Ano 87, v. 753, julho de 1998, p. 39. Ela veio a repetir que o direito natural seria um mito em MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 (2ª tiragem de 2000), pp. 351-352, mas ela concordou com a ideia de “justiça legal” de Tomás de Aquino em MARTINS-COSTA, Judith, *Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos* in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 7, 2005, pp. 106-107. Deve-se ter cuidado, todavia, com este tipo de referência isolada. O Prof. J. Raz, por exemplo, defensor do extremo do positivismo jurídico, já aparentou argumentar a favor da existência de alguma espécie de direito natural em RAZ, Joseph, *The Rule of Law and its Virtue...*, p. 217.

“O exame destas vertentes não constitui objeto deste trabalho. Todavia, a maior ou menor relevância que adquirirá se reflete – e é reflexo – da própria trajetória da noção de sistema jurídico, indicando os movimentos centrados na discussão acerca da missão criativa do intérprete, da luta pela emancipação, no trabalho jurisprudencial, do esquema do silogismo e do legicentrismo, do afastamento de uma visão de mundo fundada no individualismo e na ficção da igualdade abstrata de todos perante a lei, mundo este no qual é impensável o pluralismo político, social e jurídico.”<sup>262</sup>

(...)

“Embora, séculos mais tarde, venha a se plasmar o mito da igualdade jurídica, abstraindo-se, para tal fim, da desigualdade econômica, profissional, cultural e social, na Idade Média os indivíduos são ainda *juridicamente desiguais*.”<sup>263</sup>

(...)

“Não se pode pensar que a interpretação, no direito medieval, se fizesse aos moldes atuais da tarefa hermenêutica, ou, ao menos, segundo o modelo hermenêutico legado pela ciência jurídica moderna, na qual o intérprete, tendo em vista um conjunto de leis, opera de forma lógico-dedutiva a partir de uma norma dotada de elevado grau de abstração (tida como jurídica pelo mero fato de ser legal), perfazendo uma cadeia de encadeamentos dedutivos das proposições de maior às de menor grandeza, e explicitando o seu sentido segundo critérios filológicos, lógicos e sistemáticos de antemão estabelecidos.”<sup>264</sup>

(...)

“E, se a Revolução trouxe o código, por si mesmo, ou por sua corrupção, como quer Clavero, trouxe, justamente, o *mito da lei*, que passará a ser tida como fonte suprema, quase exclusiva, da produção jurídica.”<sup>265</sup>

(...)

“Contudo, se do ponto de vista substancial o ataque de Voltaire é dirigido às leis provenientes do direito canônico, aquelas que tutelavam os privilégios feudais, e às normas penais, e se, do ponto de vista formal, o libelo afronta a questão da ausência de unidade do *corpus* jurídico, gerador de incerteza à classe então

---

<sup>262</sup> MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional..., p. 34.

<sup>263</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>265</sup> *Idem*, p. 178 (foi omitida a nota de rodapé nº 27 deste excerto).

emergente, o que em verdade propõe é a sua substituição por um *direito natural positivo*, isto é, um *direito natural burguês*.”<sup>266</sup>

(...)

“Esta é uma especificidade própria do sistema jurídico brasileiro e que justifica a maior abertura que as nossas sentenças têm para a doutrina, “que é, assim, fonte de direito”.”<sup>267</sup>

(...)

“Concepção nitidamente oitocentista, também, porque fundada no mito da igualdade abstrata dos sujeitos de direito, na homogeneidade real dos destinatários da regulação jurídica.”<sup>268</sup>

(...)

“No liberalismo, esta noção encontra-se indissolavelmente ligada à tutela da *liberty*, abstração imperiosa e imperialista, alocando-se então a individualidade de maneira atomística: o “indivíduo” é aquele desenhado pelos dicionários etimológicos, o *in-dividuus*, “cet élément insécable d’un groupe d’êtres vivantes, apparu au Moyen Age dans le vocabulaires des sciences, auquel le XVIIIème siècle reconnaît la valeur (arithmétique mais aussi éthique) d’une *unité dont se compose une société*” (*Nouvelle histoire des idées politiques*, coord. Pascal Ory, Paris Hachette, 1987, p. 716). É justamente esta acepção de indivíduo – e não aquela postulada e reconhecida por outras ideologias ou filosofias, como o anarquismo, implodiu, seja pelo superamento do liberalismo clássico no plano político, seja pela camisa de força dos questionamentos psicanalíticos.”<sup>269</sup>

(...)

“As leis multiplicam-se não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. A sua linguagem “múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática” está, enfim, completamente esquecida do desejo voltariano da lei “*claire, uniforme et précise*”. Afasta-se para longe o mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem, para o intérprete, como critérios constantes e unívocos de leitura.”<sup>270</sup>

(...)

---

<sup>266</sup> *Idem*, p. 183.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 241 (foi omitida a nota de rodapé nº 242 deste excerto).

<sup>268</sup> *Idem*, p. 254.

<sup>269</sup> *Idem*, p. 281, nota de rodapé nº 27.

<sup>270</sup> *Idem*, p. 282 (foram omitidas as notas de rodapé de números 29 a 31 deste excerto).

“Por conseguinte, é possível a classificação: fonte imediata de todos os deveres obrigacionais é o contato social; fontes mediatas, a lei, o delito, a vontade e os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.”<sup>271</sup>

(...)

“À doutrina, percebeu Antônio Castanheira Neves, cabe um exponencial papel perante a realização do direito. Este papel se desdobra em dupla face: de um lado, uma *face autônoma ou antecipante*, porque realiza a construção dogmática dos modelos do sistema a partir da escolha de princípios, previamente à aplicação destes modelos pela jurisdição; de outro, uma *face complementar ou de continuação da normatividade*, reconstituente do sistema, porquanto voltada à reelaboração jurídico-dogmática das normas e modelos do sistema. A este verdadeiro processo que agrega os dois momentos – o de *construção* e o de *reconstrução* –, todavia “indiscerníveis num *continuum* normativo-dogmático”, é que o filósofo português chama de *jurisprudência*, a “decisiva objectivação da consciência jurídica da comunidade”.<sup>272</sup>

Em 2003, a Profa. J. Martins-Costa defendeu a sua tese de livre docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Entre outras coisas, são relevantes os seguintes pontos neste texto:

- a) A Profa. J. Martins-Costa manifesta-se contrariamente ao relativismo cultural e à ideia de “pós-modernidade”.<sup>273</sup>
- b) A Profa. J. Martins-Costa continuou mantendo que a norma da igualdade seria um mito ou uma ficção.<sup>274</sup>
- c) A Profa. J. Martins-Costa defende que as relações econômicas na cultura capitalista seriam relações de dominação.<sup>275</sup>
- d) A Profa. J. Martins-Costa acredita que, no século XIX, teria ocorrido a passagem da liberdade para a escravidão no Brasil.<sup>276</sup>

---

<sup>271</sup> *Idem*, pp. 403-404.

<sup>272</sup> *Idem*, pp. 514-515 (foram omitidas as notas de rodapé de números 358 e 359 deste excerto).

<sup>273</sup> MARTINS-COSTA, Judith, Pessoa, Personalidade, Dignidade. (ensaio de uma qualificação), Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, pp. 6-7, 8, nota de rodapé nº 17, 147, nota de rodapé nº 326, 148, 162, nota de rodapé nº 347, e 206.

<sup>274</sup> *Idem*, pp. 43 e 234.

<sup>275</sup> *Idem*, p. 74: “O sujeito sempre-igual inclui e exclui, principalmente no jogo das relações econômicas que são, em nossa cultura capitalista, relações de dominação.”

<sup>276</sup> *Idem*, p. 78, sem as notas de rodapé de números 186 a 188: “E a chave de compreensão está no século XIX, que na Europa foi um, aqui foi outro, conquanto ambos tivessem sido assentados – como demonstraram Balzac lá e Machado de Assis aqui – no individualismo exacerbado, numa “sociedade regida por interesses sempre negociáveis”. Não podemos esquecer que no pleno século europeu da liberdade cidadã, tivemos aqui, ao invés

- e) Para a Profa. J. Martins-Costa, a “burguesia” teria usado a autonomia da vontade para esconder o seu poder econômico.<sup>277</sup>
- f) Para a Profa. J. Martins-Costa, ética não estaria sujeita a experimentos, à razão instrumental ou à razão científica.<sup>278</sup>
- g) Para a Profa. J. Martins-Costa, não se deveria invocar a dignidade da pessoa humana quando houvesse preceitos jurídicos mais específicos para o caso concreto.<sup>279</sup>
- h) A Profa. J. Martins-Costa entende que seguidores de Osama bin Laden seriam injustiçados assim como, por exemplo, mulheres, negros e judeus.<sup>280</sup>
- i) A Profa. J. Martins-Costa aceita o argumento kantiano de que as pessoas seriam fins em si mesmas.<sup>281</sup>
- j) A Profa. J. Martins-Costa é contrária à globalização.<sup>282</sup>

---

da passagem do estado de escravidão para o estado de liberdade, a passagem da liberdade para a escravidão, como demonstrou Grimberg, confirmando, talvez, a ironia de Schwartz sobre as nossas “idéias fora do lugar”.<sup>277</sup> *Idem*, p. 87, com os grifos do original: “Mas a expressão “autonomia da vontade” foi o signo, prenhe de significados, daquele “grande artifício” pelo qual a burguesia assentou as vestes da naturalidade e da *neutralidade em seu poder econômico*, diluindo as concretas diferenças econômicas, sociais, existenciais, na categoria do “sujeito (capaz) de (ter titularidade) de direito”.

<sup>278</sup> *Idem*, p. 97, sem a nota de rodapé nº 240: “Separando as leis da física, ou “mundo empírico” (hoje diríamos: as leis da tecnociência, as leis do mercado) das leis morais, Kant faz brilhar uma significação que será hoje em dia retomada: a de que a ética instaura as suas próprias leis, não está sujeita às provas da experimentação nem à razão instrumental, nem à razão científica. Está no plano da normatividade, não no da facticidade, liga-se ao dever-ser, não ao ser.”

<sup>279</sup> *Idem*, pp. 136-137, sem a nota de rodapé nº 316, com os grifos do original: “Estou convencida de que o princípio da dignidade da pessoa humana – que veio, no século XX, sendo expresso por grande parte das Constituições do mundo ocidental, por grande parte dos tratados internacionais – não pode ser apenas objeto de uma proclamação; não pode *não* significar nada de novo; não pode ter apenas o sentido de afirmar uma liberdade que já estava na Declaração de 1789; não pode substituir, com desvantagem, outros princípios ou outras regras, cujo campo operativo já está delimitado e profundamente densificado por um labor reiterado da doutrina e da jurisprudência; não pode servir para toda e qualquer hipótese de tutela à pessoa; não pode substituir o direito de personalidade; não pode atuar sempre como *prima ratio* na argumentação judicial, para o efeito de afastar outros princípios e regras; não pode, enfim, não ter a sua especificidade, sob pena de transformar-se, rapidamente, em *flatus vocis*.”

<sup>280</sup> *Idem*, p. 152: “É justamente para quebrar com esse não-reconhecimento, para que não tenhamos, mais, que cumprir as “draconianas condições” postas no pórtico da pertinencialidade (ou não) ao gênero humano para tantas pessoas – os negros, os judeus, os seguidores de Osama Bin Laden, as mulheres, os narcotraficantes, por exemplo – que a dignidade humana, como princípio, impõe a sua força normativa frente aos perigos da discriminação; do racismo; da exclusão social; da negação, a certas pessoas, dos mais elementares direitos, como o direito a um julgamento justo; do totalitarismo tecnológico, expresso especialmente pelo uso impróprio da medicina ou da biologia, conduzindo a atos que atentem contra a condição do ser humano naquela dupla condição.”

<sup>281</sup> *Idem*, pp. 153-154, com os grifos do original: “Curioso é notar como a um antigo termo, *dignitas*, agora se re-associa o “princípio da humanidade” para significar *também outra coisa*: não somente que a pessoa humana é um fim em si mesma, não é instrumentalizável, mas, por igual, a idéia de “pertencimento a um gênero”.”

<sup>282</sup> *Idem*, p. 255, com os grifos do original: “Na crise instaurada pela globalização – que é imposição política da (des)razão do mercado – o Código se apresenta, enfim, como continuidade da *cives*, continuidade axiológica, porém, continuidade não-linear, porque os valores que encerra em suas diretrizes fundamentais – da sociedade, eticidade e operabilidade – estão em permanente referência histórica.”

Em 2015, a Profa. J. Martins-Costa publicou um novo livro sobre a boa-fé objetiva. Atualmente, este segundo livro encontra-se em sua segunda edição. Agora, a Profa. J. Martins-Costa não alude mais às Leis ou à norma de igualdade como se elas fossem mitos. Aliás, a Profa. J. Martins-Costa chega, inclusive, a realizar uma defesa da norma de igualdade neste segundo livro;<sup>283</sup> ela continua, no entanto, a ter uma posição muito negativa sobre os dias atuais. O texto teria ficado mais interessante se a Profa. J. Martins-Costa tivesse explicado o que ela pensaria sobre os dias de hoje relativamente ao passado. Eis o que ela disse sobre o presente:

“Esse conjunto normativo destina-se a certa ordem protetiva na sociedade de consumo (ou sociedade de massa) que, por definição, é “uma sociedade propícia a estereótipos e à irracionalidade com movimentos de sentido inverso. Por um lado, ampliando o volume de necessidades; por outro, potenciando os riscos de insatisfação” e, em “ambos os casos, acrescentando responsabilidades ao Estado e sobrecarregando o papel do direito”, pois a sua cultura não é a da emancipação, mas a da submissão à retórica dos mercados.”<sup>284</sup>

Além disso, a Profa. J. Martins-Costa é uma bartolista<sup>285 e 286</sup>: para ela, a “doutrina” seria uma fonte do direito ou algo capaz de preencher as lacunas do direito.<sup>287</sup> Eis o conceito de “doutrina” para a Profa. J. Martins-Costa:

“Entenda-se por doutrina, todavia, não todo o escrito de um operador jurídico, não qualquer opinião publicada, mas o conjunto dos escritos daqueles a quem é reconhecida (ainda que de forma difusa e não institucionalizada) o atributo da autoridade doutrinária (*communis opinio doctorum*).”<sup>288</sup>

Para a Profa. J. Martins-Costa, não existiriam classificações verdadeiras ou falsas:

“Ciente de as classificações não serem verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis, pertinentes ou não pertinentes, adoto agora outra classificação – também tripartite em seus traços mais largos – discernindo, porém, entre a *função*

---

<sup>283</sup> Segundo a Profa. J. Martins-Costa, a norma da igualdade seria algo bom em MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação..., pp. 192 e 196.

<sup>284</sup> *Idem*, p. 324 (foi omitida a nota de rodapé nº 175 deste excerto).

<sup>285</sup> Para o significado de bartolismo, pode-se consultar MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional..., p. 241-246.

<sup>286</sup> A Profa. J. Martins-Costa rejeita a tese das fontes, mas isto não é relevante para a crítica que se deseja fazer aqui. Para a rejeição da tese das fontes pela Profa. J. Martins-Costa, pode-se consultar, por exemplo, MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação..., pp. 176-179, e MARTINS-COSTA, Judith, Pessoa, Personalidade, Dignidade..., p. 189.

<sup>287</sup> MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação..., pp. 47, 161, 179, 186-187, 189-190, 206-207, 209, 216, 283-285, 346, 382, 461, 466 e 490-491.

<sup>288</sup> *Idem*, p. 175, nota de rodapé nº 173.

*hermenêutica* exercida pela boa-fé e suas peculiaridades na determinação do sentido e do alcance do contrato;”<sup>289</sup> e <sup>290</sup>

Esta seria uma ideia coerente com o relativismo moral, mas a posição da Profa. J. Martins-Costa sobre este assunto não é clara.<sup>291</sup> Veja-se, por exemplo, o que a Profa. J. Martins-Costa disse aqui:

“Esses núcleos funcionais da *bonae fidei interpretatio*, acrescidos àqueles anteriormente assinalados, configuram a boa-fé como um princípio que impregnava capilarmente o tecido jurídico romano, atuando na própria base de *expedientes técnicos* permissivos ao juiz da adoção de decisões, em certos casos, considerando não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda outros fatos ligados ao litígio. Era já uma certa objetivação do sentido da boa-fé, pois expurgada da conotação exclusivamente moral ou subjetivada, ligada à crença do sujeito da ação.”<sup>292</sup>

Adicionalmente, ao discorrer sobre as cláusulas gerais, ela manifesta a ideia de que o preenchimento delas deveria ocorrer de acordo com o que as pessoas acreditariam ser moral e não de acordo com a moral:

“A sua concretização exige, conseqüentemente, que o julgador seja *reenviado* a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão *descritos* na própria cláusula geral (embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta.”<sup>293</sup>

Na prática, a mesma coisa acontece quando a Profa. J. Martins-Costa trata dos arts. 51, IV, CDC, e 422, CC, respectivamente:

---

<sup>289</sup> *Idem*, p. 484 (foi omitida a nota de rodapé nº 17 deste excerto).

<sup>290</sup> Embora a Profa. J. Martins-Costa não cite, expressamente, o Prof. G. R. Carrió neste trecho, ela parece referir-se às ideias deste autor. Para os argumentos específicos do Prof. G. R. Carrió quanto a este ponto, pode-se consultar CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, 3ª edição, 1986, pp. 98-100.

<sup>291</sup> A Profa. J. Martins-Costa cita, *v. g.*, o filósofo E. Levinas, mas ela não chega, realmente, a tratar das ideias deste filósofo em MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação...*, p. 322, nota de rodapé nº 167.

<sup>292</sup> *Idem*, p. 80 (foram omitidas as notas de rodapé de números 128 e 129 deste excerto). Há uma passagem semelhante a esta no livro que é a tese de doutorado da Profa. J. Martins-Costa, na página 122: “Configura-se, assim, a boa-fé como um *expediente técnico preciso*, que permitia ao juiz decidir certos casos tendo em conta não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda outros fatos ligados ao litígio. *Boa-fé em sentido objetivo*, portanto, expurgada da conotação moral que poderia advir de uma significação filosófica do termo.” Foram omitidas as notas de rodapé de números 109 e 110 deste excerto.

<sup>293</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação...*, p. 159.

“O intérprete deverá, no caso concreto, precisar o que a sociedade onde vive tem para si como “incompatibilidade com a boa-fé”, tarefa eminentemente hermenêutica. Essa valoração determinará a sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente *de aplicar a consequência já expressamente prevista no enunciado normativo*, declarando a nulidade da disposição contratual.”<sup>294</sup>

(...)

“O significado e a extensão, *in concreto*, da “conduta segundo a probidade e a boa-fé” não é criado pelo arbítrio ou “sentimento de justiça” ou, ainda, por inescrutável “julgamento de consciência” do juiz. Este deverá averiguar os parâmetros em casos anteriores, em padrões de comportamento social objetivamente aferíveis, na praxe do setor, na prática eventualmente seguida pelas partes, tal como ocorre para a concretização de todo e qualquer conceito dotado de vagueza socialmente típica.”<sup>295</sup>

Vejam-se todas estas outras passagens no mesmo sentido:

“Já o juízo, segundo a boa-fé objetiva, construído com base na aludida cláusula geral, conduz ao desenvolvimento “de uma valoração do contrato à vista dos *tipos normais* de comportamento reconhecidos como normas sociais, das quais o juiz saca um critério de interpretação do regulamento contratual ou então um critério de explicitação das modalidades executivas”.”<sup>296</sup>

(...)

“Quando se verifica o reenvio a uma tipologia social, o intérprete não apenas estabelece o significado do enunciado normativo (“agir conforme a boa-fé”), mas forma, ou auxilia a formar, o próprio enunciado normativo, mediante a afirmação de um concreto modelo de comportamento em vista do qual são estabelecidas (também pelo julgador) certas consequências estabelecidas em acordo ao complexo das circunstâncias concretas. Assim, promove-se a inserção no conteúdo eficaz dos negócios jurídicos de valores e padrões de condutas enraizados na sociedade, introduzindo, por via da boa-fé, deveres não previstos nos instrumentos negociais, *mas instrumentalizados à sua função* e necessários ao correto adimplemento das obrigações assumidas.”<sup>297</sup>

(...)

---

<sup>294</sup> *Idem*, p. 160.

<sup>295</sup> *Idem*, p. 160.

<sup>296</sup> *Idem*, p. 178 (foi omitida a nota de rodapé nº 183 deste excerto).

<sup>297</sup> *Idem*, p. 178 (foi omitida a nota de rodapé nº 184 deste excerto).

“Todo conhecimento é situado. Consistindo a boa-fé em uma noção permeada por alto grau de vagueza semântica, os significados e as possibilidades de aplicação variarão culturalmente, valendo aqui, muito fortemente, o brocado “*traduttore, traditore*”: quem traduz (do latim *transferre*, particípio passado, *translatus*), transporta. E no caminho do transporte, perde-se ou se perturba o espectro das conotações. É da maior relevância atentar, na análise dos textos de outros sistemas alusivos à boa-fé, à intraduzibilidade semântica.”<sup>298</sup>

(...)

“Logo, o dever de cooperação, fulcrado na boa-fé, implica “uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada”.<sup>299</sup>

Em artigo sobre a função social dos contratos, a Profa. J. Martins-Costa indicou concordar de algum modo com o objetivismo moral de Tomás de Aquino, mas, em seguida, no mesmo artigo, ela abandonou este modo de pensar, citou o Prof. J. Habermas e disse que a existência de comunidades é que tornaria possível que se pensasse sobre o bem de comunidades.<sup>300</sup>

Se todas as pessoas de uma determinada comunidade tivessem péssimos hábitos morais, a cultura desta comunidade deveria ser ignorada para a aplicação de uma eventual norma de boa-fé objetiva. O fato de algo fazer parte de uma cultura não significa que esta coisa seja boa; a posição da Profa. J. Martins-Costa quanto a este assunto, todavia, não é clara. Quando ela se refere, explicitamente, à moral, ela parece adotar alguma espécie de relativismo. Diverge-se, pois, da Profa. J. Martins-Costa quanto a este ponto relevante.<sup>301 e</sup>

302

Uma falha estranha no raciocínio da Profa. J. Martins-Costa diz respeito à questão sobre se a norma da boa-fé objetiva seria algo bom ou ruim. Rigorosamente, ela jamais demonstrou que seria bom que houvesse uma norma de boa-fé objetiva. Ela discute,

---

<sup>298</sup> *Idem*, p. 307 (foi omitida a nota de rodapé nº 110 deste excerto).

<sup>299</sup> *Idem*, p. 575 (foi omitida a nota de rodapé nº 58 deste excerto).

<sup>300</sup> Para estes argumentos da Profa. J. Martins-Costa, pode-se consultar MARTINS-COSTA, Judith, *Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos...*, pp. 106-109. As mesmas teses foram defendidas em MARTINS-COSTA, Judith, *Pessoa, Personalidade, Dignidade...*, p. 185.

<sup>301</sup> Embora a Profa. J. Martins-Costa pareça ser uma relativista, ela defende algumas intuições morais. Neste sentido, recomenda-se a análise da Profa. J. Martins-Costa sobre o “caso do tumor cerebral” (STJ, REsp 962980/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13 de março de 2012) em MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação...*, pp. 530-532.

<sup>302</sup> Para a Profa. J. Martins-Costa, a “concretidade” ou a “concreção jurídica” viabilizaria a “ética da situação” através da “concreção” de modelos abertos em MARTINS-COSTA, Judith, *O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação” in Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, Volume II, Número IV, junho de 2004, p. 602.*

amplamente, sobre se seria bom ou ruim que houvesse indeterminações no direito<sup>303</sup>, mas isto não é a mesma coisa que comprovar que seria bom que houvesse uma norma específica de boa-fé objetiva. A norma da boa-fé objetiva não se destina a alcançar o Estado de Direito. Ainda que haja hipóteses paradigmáticas de violações à boa-fé objetiva, pode haver grandes incertezas quanto à moral. Se houver falta de informação ou se for muito difícil de se obter informações pertinentes, a resolução de problemas práticos pela moral apenas pode ser inviável. “Quando a moral acaba” (*when morality runs out*), o próprio direito pode ser utilizado para “preencher” a moral.<sup>304</sup> Por exemplo, seria mais moral dirigir carros com o volante do lado esquerdo do carro, como se faz no Brasil, ou dirigir carros com o volante do lado direito do carro como se faz no Reino Unido?<sup>305</sup> Pode não haver uma resposta clara para esta pergunta, mas o direito, mesmo assim, pode ser usado para resolver problemas de coordenação que poderiam surgir sobre questões como esta.<sup>306</sup> A moral, propriamente, jamais “acaba” e a moral não é, exatamente, “preenchida” pelo direito – a moral não tem fontes, *e. g.*, como o direito –, mas este é um argumento que comprova que haveria uma dificuldade para a norma da boa-fé objetiva.

A norma da boa-fé objetiva destina-se a alcançar “justiça para o caso concreto”<sup>307</sup> e não o Estado de Direito. Trata-se de um fim comum nas diferentes ordens jurídicas que dificilmente deixará de ser buscado. Aliás, talvez, teoricamente, este fim não devesse deixar de ser almejado. É possível que, por definição, este fim deva ser perseguido para que os

---

<sup>303</sup> MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação..., pp. 190-196.

<sup>304</sup> RAZ, Joseph, On the Autonomy of Legal Reasoning..., pp. 335-340.

<sup>305</sup> Os Professores H. L. A. Hart e N. De Lucca aludiram a exemplos sobre as mãos no trânsito em, respectivamente, HART, H. L. A., The Concept of Law..., pp. 134 e 229, e DE LUCCA, Newton, Da Ética Geral à Ética Empresarial..., p. 229.

<sup>306</sup> O Prof. N. MacCormick apresenta um argumento semelhante a propósito da organização de filas em MACCORMICK, Neil, Institutions of Law: an essay in legal theory, Oxford University Press, 2007, pp. 21-24.

<sup>307</sup> Certa feita, o Prof. A. Junqueira de Azevedo fez observações muito breves sobre o que ele denominou de “critério concreto”. A ideia dele era que escolhas poderiam ser feitas segundo critérios mais abstratos ou segundo critérios mais concretos. Em sua concepção, o “critério definitivamente concreto” deveria levar em conta todas as circunstâncias possíveis. Para os comentários do Prof. A. Junqueira de Azevedo sobre esta dicotomia entre abstrato e concreto, pode-se consultar JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Negócio Jurídico e Declaração Negocial..., p. 199.

<sup>308</sup> A Profa. J. Martins-Costa enfatiza decisões conforme o caso concreto e não os limites do direito em MARTINS-COSTA, Judith, Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé *in* TEPEDINO, Gustavo (Org.), Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional, São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 76, sem a nota de rodapé nº 66, com os grifos do original: “A autonomia conceitual entre ilicitude, culpa e dano permite, por sua vez, uma sistematização própria dos variadíssimos casos de exercício jurídico inadmissível afastada da antiga idéia de “limites”. Admitido que “ordem jurídica protege os interesses dos membros da comunidade, enquanto entre si se harmonizam e co-existem; isto é, protege-os enquanto são dignos de proteção e necessitados dela”, podemos mais coerentemente pensar que o exercício dos direitos, poderes, faculdades, liberdades e situações jurídicas é balizado por *critérios que o conformam situacionalmente, segundo medidas de intensidade só averiguáveis no caso.*”

sistemas jurídicos possam ser morais. Em todo caso, chama-se a atenção para o fato de que, possivelmente, os juristas estejam dando ênfase demasiada à norma da boa-fé objetiva e à “justiça para o caso concreto”.

Seria bom que houvesse uma norma de boa-fé objetiva? O ônus para demonstrar que a norma da boa-fé objetiva seria algo bom está com quem desejar comprovar que a norma da boa-fé objetiva seria algo bom.<sup>309</sup> Não serão discutidas, aqui, as possíveis vantagens ou desvantagens da norma da boa-fé objetiva; quer-se, todavia, levantar esta dúvida muito séria quanto a esta norma, dúvida esta que nunca foi devidamente enfrentada pela Profa. J. Martins-Costa. Poder-se-ia chegar, com efeito, a algo com ares de paradoxo: seria possível que fosse imoral que houvesse uma norma de boa-fé objetiva.

#### **2.2.5.4. Teses do Prof. M. V. von Adamek**

Vários expertos em direito das sociedades já se manifestaram sobre a relação entre o direito das sociedades e a norma da boa-fé objetiva. Entre os Professores que frequentemente são citados sobre este assunto, encontram-se, *v. g.*, T. Ascarelli<sup>310</sup>, C. V. do Couto e Silva<sup>311</sup>,

---

<sup>309</sup> O Prof. A. J. de Azevedo não estava entusiasmado como a Profa. J. Martins-Costa estava com as ideias de boa-fé objetiva e de função social dos contratos no final da tramitação do Projeto do Código Civil de 2002. Ele entendia que as noções de função social, boa-fé, ordem pública e de interesse público “não tinham conteúdo”, que elas “eram vazias do ponto de vista axiológico”. Ele acrescentou que “[a]té hoje, el[a]s servem para a retórica, mas o mundo atual não se conforma mais com esses conceitos vazios.” Para este ataque do Prof. A. J. de Azevedo às ideias de boa-fé objetiva, função social dos contratos, ordem pública e de interesse público, pode-se consultar JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé objetiva nos Contratos* in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 1, Vol. 1, jan./mar. de 2000, pp. 9-12. Semelhantemente, em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo* in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 9, vol. 34, abril a junho de 2008, p. 304: “Nos dias atuais, realmente há algum excesso no apelo à boa-fé objetiva; isso pode trazer prejuízo aos negócios empresariais, pela insegurança que pode provocar. A boa-fé objetiva nos contratos tem três funções, conforme meu entendimento: função interpretativa, função supletiva e função corretiva. Especialmente essa última, que permite ao juiz interferir no que acordam as partes, a boa-fé deve ser aplicada com muita cautela nos negócios entre empresas; a função corretiva é mais adequada aos contratos existenciais.”

<sup>310</sup> ASCARELLI, Tullio, *Usos e Abusos das Sociedades Anônimas...*, p. 22, nota de rodapé nº 34.

<sup>311</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 31.

F. K. Comparato<sup>312</sup>, E. V. A. e N. França<sup>313</sup>, L. F. Spinelli<sup>314</sup>, L. D. H. Mussi<sup>315</sup>, T. S. Tannous<sup>316</sup> e J. R. G. do Amaral<sup>317</sup>; estes autores, no entanto, serão, em larga medida, ignorados aqui. Concentrar-se-á, fundamentalmente, nas ideias do Prof. M. V. von Adamek. Proceder-se-á deste modo, porque o Prof. M. V. von Adamek escreveu longamente sobre a relação entre o direito das sociedades e a norma da boa-fé objetiva e porque ele é um Professor muito influente.

Apresentam-se duas divergências com as ideias do Prof. M. V. von Adamek sobre o direito das sociedades e a boa-fé objetiva.<sup>318</sup> Em primeiro lugar, discorda-se dele quanto à possibilidade de existência de direito das sociedades sem uma norma de interesse social. Eis o que ele já disse a este respeito: “A definição do conceito de interesse social, como bem se sabe, constitui um dos principais problemas de direito societário nos sistemas jurídicos que o adotam.”<sup>319 e 320</sup>

---

<sup>312</sup> Para interessantes observações sobre a relação entre *affectio societatis* e boa-fé objetiva, pode-se consultar COMPARATO, Fábio Konder, Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: “Nova et Vetera” in RDM, nº 36, Ano XVIII, outubro-dezembro, 1979, pp. 68-76.

<sup>313</sup> O Prof. E. V. A. e N. França defende que o dever de lealdade dos controladores poderia ser explicado pelo desequilíbrio que existiria nos negócios jurídicos de sociedade entre os controladores e os não controladores em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, Dever de Lealdade do Acionista Controlador..., pp. 254-257. O Prof. E. V. A. e N. França repete este argumento em conjunto com o Prof. M. V. von Adamek em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Aproveitamento de Oportunidades Comerciais da Companhia pelo Acionista Controlador (*Corporate Opportunity Doctrine*) in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coords.), Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos: em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 88-92. Recomenda-se, adicionalmente, FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; TANNOUS, Thiago Saddi, O Acionista Controlador tem o Dever de Sacrificar os Próprios Interesses em Favor dos Interesses da Companhia, no Contexto de uma Relação Contratual? in TAVARES BORBA, Gustavo; TAVARES BORBA, Rodrigo; ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel (Orgs.), Comissão de Valores Mobiliários: precedentes comentados, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pp. 175-179.

<sup>314</sup> SPINELLI, Luis Felipe, O Conflito de Interesses na Administração da Sociedade Anônima, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 51-52, nota de rodapé nº 21, SPINELLI, Luis Felipe, Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada..., pp. 137-163, e SPINELLI, Luis Felipe, Administração das Sociedades Anônimas: lealdade e conflito de interesses, São Paulo: Almedina, 2020, pp. 29-43.

<sup>315</sup> MUSSI, Luiz Daniel Haj, Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista..., pp. 91-99.

<sup>316</sup> Em conformidade com a nota de rodapé de nº 313, recomenda-se FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; TANNOUS, Thiago Saddi, O Acionista Controlador tem o Dever de Sacrificar os Próprios Interesses..., pp. 175-179.

<sup>317</sup> O Prof. J. R. G. do Amaral considera que o dever do acionista de votar no interesse da companhia seria um dever de lealdade positivo em AMARAL, José Romeu Garcia do, Dever de Lealdade dos Acionistas nas Sociedades Anônimas, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, pp. 253-259.

<sup>318</sup> Haveria, ainda, uma terceira divergência que seria menor, menos importante: prefere-se aludir à norma da boa-fé objetiva como um todo a fazer-se referência apenas ao dever de lealdade. A norma da boa-fé objetiva seria algo mais abrangente que o dever de lealdade e também seria aplicável ao direito das sociedades. Para o Prof. M. V. von Adamek, a norma da boa-fé objetiva aplicada ao direito societário seria o dever de lealdade em ADAMEK, Marcelo Vieira von, Abuso de Minoria em Direito Societário, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 138.

<sup>319</sup> *Idem*, p. 140.

<sup>320</sup> A posição do Prof. M. V. von Adamek, na verdade, não é clara quanto a este ponto. Há momentos em que ele expressa a ideia de que a norma do interesse social seria obrigatória para o direito das sociedades. Por

Não poderia haver direito das sociedades sem uma norma de interesse social. Seria como se pudesse existir direito contratual sem uma norma de obrigatoriedade dos contratos. Evidentemente, seria possível que sujeitos fizessem ajustes os mais diversos sem estas normas, mas uma das marcas distintivas destes âmbitos jurídicos são, certamente, as normas da obrigatoriedade dos contratos e do interesse social.

Talvez esta ideia do Prof. M. V. von Adamek esteja relacionada à concepção própria que ele tem sobre o direito de voto no direito das sociedades. Ele afirma que o direito de voto no Código Civil seria um direito subjetivo e que o direito de voto na Lei das Sociedades por Ações seria um “direito/função”. Ele alcança esta conclusão, basicamente, a partir das diferenças entre os arts. 1.010, §3º, CC, e 115, LSA.<sup>321</sup> Em que pesem as redações destes dispositivos legais sejam distintas, não há razão para se enxergar diversidade na natureza do voto entre o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações. Todo negócio jurídico de sociedade deve ser cumprido. Logo, se os legisladores pretenderam realizar uma distinção quanto a isto, eles deveriam ter deixado isto claro na legislação. Dispôs-se do seguinte modo no art. 981, *caput*, CC (acrescenta-se um grifo em negrito para que o argumento fique claro): “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.” Se os legisladores tivessem desejado que o interesse social fosse apenas um “limite negativo” no Código Civil e um “vetor determinante do voto” na Lei das Sociedades por Ações – como interpreta o Prof. M. V. von Adamek<sup>322</sup> –, eles teriam feito as diferenciações devidas. Em vez disso, o que se verifica é um silêncio. É verdadeiro que a linguagem do art. 115, LSA, é mais específica que a linguagem do art. 1.010, §3º, CC, mas isto não autoriza a dizer que haveria diversidade na natureza do voto entre o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações. O negócio jurídico de sociedade deve ser cumprido nestes dois casos.

Em segundo lugar, não é verdadeiro que o dever de agir de acordo com o interesse social decorreria do dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva; o Prof. M. V. von

---

exemplo, em *idem* pp. 144-145 (omite-se a nota de rodapé nº 14 deste excerto): “A sociedade, afinal, é sempre uma comunhão voluntária de interesses, os quais se coordenam na comunhão de escopos – escopos esses que, na sociedade, são precisamente o exercício em comum de atividade para a produção e a partilha de lucros (CC, art. 981). A noção de interesse social está, pois, implícita no próprio conceito de sociedade: é o interesse pelo qual se conclui e, portanto, se executa qualquer contrato de sociedade, consistente na produção e partilha de lucros entre os sócios.”

<sup>321</sup> *Idem*, pp. 144-159. As observações do Prof. M. V. von Adamek quanto ao direito francês também são importantes em *idem*, pp. 74-97.

<sup>322</sup> *Idem*, pp. 155-156.

Adamek, contudo, discorda deste entendimento: “Não existindo semelhantes interesses ou razões de sócios, cabe a eles o dever positivo de voto, em razão de sua obrigação de perseguir o interesse social decorrente do dever societário de lealdade.”<sup>323</sup>

Ele é acompanhado pelo Prof. E. V. A. e N. França: “O confronto das soluções baseadas no dever de lealdade – muito mais abrangentes – com aquelas baseadas no respeito ao interesse social – que não representa senão uma das facetas daquele dever.”<sup>324</sup>

A ideia por detrás da norma da obrigatoriedade dos contratos é a seguinte. Suponha-se que a Renata tivesse prometido dar R\$ 10,00 ao Paulo. Deveria a Renata dar R\$ 10,00 ao Paulo? Sim, porque, tendo a promessa sido feita, presumivelmente, o Paulo teria a expectativa de que a promessa seria cumprida. Se a Renata faltar com a sua palavra, projetos ou planos de Paulo que estivessem baseados na promessa de Renata poderiam vir a ser frustrados. Quando, todavia, há norma de obrigatoriedade dos contratos, pelos menos teoricamente, o Paulo poderia, sob certo aspecto, confiar no direito em vez de confiar na Renata.<sup>325</sup>

A norma da boa-fé objetiva, por sua vez, é diferente; o objetivo desta norma é que os sujeitos ajam de acordo com a moral. Poderia, em tese, haver um sistema jurídico com uma norma de obrigatoriedade dos contratos, mas sem uma norma de boa-fé objetiva ou com uma norma de boa-fé objetiva, mas sem uma norma de obrigatoriedade dos contratos. Não há relação necessária de hierarquia, de dependência ou de causalidade entre estas duas normas.

#### **2.2.5.5. Interpretação e Integração conforme a Boa-Fé Objetiva**

Até agora, o principal objetivo da análise da norma da boa-fé objetiva foi lançar uma dúvida muito séria quanto a esta norma. É lugar comum, *v. g.*, dizer que a norma da boa-fé objetiva seria particularmente forte no direito societário e ainda mais forte para as associações e para as sociedades de pessoas.<sup>326</sup> Isto até pode ser verdadeiro, mas, em geral, os juristas deixam de considerar todas as dificuldades morais concernentes à norma da boa-

---

<sup>323</sup> *Idem*, p. 126.

<sup>324</sup> O Prof. E. V. A. e N. França manifestou esta ideia no Prefácio do livro do Prof. M. V. von Adamek em *idem*, p. 7.

<sup>325</sup> MACCORMICK, Neil; RAZ, Joseph, *Obligations and Normative Powers in Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Vol. 46, 1972, pp. 63-73.*

<sup>326</sup> O Prof. F. K. Comparato discorre sobre a existência de uma “acendrada boa fé”, *v. g.*, em COMPARATO, Fábio Konder, *Restrições à Circulação de Ações...*, p. 69. Para o Prof. C. V. do Couto e Silva, a cooperação manifestar-se-ia em sua plenitude nas relações jurídicas de sociedade em COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo...*, p. 31.

fé objetiva (Item 2.2.5.3, *supra*). Observe-se, *e. g.*, a redação do curioso art. 53, parágrafo único, CC: “Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.” Como isto poderia ser possível? Aparentemente, a norma da boa-fé objetiva teria sido afastada de um dos principais âmbitos em que ela poderia ter incidência, qual seja, o âmbito dos associados de uma associação entre si e não em relação à associação.<sup>327 e 328</sup>

Por outro lado, efetivamente, a norma da boa-fé objetiva tem tudo que ver com certas questões sobre direito societário. Este é o caso, por exemplo, dos deveres dos administradores de sociedades por ações (arts. 153 a 157, LSA).<sup>329</sup> Talvez fizesse mais sentido que houvesse uma norma de boa-fé objetiva para áreas como o direito do trabalho ou como o direito do consumidor<sup>330, 331</sup>. No direito das sociedades, há um desequilíbrio entre sócios controladores e sócios não controladores, mas a exaltação da boa-fé objetiva para além do que seria necessário para, eventualmente, corrigir este desequilíbrio é exagerada.

Tendo sido demonstrado que há dificuldades importantes no que tange à função de controle da norma da boa-fé objetiva, passa-se, agora, a tratar de suas funções de interpretação e de integração. É útil enxergar a função de interpretação e a função de

---

<sup>327</sup> Os Professores R. Sztajn e E. V. A. e N. França também levantam dúvidas sobre o art. 53, parágrafo único, CC, em, respectivamente, SZTAJN, Rachel, *Associações e Sociedades in RDM*, nº 128, Ano XLI, outubro-dezembro, 2002, pp. 25-26, e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *A Sociedade em Comum...*, p. 128, nota de rodapé nº 60.

<sup>328</sup> ASCARELLI, Tullio, *O Contrato Plurilateral...*, p. 320, sem a nota de rodapé nº 153:

“O leitor terá notado que, ao tratarmos dos contratos plurilaterais externos, fizemos referencia, frequentemente, à hipótese da sociedade, e não àquela, mais geral, dos contratos plurilaterais.

Na realidade, entre os varios contratos plurilaterais, a sociedade é aquele que goza de uma disciplina juridica melhor elaborada. Esta característica é ainda mais evidente quando se levam em vista as relações externas (ou seja, aquelas para com os terceiros).”

Na nota de rodapé nº 153 deste excerto: “Portanto, especialmente nos sistemas juridicos em que falte uma disciplina particular das associações, é preciso recorrer à disciplina da sociedade, e examinar quais entre as normas ditadas para as sociedades constituem, na realidade, normas gerais dos contratos plurilaterais, por isso, aplicaveis tambem às associações; quais embora peculiares às sociedades, podem (em virtude do fim que têm em vista) ser analogicamente aplicadas, em determinadas hipoteses às associações; quais, enfim, não são suscetíveis de aplicação analogica. A primeira dessas indagações é a que, implicitamente, se verifica neste estudo, ao delinear a teoria do contrato plurilateral.”

<sup>329</sup> Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda: “Os artigos 154 a 161 definem, em enumeração minuciosa, e até pedagógica, os deveres e responsabilidades dos administradores.”

<sup>330</sup> O Prof. N. De Lucca chama a atenção para a qualidade de princípio da norma decorrente do art. 4º, III, CDC, ao tratar da importância do art. 4º, CDC, em DE LUCCA, Newton, *Direito do Consumidor: aspectos práticos perguntas e respostas*, Bauru: EDIPRO, 2ª edição, 2000, pp. 195-196.

<sup>331</sup> Conforme já havia sido ressaltado na nota de rodapé nº 309, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Entrevista...*, p. 304: “Nos dias atuais, realmente há algum excesso no apelo à boa-fé objetiva; isso pode trazer prejuízo aos negócios empresariais, pela insegurança que pode provocar. A boa-fé objetiva nos contratos tem três funções, conforme meu entendimento: função interpretativa, função supletiva e função corretiva. Especialmente essa última, que permite ao juiz interferir no que acordam as partes, a boa-fé deve ser aplicada com muita cautela nos negócios entre empresas; a função corretiva é mais adequada aos contratos existenciais.” Para o Prof. R. Lupion, os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva seriam mitigados nos contratos empresariais por conta da rivalidade concorrencial e dos deveres de cuidado e de diligência dos administradores de sociedades em LUPION, Ricardo, *Boa-Fé Objetiva nos Contratos Empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 155-169.

integração da norma da boa-fé objetiva em conjunto por conta de dois motivos diferentes: interpretar é conceitualmente diferente de integrar e lacunas surgem quando há conflitos ou indeterminações no direito ou em critérios escolhidos pelo direito como razão para decidir ou para agir. Os limites das funções de interpretação e de integração da norma da boa-fé objetiva ficam, desse modo, mais claros. Imagine-se, por exemplo, que houvesse dúvida quanto ao significado de determinada cláusula de instrumento de negócio jurídico de sociedade. Suponha-se, adicionalmente, que houvesse apenas dois significados possíveis para esta cláusula. Neste caso, se um dos significados for mais moral que o outro significado, deve prevalecer o significado mais moral.<sup>332</sup> A mesma coisa deve ocorrer caso dois significados possíveis sejam conflitantes e um deles seja mais moral que o outro. As funções de interpretação e de integração da norma da boa-fé objetiva ficam, então, fundidas, mas isto não é algo ruim. A vantagem por detrás desta proposta é a delimitação clara das funções de interpretação e de integração da boa-fé objetiva. Falar-se-á sobre o preenchimento das lacunas dos negócios jurídicos, especificamente, adiante no Item 2.3.3. Por ora, desejava-se salientar que valeria a pena misturar as funções de interpretação e de integração da norma da boa-fé objetiva em um único elemento. Se isto não for feito, seria possível que ocorresse uma confusão indevida entre os conceitos de interpretação e de integração ou uma descaracterização do que seria uma lacuna no direito.<sup>333</sup>

## 2.2.6. Interpretação conforme os Usos

Muitos autores diferentes já discorreram sobre esta matéria. Em geral, cada um destes autores utiliza a sua própria terminologia. Proceder-se-á do mesmo modo aqui. Isto será feito, pois se deseja adaptar o que comumente é escrito sobre os usos, sobre os costumes e sobre as práticas das partes à descrição do direito do Prof. H. L. A. Hart como uma “união entre normas primárias e secundárias” (*a union of primary and secondary rules*).<sup>334</sup> Desse

---

<sup>332</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da, A Interpretação Contratual e sua Sistemática no Código Civil de 2002 após o Advento da Lei 13.874/2019 in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 405: “No vaso da interpretação contratual, ele [o princípio da boa-fé] atua para que, na busca da intenção comum das partes, não resulte leituras desleais ou que firam as expectativas legítimas dos contratantes, visto que o consentimento foi dado por conta, justamente, da comunhão de fins das partes.”

<sup>333</sup> Para observações sobre a interpretação de negócios de acordo com a boa-fé objetiva, pode-se consultar MOSCO, Luigi, Principi sulla Interpretazione dei Negozi Giuridici, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952, pp. 67-72.

<sup>334</sup> HART, H. L. A., The Concept of Law..., pp. 91-99.

modo, não serão abordadas, individualmente, cada uma das ideias dos autores que já trataram dos usos, dos costumes e das práticas das partes.

### **2.2.6.1. Adoção da Descrição do Direito como União entre Normas Primárias e Normas Secundárias, Normas Últimas e Rejeição da Pressuposição da Norma Fundamental**

O Prof. H. L. A. Hart pede que os seus leitores imaginem uma sociedade em que houvesse apenas “normas primárias” (*primary rules*), *i. e.*, uma sociedade regida apenas por normas diretamente relacionadas às condutas dos sujeitos.<sup>335</sup> Nesta sociedade, há poucas normas. Se houver a pretensão para modificar essas normas, elas apenas poderão ser alteradas de modo vagaroso. Todos os integrantes da sociedade concordam com as normas ou há um número diminuto de dissidentes. Portanto, trata-se de sociedade pequena e homogênea. Do contrário, não haveria a coesão social necessária para que essa sociedade se mantivesse apenas com normas primárias.<sup>336</sup>

Nessa sociedade hipotética, não há, propriamente, uma ordem jurídica. Em vez disso, há, simplesmente, normas as quais são elementos desconectados de um conjunto de normas. Se, por exemplo, houvesse dúvida quanto às normas, não haveria procedimento oficial por meio do qual a dúvida poderia vir a ser sanada. Não haveria Poder Judiciário ou outro ente independente para a aplicação das normas.<sup>337</sup>

Segundo o Prof. H. L. A. Hart, um sistema jurídico apenas passaria a existir quando normas secundárias (*secondary rules*) fossem acrescentadas ao conjunto de normas primárias desconectadas. Normas secundárias são normas sobre normas primárias.<sup>338</sup> Talvez se pudesse cogitar de normas terciárias e assim por diante, mas o Prof. H. L. A. Hart não tratou destes casos diretamente e isto também não é realmente relevante para o argumento que ele apresenta.

Entre as normas secundárias relevantes para a existência de uma ordem jurídica, há a norma de reconhecimento (*rule of recognition*)<sup>339 e 340</sup>, as normas de modificação (*rules of*

---

<sup>335</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>336</sup> *Idem*, pp. 91-94.

<sup>337</sup> *Idem*, pp. 91-94.

<sup>338</sup> *Idem*, p. 94.

<sup>339</sup> *Idem*, pp. 94-95.

<sup>340</sup> Na verdade, as ordens jurídicas podem possuir mais de uma norma de reconhecimento; este detalhe, todavia, será ignorado aqui. Para a defesa da ideia de que os sistemas jurídicos podem possuir mais de uma norma de reconhecimento, pode-se consultar RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms...*, pp. 146-148.

*change*)<sup>341</sup> e <sup>342</sup> e as normas de adjudicação (*rules of adjudication*)<sup>343</sup>. A norma de reconhecimento serve para elencar os requisitos para que algo possa ser considerado como jurídico. As normas de modificação, por sua vez, dizem respeito ao processo para a alteração do direito. As normas de adjudicação, por fim, prescrevem como as normas jurídicas devem ser aplicadas. Eventualmente, poder-se-ia cogitar de outras espécies de normas secundárias, mas o Prof. H. L. A. Hart apenas tratou destas três hipóteses. A ideia é que, para que se possa falar de algo que tenha o caráter sistemático do direito, não bastaria que houvesse apenas normas primárias. Seria necessário, também, que houvesse normas secundárias para que complexidade típica do direito pudesse vir a ser verificada na prática.

A maneira didática como o Prof. H. L. A. Hart trata do direito é útil para a compreensão das normas últimas das ordens jurídicas (*ultimate legal rules*).<sup>344</sup> Decretos ou Regulamentos Federais devem ser seguidos caso eles estejam dando fiel execução às Leis (art. 84, IV, CF) e Leis devem ser obedecidas se elas estiverem de acordo com a Constituição Federal (art. 5º, II, CF), mas por que as normas derivadas da Constituição Federal deveriam ser cumpridas? Não há qualquer razão jurídica pela qual as normas decorrentes da Constituição Federal devam ser seguidas. Até pode haver razões morais pelas quais as normas derivadas da Constituição Federal deveriam ser obedecidas, mas esta é uma questão diferente.<sup>345</sup> As normas decorrentes da Constituição Federal são normas últimas, pois não há qualquer razão jurídica pela qual elas deveriam ser cumpridas.<sup>346</sup>

---

<sup>341</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 95-96.

<sup>342</sup> O Prof. J. Waldron contribuiu significativamente para este debate chamando a atenção para a relação entre a norma de reconhecimento e as normas de modificação em WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 35-42.

<sup>343</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 96-98.

<sup>344</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 105-110, e RAZ, Joseph, *Legal Reasons, Sources, and Gaps...*, pp. 68-69.

<sup>345</sup> O Prof. F. Schauer denomina estas outras razões de “fundamentos não jurídicos do direito” (*nonlegal foundations of law*) em SCHAUER, Frederick, *The Force of Law...*, pp. 77-82.

<sup>346</sup> Um cientista renomado, certa feita, deu uma palestra sobre astronomia. Ele descreveu como a Terra orbita no entorno do Sol e como o Sol, por sua vez, orbita em volta de um vastíssimo conjunto de estrelas. No final da palestra, uma senhora um pouco mais velha ergueu-se e disse que tudo o que o cientista famoso havia dito era bobagem. Ela disse que, evidentemente, a Terra seria um prato achatado em cima das costas de uma tartaruga gigantesca. O cientista sorriu superiormente e perguntou sobre o que haveria embaixo da tartaruga gigantesca. A senhora um pouco mais velha, surpreendida pela ignorância do cientista, respondeu que, embaixo da tartaruga gigantesca, obviamente, haveria uma segunda tartaruga gigantesca. O cientista perguntou, então, o que haveria embaixo da segunda tartaruga gigantesca ao que a senhora respondeu, triunfantemente, que haveria tartarugas gigantescas até o fim. O objetivo desta conhecida história é mostrar que a descrição sobre as “tartarugas gigantescas até o fim” não é uma boa descrição do Universo. Ela também não é uma boa descrição do direito, pois, no direito, em princípio, não há regressos *ad infinitum*. A história das tartarugas gigantescas até o fim possui diferentes versões, mas uma variante famosa pode ser encontrada em HAWKING, Stephen, *A Brief History of Time*, Bantam Books, 10ª edição, 1998, p. 1.

O Prof. H. Kelsen tratava desta situação de uma maneira diferente que não será adotada neste trabalho. Ele defendeu a sua tese em diferentes momentos de seus livros e de seus artigos, mas o trecho mais famoso em que ele argumenta em favor de sua ideia é o excerto sobre o conceito de direito de Agostinho na segunda edição da Teoria Pura do Direito.<sup>347</sup> Na linguagem do Prof. H. Kelsen, o art. 84, IV, CF, seria fundamento de validade para Decretos ou para Regulamentos Federais que dão fiel execução às Leis e o art 5º, II, CF, por sua vez, seria fundamento de validade para as Leis. Desconsideradas as possíveis emendas à Constituição Federal que sejam inconstitucionais e retornando-se à Constituição Federal original, sem qualquer emenda, alcança-se o que o Prof. H. Kelsen denominava de primeira Constituição histórica.<sup>348</sup> Por que as normas derivadas da primeira Constituição histórica deveriam ser cumpridas? Para o Prof. H. Kelsen, dever-se-ia pressupor que existiria uma norma fora do sistema jurídico que determinaria que as normas decorrentes da primeira Constituição histórica fossem obedecidas. Tratar-se-ia de uma norma pressuposta e não de uma norma posta, tratar-se-ia do que o Prof. H. Kelsen chamava de norma fundamental.<sup>349</sup> Não é claro por que a norma fundamental deveria ser seguida. Na falta de uma boa razão para que a norma fundamental seja cumprida, ela será deixada de lado e será aceita a descrição do Prof. H. L. A. Hart do direito como uma união entre normas primárias e normas secundárias.<sup>350 e 351</sup>

### **2.2.6.2. Retomada da Defesa da Tese das Fontes**

Aproveita-se o ensejo para retomar a defesa da tese das fontes, porque o debate sobre os usos, sobre os costumes e sobre as práticas das partes relaciona-se, fortemente, ao problema das fontes do direito. No Item 1.1.1, *supra*, foram feitas apenas algumas breves

---

<sup>347</sup> KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, I Volume..., pp. 84-96.

<sup>348</sup> O conceito de primeira Constituição histórica pode ser encontrado em KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, II Volume..., pp. 14-15.

<sup>349</sup> O Prof. H. Kelsen abandonou a ideia da norma fundamental como uma hipótese em favor da noção da norma fundamental como uma ficção em KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas..., p. 329. Para observações sobre as ideias do Prof. H. Kelsen posteriores à segunda edição da Teoria Pura do Direito, pode-se consultar TANNOS, Thiago Sadi, O Aluno do Aluno: a controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander, São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 51, nota de rodapé nº 89, e 163-167.

<sup>350</sup> O Prof. H. L. A. Hart faz comentários sobre a norma fundamental do Prof. H. Kelsen em HART, H. L. A., The Concept of Law..., pp. 104-110. O Prof. H. Kelsen, por outro lado, faz comentários sobre a norma de reconhecimento do Prof. H. L. A. Hart em KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, II Volume..., p. 58, nota de rodapé nº 2. O Prof. H. Kelsen utiliza a ideia de reconhecimento com outro sentido em KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas..., pp. 300-302 e 304-306.

<sup>351</sup> A linha vertical de inferências normativas do Prof. P. Chiassoni assemelha-se às ideias dos Professores H. Kelsen e H. L. A. Hart sobre encadeamentos jurídicos que alcançam, no final das contas, normas últimas em CHIASSONI, Pierluigi, Tecnica dell'Interpretazione Giuridica..., pp. 28-29.

observações sobre a tese das fontes, pois havia a necessidade, naquele momento, de definir muitos conceitos diferentes; não puderam ser levados em conta, conseqüentemente, determinados argumentos naquela ocasião os quais serão analisados agora. O decorrer desta tese de doutorado foi estabelecido tematicamente. Era muito melhor deixar para discutir certos contornos da moral, por exemplo, apenas quando a norma da boa-fé objetiva fosse examinada.

Imagine-se que houvesse o seguinte consenso mundial entre as pessoas com 18 anos ou mais: ou a tese das fontes é verdadeira ou o positivismo inclusivo é verdadeiro. Realiza-se, então, uma grande votação para que seja decidido qual destas duas descrições do direito estaria correta. As pessoas aptas a votar são todas as pessoas com 18 anos ou mais. A votação é precedida por debates acalorados. Ao final das discussões, 100% dos eleitores – todos muito bem informados em razão dos debates que foram realizados – comparecem às urnas para votar, e a tese das fontes é eleita como a caracterização correta do direito com 100% dos votos. Não houve qualquer voto nulo ou em branco. Isto seria suficiente para demonstrar que a tese das fontes seria verdadeira?

Para tentar comprovar que a tese das fontes seria verdadeira, o Prof. J. Raz, certa feita, lançou mão de um argumento relativamente fraco. Ele afirmou que, provavelmente, as pessoas concordariam que os juízes devem ser sábios, conhecedores da natureza humana, sensíveis, morais *etc* e que as pessoas também concordariam que os juízes devem ser bons conhecedores do direito (o notório ou notável saber jurídico – *v. g.*, arts. 94, *caput*, 101, *caput*, 103-B, XIII, 104, parágrafo único, 111-A, *caput*, 119, II, 120, §1º, III, 123, parágrafo único, I, 130-A, VI, 131, §1º, e 235, V, “b”, CF). De acordo com o Prof. J. Raz, as pessoas seriam capazes de entender que estas duas situações seriam distintas; a tese das fontes, por consequência, estaria correta.<sup>352</sup>

É certo que as pessoas conseguem distinguir o direito da moral, mas já foram concebidas muitas relações diferentes entre o direito e a moral. Para Tomás de Aquino<sup>353</sup>, nas tradições romano-germânica e anglo-saxã, e para W. Blackstone<sup>354</sup>, na tradição anglo-saxã, por exemplo, não poderia, propriamente, haver direito imoral.

---

<sup>352</sup> RAZ, Joseph, *Legal Positivism and the Sources of Law...*, pp. 48-50.

<sup>353</sup> Para a crítica negativa de John Locke a Tomás de Aquino, pode-se consultar ZUCKERT, Michael, *The Fullness of Being: Thomas Aquinas and the Modern Critique of Natural Law* in *The Review of Politics*, Vol. 69, nº 1, 2007, pp. 28-33.

<sup>354</sup> Para uma descrição da forma de direito natural defendida por W. Blackstone, pode-se consultar WILLMAN, Robert, *Blackstone and the ‘Theoretical Perfection’ of English Law in the Reign of Charles II* in *The Historical Journal*, Vol. 26, nº 1, março de 1983, pp. 50-70.

Suponha-se que existissem os seguintes dispositivos em uma Constituição Federal hipotética:

Art. 1º Ninguém será obrigado a fazer algo ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Parágrafo único. Quando houver lacunas no direito, o juiz decidirá o caso de acordo com a moral, sendo que, então, a moral passará a fazer parte do direito de acordo com as ideias dos positivistas inclusivos.

Os defensores da tese das fontes seriam obrigados a negar que existisse um sistema jurídico neste caso ou insistiriam em dizer que a moral que fosse incluída no direito não poderia vir a ser considerada como algo, efetivamente, jurídico.

Este exemplo sobre uma norma constitucional que requeresse a eventual incorporação da moral no direito não é tão absurdo quanto ele pode parecer. A redação do art. 4º, LNDB é a seguinte: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”<sup>355</sup> Anteriormente, contudo, a redação do art. 7º, Introdução ao Código Civil de 1916, era a seguinte: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito.” A redação original deste artigo, sugerida pelo Prof. C. Bevilaqua, era a seguinte: “Nos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos análogos e, na falta destas, os princípios que se deduzem do espírito da lei.”<sup>356</sup> Contudo, durante os trabalhos da Comissão Revisora nomeada pelo Governo em 1900, o Prof. F. de P. Lacerda de Almeida propôs que a expressão “espírito da lei” fosse substituída pelo termo “princípios gerais do direito”. Esta sugestão foi aceita e, ao final, o art. 7º, Introdução ao Código Civil de 1916, foi promulgado com a sua conhecida redação.<sup>357</sup> O Prof. F. de P. Lacerda de Almeida sustentava que haveria alguma forma de direito natural, mas ele jamais o definiu com precisão.<sup>358</sup> Antes do projeto do Prof. C. Bevilaqua ser aceito como o Código Civil brasileiro, o Prof. J. Felício dos Santos havia redigido um projeto de Código Civil que trazia o seguinte dispositivo: “Art. 56. Não póde o juiz abster-se de julgar,

---

<sup>355</sup> Havia uma versão deste dispositivo no art. 113, 37, Constituição Federal de 1934.

<sup>356</sup> Projecto Primitivo do Codigo Civil *in* Codigo Civil Brasileiro: trabalhos relativos á sua elaboração, Volume I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917, p. 92, publicado em razão do Decreto Legislativo Federal nº 3.095/1916.

<sup>357</sup> Acta da 1ª Reunião da Commissão Revisora nomeada pelo Governo em 1900 *in* Codigo Civil Brasileiro: trabalhos relativos á sua elaboração, Volume I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917, p. 321, publicado em razão do Decreto Legislativo Federal nº 3.095/1916.

<sup>358</sup> LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, Obrigações: exposição systematica desta parte do direito civil patrio em seguimento aos “direitos de família” e “direito das cousas” do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, Porto Alegre: Typographia de Cesar Reinhardt, 1897, p. 6, nota de rodapé nº 7.

com o fundamento de que a lei é omissa, injusta ou obscura. Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos ou espírito da lei, ou por disposições em vigor no Brasil, que regulam casos analogos, deve o juiz recorrer aos princípios gerais do direito natural, até haver providencia legislativa.<sup>359 e 360</sup>

Não existe consenso sobre o que, exatamente, seria um princípio geral de direito. Cada autor tende a fornecer uma lista ou a dar exemplos sobre esta matéria;<sup>361 e 362</sup> é razoável supor, todavia, que haveria alguma relação entre a ideia de princípio geral de direito e a noção de direito natural. Para efeitos desta tese de doutorado, partir-se-á desta suposição. Se é verdadeiro que os princípios gerais de direito são alguma espécie de direito natural, a norma sobre o preenchimento de lacunas, no Brasil, poderia ser compreendida como um comando para que, na hipótese de lacuna no direito, fosse aplicado o direito natural.<sup>363</sup> A confusa história sobre os princípios gerais de direito é ainda mais peculiar, porque é perfeitamente possível que legislador algum tenha levado em conta estes argumentos ao votar sobre esta matéria.

A influência de concepções sobre o direito natural, no direito brasileiro, não deve surpreender ao leitor desta monografia. Aliás, talvez seja verdadeiro que haja muitas

---

<sup>359</sup> FELÍCIO DOS SANTOS, Joaquim, Projecto do Codigo Civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 8.

<sup>360</sup> O Prof. E. Espinola conta uma história diferente a propósito da redação do art. 7º, Introdução ao Código Civil de 1916. Para ele, o verdadeiro autor do art. 7º, Introdução ao Código Civil de 1916, teria sido, substancialmente, o Senador R. Barbosa durante os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1916. Como não foi encontrada outra referência a isto nos documentos consultados, partir-se-á do pressuposto de que o verdadeiro autor do art. 7º, Introdução ao Código Civil de 1916, teria sido o Prof. F. de P. Lacerda de Almeida conforme as explicações que foram dadas no texto corrido desta tese de doutorado e nas suas notas de rodapé. Para observações do Prof. E. Espinola sobre o art. 7º, Introdução ao Código Civil de 1916, pode-se consultar ESPINOLA, Eduardo, Breves Anotações ao Codigo Civil Brasileiro (Lei n. 3071 de 1.º de janeiro de 1916), Volume Primeiro, Salvador: Editores Joaquim Ribeiro & Co. e Livraria das “Duas Americas”, 1918, pp. 33-39.

<sup>361</sup> O Prof. H. Kelsen – que deu aulas sobre direito internacional público – manifesta incredulidade diante da ideia de princípios gerais de direito no direito internacional em KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas..., p. 156 e nota de rodapé nº 81.

<sup>362</sup> Para apontamentos sobre os princípios gerais de direito, pode-se consultar REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Editora Saraiva, 27ª edição, 2002 (tiragem de 2010), pp. 303-320.

<sup>363</sup> Neste trabalho, serão totalmente ignorados os argumentos sobre se esta norma teria sido ou não, parcial ou totalmente, recepcionada pela Constituição Federal de 1988. KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, II Volume..., pp. 35-36: “Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente, pelo governo revolucionário. O que existe, não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra; tal como, e. g., a recepção do Direito romano pelo Direito alemão. Mas também essa recepção é produção de Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição, revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova.”

pequenas influências neste sentido. É muito comum, por exemplo, que haja símbolos religiosos nas repartições públicas no Brasil inclusive no STF.

Imagine-se – o que não é totalmente absurdo, conforme já foi demonstrado – que os legisladores brasileiros realmente acreditassem na existência de alguma forma de direito natural e que eles tenham votado neste sentido quanto à norma sobre o preenchimento de lacunas. O fato de, aparentemente, os legisladores brasileiros acreditarem na existência de direito natural tornaria este direito natural verdadeiro?

A tese das fontes é uma maneira liberal de enxergar o direito.<sup>364</sup> No passado, o número de pessoas que pensava como Tomás de Aquino, W. Blackstone ou como os legisladores brasileiros era muito maior. Hoje em dia, tornou-se mais popular a visão não romântica ou cética quanto ao direito. Isto foi um avanço. Vale mais a pena entender o direito como algo artificial, que pode ser modificado para atender às necessidades das pessoas, que como algo que não pode ser questionado e que deve, obrigatoriamente, ser aceito.<sup>365</sup>

Os argumentos do Prof. J. Raz sobre a verdade da tese das fontes podem não ser muito fortes, mas os argumentos do Prof. J. Raz sobre o fato de que a tese das fontes deveria ser verdadeira são muito robustos. Para ilustrá-lo, passa-se a descrever a possível origem da tese das fontes, a saber, um debate entre os Professores J. Raz e R. Dworkin.

Em 1963, o Prof. R. Dworkin publicou um artigo sobre o poder discricionário dos juízes. Segundo ele, os juízes não possuiriam um poder discricionário forte; poder-se-ia, eventualmente, cogitar de um sistema jurídico em que os juízes possuíssem um poder discricionário forte, mas, de acordo com o Prof. R. Dworkin, os juízes não deteriam esta espécie de poder nos sistemas jurídicos ocidentais democráticos.<sup>366</sup>

Neste artigo, o Prof. R. Dworkin sustenta, em tradução livre, que “opiniões da comunidade como um todo ou de um segmento identificável da mesma” seriam uma fonte de direito.<sup>367</sup> Ele acrescenta o seguinte, em tradução livre:

---

<sup>364</sup> O Prof. J. Raz, claramente, é um liberal. Para o argumento de que não existiria uma obrigação moral geral de obediência ao direito – ainda que se tratasse de sistema jurídico justo e ainda que se desejasse pensar na possibilidade de uma obrigação que apenas existisse *prima facie* –, pode-se consultar RAZ, Joseph, *The Obligation to Obey the Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 233-244. Para observações sobre o valor moral da autonomia pessoal, pode-se consultar RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom...*, pp. 390-395.

<sup>365</sup> Para a crítica negativa à ideia de direito natural do Prof. H. L. A. Hart, pode-se consultar HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals...*, pp. 615-629, e HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 207-212. Para a descrição de algumas ideias de J. Bentham e a defesa da desmistificação do direito, pode-se consultar HART, H. L. A., *Bentham and the Demystification of the Law in The Modern Law Review*, Vol. 36, nº 1, janeiro de 1973, pp. 7-11.

<sup>366</sup> DWORKIN, Ronald, *Judicial Discretion in The Journal of Philosophy*, Vol. 60, nº 21, outubro de 1963, pp. 636-637.

<sup>367</sup> *Idem*, p. 635.

“Em algumas ocasiões, em alguns tipos de casos, princípios morais aceitos como padrões na comunidade serão boas razões para uma decisão judicial assim como, em outras ocasiões, em outros tipos de casos, padrões estabelecidos através de outra maneira serão boas razões para uma decisão judicial. Neste sentido, tais princípios são parte do sistema jurídico, se convém entender o direito como um sistema, e a afirmação cabal de que o direito e de que a moral são sistemas separados é enganosa.”<sup>368</sup>

Contra estes argumentos, o Prof. J. Raz opôs um poderoso arrazoado.<sup>369</sup> Para ele, é certo que muitos juízes, frequentemente, manifestam estas mesmas ideias do Prof. R. Dworkin. Isto pode ser completamente inofensivo na maior parte das vezes, mas há perigos reais caso muitos juízes, efetivamente, acreditem nessas ideias do Prof. R. Dworkin. Em princípio, as decisões judiciais não devem estar fundamentadas na suposta consciência nacional, em suposto clamor público ou na suposta opinião popular. Estas coisas não são fontes de direito. A vantagem das fontes do direito é que elas são um teste relativamente objetivo para se saber o que seria o direito.<sup>370</sup> O Prof. J. Raz, raramente, alude, diretamente, ao conceito de fonte de direito. Para ele, uma fonte de direito é algo que pode ser utilizado para identificar o direito sem a necessidade de serem empregados argumentos valorativos (*evaluative reasoning*).<sup>371</sup>

Independentemente de se concordar ou de se discordar das ideias do Prof. J. Raz, ele deve ser considerado como um dos principais teóricos do Estado de Direito em conjunto com, por exemplo, os Professores L. L. Fuller<sup>372</sup> e L. Ferrajoli<sup>373</sup>. A importância das fontes do direito, para o Prof. J. Raz, está no problema dos limites no direito; elas são relevantes para que o direito possa guiar o comportamento das pessoas. Sem os limites no direito, haveria incerteza ou – o que seria ainda pior – uma armadilha (*entrapment*): o direito poderia apenas guiar o comportamento das pessoas para, posteriormente, frustrar as suas

---

<sup>368</sup> *Idem*, p. 635, nota de rodapé nº 9.

<sup>369</sup> RAZ, Joseph, *Legal Principles and the Limits of Law...*, pp. 848-854.

<sup>370</sup> Na primeira parte da resposta do Prof. J. Raz ao Prof. R. Dworkin, ele alude à “individuação do direito” (*individuation of law*) em RAZ, Joseph, *Legal Principles and the Limits of Law...*, pp. 825-842. Este era o modo como o Prof. J. Raz se referia à interpretação no direito antigamente. No seu primeiro livro, ele trata, brevemente, do que ele chama de “princípios da individuação do direito” (*principles of the individuation of law*) em RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System...*, pp. 88-92.

<sup>371</sup> RAZ, Joseph, *Legal Positivism and the Sources of Law...*, pp. 47-48.

<sup>372</sup> Conforme a nota de rodapé nº 32.

<sup>373</sup> Conforme a nota de rodapé nº 32.

expectativas, trata-las como idiotas. Este desrespeito às pessoas é evitado quando o ideal do Estado de Direito é levado a sério.<sup>374</sup>

O principal argumento contra a tese das fontes talvez seja o seguinte: não é necessário que o sujeito seja um defensor da tese das fontes para que ele também seja um defensor do Estado do Direito. Aliás, há grandes defesas do Estado de Direito que foram feitas por pessoas que sequer são positivistas como é o caso do Prof. L. L. Fuller que sustentava a existência de determinada forma de direito natural.<sup>375</sup> Entre os positivistas inclusivos, são particularmente formidáveis as defesas do Estado de Direito feitas pelos Professores H. Kelsen<sup>376</sup>, H. L. A. Hart<sup>377</sup>, F. Schauer<sup>378</sup>, T. D. Campbell<sup>379</sup> e J. Waldron<sup>380</sup>. O fato de os

---

<sup>374</sup> Para a descrição do Prof. J. Raz sobre os dois modos como o Estado de Direito poderia vir a ser violado, pode-se consultar RAZ, Joseph, *The Rule of Law and its Virtue...*, pp. 219-223.

<sup>375</sup> O Prof. J. Raz faz uso de um trocadilho – intencional ou não – com o nome do Prof. L. L. Fuller ao se referir à lista do Estado de Direito dele em RAZ, Joseph, *The Rule of Law and its Virtue...*, p. 218, nota de rodapé nº 7: “His discussion of many of the principles is full of good sense.” A tradução livre desta passagem seria a seguinte: “A sua discussão de muitos dos princípios está cheia de bom senso.”

<sup>376</sup> O Prof. H. Kelsen foi uma importante voz contra metafísicas simplistas e contra preconceitos em geral. Um dos pontos que mais chama a atenção na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* é a forte oposição – justificada ou não – do Prof. H. Kelsen à religião. O Prof. H. Kelsen era, originalmente, judeu. Ele teria se convertido ao catolicismo pouco antes de concluir a sua graduação e, posteriormente, em 1912, ele teria se convertido ao protestantismo. A primeira aula do Prof. H. Kelsen na Faculdade de Direito da *Deutsche Universität* em Praga, em 22 de outubro de 1936, teria sido impedida por um grupo de *hooligans* ou trogloditas que se humilharam a si próprios. Quando o Prof. H. Kelsen começou a ministrar a sua aula, ele foi interrompido por gritos: “Abaixo os judeus! Todos os não judeus saiam da sala!” (“*Nieter mit den Juden! Alle Nichtjuden haben den Saal zu verlassen!*”) Embora tenham ocorrido agressões físicas, o Prof. H. Kelsen não chegou a ser atingido por pancadas. No dia seguinte, quando o Prof. H. Kelsen iniciou a sua aula novamente, aproximadamente 130 alunos sem qualquer autoestima levantaram-se e foram embora em uma tentativa de insultar o Prof. H. Kelsen e os cerca de 20 alunos que permaneceram na sala de aula. O Prof. H. Kelsen deu prosseguimento a sua aula enquanto protestos continuaram a ser realizados do lado de fora. Ele ministrou aulas na Faculdade de Direito da *Deutsche Universität* em Praga por mais um ano. Não há registros de outros protestos como estes contra o Prof. H. Kelsen em Praga. Eventualmente, ele mudou-se para os Estados Unidos. Para uma crítica negativa do Prof. H. Kelsen a metafísicas simplistas e a preconceitos em geral, pode-se consultar KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, I Volume..., pp. 54-59. Para o registro destes episódios da vida do Prof. H. Kelsen, pode-se consultar TANNOUS, Thiago Saddi, *O Aluno do Aluno...*, pp. 40-44, 152-155 e 159-160.

<sup>377</sup> Para o Prof. H. L. A. Hart, seria logicamente impossível que houvesse um sistema jurídico se as autoridades estatais ou se funcionários públicos (*public officials*) violassem, continuamente, o direito. Ele denomina esta hipótese de *lusus naturae* (aberração, deformidade, monstruosidade *etc*) e associa-a ao caos. Isto é particularmente interessante, porque o Prof. H. L. A. Hart, usualmente, escreve de maneira amena e sem qualquer carga de emoção; diante deste caso, todavia, ele descreve a violação do direito pelas autoridades estatais ou pelos funcionários públicos com adjetivos deveras fortes, pesados. Para a defesa do Prof. H. L. A. Hart de que a existência prática de sistemas jurídicos dependeria da obediência das autoridades estatais ou dos funcionários públicos ao direito, pode-se consultar HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 115-123.

<sup>378</sup> Armado com a filosofia da linguagem, o Prof. F. Schauer impõe sérios obstáculos às pessoas que desejam sustentar que seria impossível compreender o direito. Para os excelentes argumentos do Prof. F. Schauer sobre a possibilidade de interpretação no direito, pode-se consultar, conforme a nota de rodapé nº 49, SCHAUER, Frederick, *Formalism...*, pp. 520-529.

<sup>379</sup> O Prof. T. D. Campbell inventou as expressões “positivismo jurídico exclusivo prescritivo” (*prescriptive exclusive legal positivism*) e “positivismo jurídico duro prescritivo” (*prescriptive hard legal positivism*). Ele acredita que o positivismo inclusivo seria verdadeiro, mas defende que o positivismo exclusivo deveria ser implementado em CAMPBELL, Tom D., *Prescriptive Legal Positivism...*, pp. 24-26.

<sup>380</sup> O Prof. J. Waldron é contrário a cláusulas pétreas e ao preenchimento de lacunas por juízes com base na moral. Em geral, ele atribui uma enorme importância à função legislativa do Poder Legislativo. Para

positivistas exclusivos serem uma minoria não é relevante para o mérito deste debate. Fora o Prof. J. Raz, são positivistas exclusivos, v. g., os Professores S. J. Shapiro<sup>381</sup>, A. Marmor<sup>382</sup> e B. Leiter<sup>383</sup>.

Em todo caso, um dos problemas dos argumentos do Prof. J. Raz é que, sob certo aspecto, ele parece desprezar a importância de dados empíricos para este debate. Eis o que ele já disse sobre a diferença entre a filosofia do direito e a sociologia do direito em tradução livre:

“Visto que uma teoria sobre o direito deve ser verdadeira para todos os sistemas jurídicos, as características por meio das quais ela os identifica devem, necessariamente, ser muito genéricas e abstratas. As funções que alguns sistemas jurídicos cumprem em algumas sociedades por conta de condições sociais, econômicas ou culturais devem ser desconsideradas. A teoria do direito deve ater-se apenas àquelas características dos sistemas jurídicos que eles devem possuir independentemente das circunstâncias especiais das sociedades em que eles estiverem em vigor. Esta é a diferença entre a filosofia do direito e a sociologia do direito. A sociologia do direito preocupa-se com contingências e com particularidades, a filosofia do direito preocupa-se com o necessário e com o universal. A sociologia do direito provê muitas informações detalhadas e análise das funções do direito em algumas sociedades particulares. A filosofia do direito deve contentar-se com as poucas características que todos os sistemas jurídicos necessariamente possuem.”<sup>384</sup>

Ainda que o Prof. J. Raz tenha alterado um pouco a sua posição com o passar dos anos, ele continuou defendendo que uma teoria sobre o direito seria adequada quando ela fosse constituída por proposições sobre o direito que fossem necessariamente verdadeiras<sup>385</sup> e universais<sup>386, 387</sup>.

---

argumentos significativos dele quanto a este assunto, pode-se consultar, por exemplo, WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement...*, pp. 266-270 e 291-294.

<sup>381</sup> SHAPIRO, Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 259-281.

<sup>382</sup> MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, 2001, pp. 49-70.

<sup>383</sup> LEITER, Brian, *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis* in COLEMAN, Jules (editor), *Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 366-370.

<sup>384</sup> RAZ, Joseph, *The Institutional Nature of Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 104-105.

<sup>385</sup> RAZ, Joseph, *Can There Be a Theory of Law? in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009, p. 17.

<sup>386</sup> RAZ, Joseph, *On the Nature of Law...*, p. 91-96.

<sup>387</sup> Para uma descrição de argumentos contrários à filosofia “essencialista”, pode-se consultar SCHAUER, Frederick, *The Force of Law...*, pp. 37-41.

O direito é um artefato humano<sup>388</sup>, isto é, o direito é algo que é criado, propositalmente, por seres humanos.<sup>389</sup> Artefatos resistem a análises em termos de propriedades essenciais ou de elementos necessários, porque os seus fins podem mudar com o passar do tempo e porque eles não podem ser individualizados a partir de propriedades naturais. Por exemplo, água, simplesmente, é H<sub>2</sub>O, mas cadeiras podem ser todas muito diferentes. Cadeiras podem ser feitas de metal, de pedra ou de madeira. O fim aparente das cadeiras – permitir que as pessoas se sentem – também pode ser alcançado com caixas, tartarugas ou com degraus. Algumas cadeiras podem, eventualmente, ter um fim meramente ornamental ou servir para o armazenamento de livros ou de papéis. Algumas cadeiras permitem que as pessoas descansem os seus braços nelas, mas outras cadeiras não permitem que isto seja feito. Algumas cadeiras permitem que as pessoas descansem as suas costas nelas, porém outras cadeiras não permitem que isto seja feito.

Como o direito é um artefato, não se deve pensar no conceito de direito como algo dissociado das ordens jurídicas que efetivamente existem. É verdadeiro que o Prof. J. Raz utilizou excelentes exemplos para defender a tese das fontes – nomeadamente, os exemplos da personificação das autoridades estatais e das qualidades ideais para os juízes –, mas não se deve perder de vista que os sistemas jurídicos que realmente existem devem poder ser descritos pela tese das fontes para que ela possa ser considerada como verdadeira.

Para o Prof. S. R. Perry, a formação dos conceitos que são utilizados para debater sobre as ordens jurídicas que efetivamente existem dependeria de argumentos valorativos ou morais. Isto aconteceria, pois, segundo o Prof. S. R. Perry, o conceito de direito seria de tal modo vago que as disputas pelo conceito de direito apenas poderiam vir a ser resolvidas através de argumentos valorativos ou morais.<sup>390 e 391</sup>

A posição do Prof. S. R. Perry deve ser rejeitada, porque não é necessário que o estudo abstrato do direito siga, por exemplo, o tipo de análise conceitual ou “essencialista” que é recomendada pelo Prof. J. Raz. Com efeito, há como examinar, empiricamente, os diversos sistemas jurídicos que realmente existem. Isto não será feito na presente tese de

---

<sup>388</sup> Todos os argumentos e todos os exemplos sobre artefatos humanos os quais serão apresentados aqui foram retirados de LEITER, Brian, *The Demarcation Problem in Jurisprudence: a new case for scepticism* in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, n° 4, 2011, pp. 666-667.

<sup>389</sup> Seres humanos não são considerados como artefatos humanos, porque seres humanos podem vir a ser criados por acidente (LEITER, Brian, *The Demarcation Problem in Jurisprudence...*, p. 666, nota de rodapé n° 17).

<sup>390</sup> PERRY, Stephen R., *Interpretation and Methodology in Legal Theory* in MARMOR, Andrei (editor), *Law and Interpretation: essays in legal philosophy*, Oxford University Press, 1995, pp. 117-121.

<sup>391</sup> Para raciocínio congruente com este, pode-se consultar BIX, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, 1993 (reimpressão de 2003), pp. 190-197.

doutorado, mas os leitores deste texto podem consultar a literatura especializada sobre este assunto.<sup>392</sup>

Argumentos no seguinte sentido, portanto, serão considerados como afastados: “Isto é bom. Logo, isto é o direito.” É perfeitamente possível que o direito seja algo horrível, um Estado totalitário, *e. g.*, com características fortemente policialescas (*non omne quod licet honestum est*). *Ex factis jus oritur* e não *ex injuria jus non oritur*. Aproveita-se a ocasião, por fim, para acrescentar dois “princípios” à lista do Estado de Direito que havia sido apresentada no Item 1.1.2.3, *supra*:

- p) O direito pode ser identificado tão somente a partir de suas fontes;
- q) A moral, o que é mais eficiente do ponto de vista econômico *etc* não são fontes de direito;

### **2.2.6.3. Distinções entre Usos, Costumes e Práticas das Partes**

Para efeitos desta tese de doutorado, “uso” é uma prática aceita, reiterada, habitual, disseminada, difundida, estável, uniforme, seguida há tempo suficiente para que ela possa ser minimamente determinada, um padrão. “Práticas das partes”, por seu turno, são, essencialmente, a mesma coisa que um uso, exceto que elas se restringem apenas ao comportamento de partes de um negócio jurídico. A interpretação autêntica sobre a qual se discorreu no Item 2.2.2, *supra*, por exemplo, leva em conta as práticas das partes. “Costume”, finalmente, é um uso que é eleito pelo direito como razão para ação ou para

---

<sup>392</sup> Algumas recomendações neste sentido podem ser encontradas em LEITER, Brian, *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis...*, pp. 366-370.

decisão (*e. g.*, art. 4º, LINDB). Para este caso, frequentemente, é utilizada a expressão “direito consuetudinário” (*v. g.*, art. 376, CPC).<sup>393, 394, 395 e 396</sup>

A distinção entre uso e costume que ora se adota talvez termine por provocar a transformação de célebres referências a usos na legislação em costumes. Por exemplo, os usos a que se refere o art. 113, *caput* e §1º, II, CC, seriam, segundo a classificação escolhida, usos ou costumes? Eis a redação destes dispositivos: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (...) II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;”.

Deseja-se diferenciar o uso do costume conforme os conceitos eleitos, porquanto o uso pode terminar por ser obrigatório por razões diferentes. Um uso, *e. g.*, pode acabar sendo obrigatório por conta da boa-fé objetiva<sup>397</sup> e não por ter sido, especificamente, eleito pelo direito como critério para ação ou para decisão. Na presente monografia, a prática geral – e não a prática das partes – que for utilizada para fins de interpretação ou de preenchimento de lacunas de negócios jurídicos será denominada de uso apesar de haver referência a este caso na legislação brasileira.

A uniformidade que aqui é empregada para as expressões “uso”, “costume” e “práticas das partes” não existe no direito brasileiro. Aliás, os legisladores brasileiros parecem utilizar os termos “uso” e “costume” sem qualquer distinção – uso e costume,

---

<sup>393</sup> O costume não deve ser considerado como fonte de direito mais ou menos pelos mesmos motivos pelos quais a moral não deveria ser considerada como fonte de direito; a posição do Prof. J. Raz quanto a este ponto, todavia, é confusa. Ele parece argumentar em direções diferentes em RAZ, Joseph, *The Identity of Legal Systems in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, pp. 85-90. Para o Prof. J. Raz, a norma de reconhecimento seria uma norma costumeira em um sentido especial. Para observações do Prof. J. Raz sobre a norma de reconhecimento, podem ser consultadas as pp. 90-97 deste artigo. Os argumentos de acordo com os quais o costume deveria ser tido como fonte de direito não serão realmente enfrentados aqui, mas eles podem ser encontrados em WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement...*, pp. 46-48 e 55-67.

<sup>394</sup> Para o Prof. H. Kelsen, os costumes poderiam ser uma fonte de direito, mas, neste caso, seria necessário que a norma fundamental estivesse acima deles de algum modo em conformidade com KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, I Volume..., pp. 7-18. Para o Prof. H. L. A. Hart, os costumes poderiam ser fontes de direito em HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 44-45.

<sup>395</sup> A *opinio juris seu necessitatis* seria o carimbo por meio do qual o conteúdo de um uso se tornaria jurídico. Ela é descrita como um elemento psicológico em KASSIS, Antoine, *Théorie Générale des Usages du Commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, pp. 21-22.

<sup>396</sup> O Prof. M. de C. Ludwig não distingue usos de costumes. Para ele, usos seriam algo apto a gerar normas jurídicas e importantes parâmetros interpretativos (modelo consuetudinário e modelo hermenêutico) em LUDWIG, Marcos de Campos, *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 85-92.

<sup>397</sup> Esta é mais ou menos a posição da Profa. G. C. Comiran, mas ela prefere aludir a um “princípio da confiança” em vez de se referir diretamente à boa-fé objetiva em COMIRAN, Giovana Cunha, *Os Usos Comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 121-137.

inclusive, aparecem juntos na famosa expressão “usos e costumes” – e muitas qualificações diferentes, comumente, caracterizam os usos: usos comerciais, usos mercantis, usos empresariais, usos da prática, usos do tráfico, usos da localidade, usos da praça, usos do lugar, usos da profissão, usos do ramo de negócios, usos do setor, usos do meio *etc.* No entanto, as expressões “uso”, “costume” e “prática das partes” serão distinguidas nesta tese de doutorado; estes termos serão utilizados aqui em conformidade com as delimitações que foram feitas anteriormente.

Dispôs-se do seguinte modo no Regulamento Imperial nº 737/1850:

“Art. 2º. Constituem legislação commercial o Código do Commercio, e subsidiariamente os usos commerciaes (art. 291 Codigo) e as leis civis (arts. 121, 291 e 428 Codigo).

Os usos commerciaes preferem ás leis civis sómente nas questões sociaes (art.291) e casos expressos no Código..”

O art. 121, Código Comercial, pertinente ao direito contratual, possuía a seguinte redação:

“Art. 121 - As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.”

O art. 291, Código Comercial, relativo, mais especificamente, ao direito das sociedades, tinha a seguinte redação:

“Art. 291 - As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial.”

Curiosamente, revogou-se o direito consuetudinário civil que pudesse existir quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor:

“Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

Havia três dispositivos genéricos sobre a interpretação e sobre o preenchimento de lacunas de contratos comerciais segundo os usos no Código Comercial:

“Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo

mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

(...)

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

(...)

Art. 133 - Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.”

Atualmente, há dois dispositivos genéricos sobre esta matéria no Código Civil de 2002 que são o art. 113, *caput* e §1º, II, CC, os quais foram transcritos anteriormente neste mesmo Item. Adicionalmente, há vários dispositivos espalhados sobre os usos ou sobre os costumes no Código Civil de 2002 assim como havia diversos dispositivos dispersos sobre os usos ou sobre os costumes no Código Civil de 1916 e no Código Comercial: arts. 111, 429, *caput*, 445, §2º, 529, *caput*, 628, parágrafo único, 658, parágrafo único, 695, 699 a 701, 724 e 753, §§ 1º e 4º, CC. Na legislação extravagante, os usos também são abordados, por exemplo, nos Artigos 8, (3), 9, (1) e (2), CISG.

Os usos e os costumes podem ser comprovados por qualquer meio lícito de prova (art. 369, CPC). A parte interessada tem o ônus para comprová-los (art. 373, CPC) a não ser que, por exemplo, eles sejam notórios (art. 374, I, CPC).<sup>398</sup>

Havia dispositivos específicos sobre a comprovação de usos e de costumes no Regulamento Imperial nº 737/1850: arts. 216 a 222. A mesma coisa acontecia no Código de Processo Civil de 1939: arts. 259 a 262. Atualmente, incumbe às Juntas Comerciais o assentamento de usos e de costumes (art. 8º, VI, Lei Federal nº 8.934/94).<sup>399</sup>

---

<sup>398</sup> Máximas de experiência (regras de experiência comum e regras de experiência técnica – arts. 375, CPC, e 6º, VIII, CDC) também se relacionam a usos e a costumes. Para comentários sobre “vagueza comum” e experiência, pode-se consultar MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação...*, p. 154.

<sup>399</sup> Para pesquisa empírica que sugere que as Juntas Comerciais não estariam assentando usos ou costumes, pode-se consultar COMIRAN, Giovana Cunha, *Os Usos Comerciais...*, pp. 287-289.

#### 2.2.6.4. Crítica Negativa à Ideia de Usos e de Costumes

Os expertos no direito da atividade negocial<sup>400</sup>, tradicionalmente, tendem a atribuir uma enorme importância aos usos e aos costumes no direito da atividade negocial. Eis o que disse, por exemplo, o Prof. C. Vivante sobre este assunto em tradução livre:

“O Código de comércio não recolheu nos seus artigos todo o direito vigente. Alguns institutos foram deixados à sua vida livre e espontânea, seja porque a prática não lhes houvesse ainda delineado claramente o perfil jurídico, seja porque devido à sua múltipla variedade não se lhes pudesse colher o aspecto uniforme. Outras vezes a lei se limitou a fixar as linhas principais de um instituto, deixando aos usos a incumbência de regular-lhes mais minudentemente os efeitos. A estas inevitáveis lacunas da lei tencionam suprir principalmente os usos, cujo domínio vai naturalmente se estendendo quanto mais o Código se torna incompleto, permanecendo imóvel em meio à contínua evolução dos fatos econômicos.

Nas relações contratuais, que são o maior número, eles começam a firmar-se com as cláusulas inicialmente expressas, depois subentendidas nos contratos; migram de uma praça a outra, de um ramo do comércio a outro; e quando, posteriormente reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina, tenham adquirido um caráter geral, vêm frequentemente acolhidos nas leis. Assim, o maior número de regras de índole supletiva consagradas no Código é de origem consuetudinária.”<sup>401</sup>

O direito comercial, inicialmente, teria apresentado forte relação com corporações de artes e de ofícios na Baixa Idade Média.<sup>402</sup> Ainda que, eventualmente, o direito comercial estivesse intensamente vinculado aos usos e aos costumes na sua origem, isto não quer dizer que seja bom que o direito da atividade negocial esteja substancialmente associado aos usos e aos costumes atualmente. Aliás, em um sentido muito importante, é como se sequer

---

<sup>400</sup> Embora o Livro II da Parte Especial do Código Civil tenha, ao final, recebido a denominação de “Do Direito de Empresa”, a expressão “atividade negocial” ainda consta, por exemplo, do art. 628, *caput*, CC. A ideia do Prof. S. Marcondes de designar o Livro II da Parte Especial do Código Civil de “Da Atividade Negocial” era tecnicamente superior. Para argumentos neste sentido, pode-se consultar LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro *in* RDM, nº 128, Ano XLI, outubro-dezembro, 2002, pp. 11-13. Atualmente, a atividade simples é contraposta à atividade empresarial (art. 966, CC c/c art. 982, CC) e os contratos civis são contrapostos aos contratos empresariais (art. 421-A, *caput*, CC).

<sup>401</sup> VIVANTE, Cesare, Trattato di Diritto Commerciale: i commercianti, Volume I, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 5ª edição, 1922, pp. 48-49.

<sup>402</sup> ASCARELLI, Tullio, Corso di Diritto Commerciale: introduzione e teoria dell'impresa, Dott. A. Giuffrè Editore, 3ª edição, 1962, pp. 3-13.

houvesse usos ou costumes a serem considerados contemporaneamente. Diz-se isto em razão da pesquisa empírica que foi realizada pela Profa. L. Bernstein.<sup>403 e 404</sup>

Houve duas investigações acadêmicas diferentes levadas a cabo pela Profa. L. Bernstein. Na primeira pesquisa, ela revisou todas as decisões arbitrais tomadas no âmbito da “Associação Nacional de Grãos e Ração” (*National Grain and Feed Association*, doravante, simplesmente, “NGFA”) de 1975 a 1995. Havia 39 casos que haviam sido associados a “costumes da profissão” (*customs of the trade*) na esfera da NGFA, mas a Profa. L. Bernstein conseguiu encontrar outros 12 casos relacionados ao problema dos usos e dos costumes na NGFA. Adicionalmente, esta autora entrevistou alguns dos árbitros do passado e do presente da NGFA.<sup>405</sup>

Ela se deu conta de uma circunstância muito peculiar. Todos os árbitros da NGFA eram controladores de sociedades do ramo de negócios da NGFA ou administradores destas sociedades; estes sujeitos, entretanto, tinham uma forte aversão a interpretações que dessem ênfase aos usos do setor dos negócios. Eles davam preferência, sempre, à interpretação literal dos instrumentos negociais. Os usos ou os costumes apenas eram aplicados quando não havia normas negociais ou de ordem pública que pudessem ser aplicadas e, se isto tivesse de ocorrer, os árbitros sinalizavam o seu desgosto com a situação, criticavam negativamente as partes do negócio, diziam que, se o instrumento do negócio tivesse sido mais bem redigido, a disputa arbitral talvez pudesse ter sido evitada. Quando havia um conflito entre a interpretação literal do instrumento do negócio e um uso, dava-se preferência à interpretação literal do instrumento do negócio ainda que os árbitros estivessem certos de que o uso existiria e de que as partes o conheceriam. Malgrado a antipatia dos árbitros da NGFA pelos usos, é possível que eles estivessem, implicitamente, levando em conta os usos ao decidir sobre os casos trazidos à arbitragem.<sup>406</sup>

Por que expertos na matéria estariam deixando de lado os usos e aplicando, tão somente, a interpretação literal de instrumentos de negócios? Por que as partes dos negócios

---

<sup>403</sup> Estas duas investigações acadêmicas serão examinadas em seguida. A sua descrição original pode ser encontrada em BERNSTEIN, Lisa, *Merchant law in a Merchant Court: rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms* in *The University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996, pp. 1771-1787, e em BERNSTEIN, Lisa, *The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: a preliminary study* in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, Issue 3, 1999, pp. 717-746.

<sup>404</sup> A Profa. L. Bernstein reconhece limitações em suas pesquisas e faz ressalvas importantes em BERNSTEIN, Lisa, *Merchant law in a Merchant Court...*, pp. 1779-1782 e, especialmente para fins desta tese de doutorado, p. 1806, nota de rodapé nº 135, e em BERNSTEIN, Lisa, *The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy...*, pp. 740-746.

<sup>405</sup> Esta descrição inicial pode ser encontrada em BERNSTEIN, Lisa, *Merchant law in a Merchant Court...*, p. 1777, nota de rodapé nº 42.

<sup>406</sup> A descrição da conduta destes árbitros pode ser encontrada em *idem*, pp. 1777-1787.

jurídicos estariam escolhendo submeter as suas disputas a esta espécie de arbitragem? As respostas para estas perguntas quicá sejam muito complexas, mas salta aos olhos que árbitros que conheceriam os usos não desejavam considera-los para fins de decisão e que partes sofisticadas quisessem submeter as suas contendas a este tipo de arbitragem. A Profa. L. Bernstein demonstra que, sob certo aspecto, seria como se esses usos sequer existissem, porque as normas da NGFA podem ter surgido, ao menos em parte, em virtude da ausência de critérios seguros para que as sociedades do ramo de negócios conseguissem se coordenar com seus contratos. Para melhor uniformizar os usos vagos que talvez existissem em pequenos locais bem delimitados, a NGFA promoveu a codificação de normas diversas. Desse modo, pôde haver normas comuns suficientemente claras para a orientação do comportamento de uma variedade grande de partes interessadas.<sup>407</sup>

A segunda pesquisa empírica da Profa. L. Bernstein é ainda mais impressionante. Ela reuniu extenso material histórico sobre os debates quanto às codificações da “Associação Nacional da Palha” (*National Hay Association*), da NGFA, da “Associação da Seda dos Estados Unidos” (*Silk Association of America*) e sobre as *Worth Street Rules* dos negócios sobre têxteis. Este material consiste na reprodução de debates sobre os esforços para criar normas comuns para determinados ramos de negócios. Além disso, ela entrevistou administradores de associações de classe<sup>408</sup> sobre o problema dos usos e dos costumes e sobre a reforma do “Código Comercial Uniforme” (*Uniform Commercial Code*).<sup>409</sup> O resultado foi completamente diferente do que se comenta sobre os usos e sobre os costumes no direito da atividade negocial. Ela comprovou que usos fortes não tiveram nada que ver com as codificações que foram levadas a cabo no bojo de diferentes organizações classistas; é como se os usos, de certa maneira, sequer existissem.<sup>410</sup>

A despeito desta conclusão, parece haver um lugar para os usos. A Profa. L. Bernstein afirma – desta vez, sem apresentar qualquer prova específica – que os controladores de sociedades e administradores de sociedades, frequentemente, gostam de conversar sobre os

---

<sup>407</sup> *Idem*, pp. 1805-1807.

<sup>408</sup> As associações de classe, na prática, podem ter um papel importante na educação das pessoas. O código das melhores práticas de governança corporativa do IBGC, por exemplo, já se encontra em sua 5ª edição. Esta última edição foi publicada em 2015. “Governança corporativa” é uma tradução mal feita de uma expressão em inglês. Utilizam-se estas palavras, em todo caso, porque esta expressão já está consagrada na prática. Neste sentido, pode-se consultar TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, *Modificações Introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à Disciplina da Administração das Companhias in LOBO, Jorge (Coord.), Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 426.

<sup>409</sup> A descrição original da investigação acadêmica da Profa. L. Bernstein pode ser encontrada em BERNSTEIN, Lisa, *The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy...*, pp. 717-746.

<sup>410</sup> Esta conclusão é apresentada em *idem*, p. 746.

usos na sua própria linha de negócios. Ela explica que os usos, em um sentido fraco (*weak-form customs*), contribuiriam para o início, para a manutenção e para o término de relações negociais; eles serviriam para a comunicação implícita entre as partes durante os jogos que fazem parte da relação negocial.<sup>411</sup> Ademais, estes usos fracos, difusos, vagos, pouco concretos, podem variar durante a vigência da relação das partes: pode haver usos mais específicos para o início das relações, usos mais específicos para o desenrolar das relações e, por fim, usos mais específicos para o término das relações.<sup>412</sup> As codificações das associações de classe podem ser vistas como tentativas para criar usos mais fortes.<sup>413</sup>

Apesar da evidência empírica apresentada pela Profa. L. Bernstein, os expertos em direito da atividade negocial continuam exaltando o suposto papel proeminente dos usos e dos costumes no direito da atividade negocial. Eis o que disse, *e. g.*, o Prof. H. M. D. Verçosa sobre esse assunto:

“O Direito Comercial (insistimos nesta designação) foi, é e sempre será um ramo do Direito forjado fundamentalmente a partir da utilização de usos e costumes e de contratos atípicos nascidos dentro da atividade dos comerciantes, alguns dos primeiros tornados norma e muitos dos segundos recolhidos e tutelados em leis extravagantes, tornando-se contratos típicos.”<sup>414 e 415</sup>

Os argumentos das Professoras P. A. Forgioni e G. C. Comiran também são relevantes. Elas citam artigos da Profa. L. Bernstein, mas não enfrentam, realmente, o arrazoado dela. A Profa. P. A. Forgioni diz o seguinte:

“LISA BERNSTEIN contesta esse pressuposto, afirmando que a teoria dos jogos comprovou que o costume pode refletir equilíbrio não necessariamente eficiente. Ademais, a evolução do uso pode ser “path-dependent and strongly influenced by information cascades or any number of heuristic biases” [The

---

<sup>411</sup> *Idem*, pp. 760-776.

<sup>412</sup> *Idem*, pp. 760-770

<sup>413</sup> *Idem*, p. 772.

<sup>414</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Direito Comercial: teoria geral*, Volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014, p. 60.

<sup>415</sup> Recomenda-se, adicionalmente, SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Introdução ao Direito Empresarial*, Porto Alegre: Editora Buqui, 2020, p. 40: “Há que se destacar, ainda, o papel dos usos e costumes. Como normas amoldadas pela prática dos mercadores, os usos e costumes cumprem importante papel como fonte do direito empresarial ao complementar e suprir lacunas na lei e para interpretá-la. Além disso, possuem, por si, força normativa. Vale dizer, determinados comportamentos, observad[o]s de modo uniforme, público e constante pelos empresários de uma praça, são considerad[o]s como juridicamente obrigatóri[o]s, e, na falta da lei, regulam determinados negócios.” Foram omitidas as notas de rodapé de números 39 a 41 da citação deste excerto.

questionable empirical basis of article 2's incorporation strategy: a preliminary study, 754-5].”<sup>416</sup>

A Profa. G. C. Comiran, por seu turno, afirma que existiria uma seleção natural de usos fortes que terminaria por gerar uma ordem social espontânea;<sup>417</sup> a Profa. L. Bernstein, no entanto, já havia rebatido estes argumentos anteriormente<sup>418</sup> e isto não chegou, efetivamente, a ser abordado pela Profa. G. C. Comiran em seu livro.

#### **2.2.6.5. Crítica Negativa à Ideia de “Tipicidade Social”**

Muitos autores diferentes defendem a existência de algo chamado de “tipicidade social”.<sup>419</sup> Em vez de se examinar toda a literatura sobre este assunto, aludir-se-á, apenas, às ideias do Prof. C. V. do Couto e Silva sobre este tema. Eis o que ele disse sobre a “tipicidade social”:

“Outro problema que necessita ser examinado é o da tipificação social e suas conseqüências. Como se aludiu algumas vezes, a lei tipifica diferentes atividades dos particulares, que se tornaram usuais, comuns, no curso dos tempos. A estrutura desses negócios, recolhidos pela legislação, passou a denominar-se típica. Mas não se suponha que o fluxo social, com a tipificação da lei, ter-se-ia paralisado. A sociedade moderna vem-se caracterizando por incessante e progressiva padronização. Assim, à margem dos seus tipos legais estabeleceram-se os que se poderiam denominar de sociais, por obra e influência de práticas reiteradas, tipos esses ainda não recebidos e normados convenientemente. Resultado de práticas continuadas, de costumes, esses tipos têm a cogência peculiar ao “poder” da sociedade.”<sup>420</sup>

Deve-se tomar cuidado com esta ideia de “tipicidade social”. Um dos problemas deste modo de pensar é que, sob certo aspecto, pode-se estar dizendo que as Leis não poderiam vir a ser “sociais”, que os usos seriam sempre “sociais” ou que “social” seria algo

---

<sup>416</sup> FORGIONI, Paula A., *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2020, p. 141, nota de rodapé nº 114.

<sup>417</sup> COMIRAN, Giovana Cunha, *Os Usos Comerciais...*, pp. 111-117.

<sup>418</sup> BERNSTEIN, Lisa, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy...*, pp. 754-756.

<sup>419</sup> Pode-se citar, exemplificativamente, PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Contratos Atípicos*, Almedina, 2ª edição, 2009, pp. 61-66. Entre os expertos em direito das sociedades brasileiro, pode-se citar GREZZANA, Giacomo, *A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 80-82.

<sup>420</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo...*, pp. 91-92.

necessariamente bom. Isto pode ser um indevido ataque à democracia. Por que as Leis não poderiam vir a ser “sociais”? Por que os usos seriam sempre “sociais”? “Social” seria algo necessariamente bom? Talvez o Prof. C. V. do Couto e Silva estivesse, ao seu tempo, impugnando a ditadura militar ao distinguir a tipicidade legal da “tipicidade social”. A posição contrária à ditadura militar estava correta, mas, hoje em dia, pode-se falar com mais clareza sobre a noção de “tipicidade social”. A alusão a “poder da sociedade” pode representar uma inadequada investida contra a democracia. Desse modo, recomenda-se que os juristas abandonem a ideia de “tipicidade social” e passem a debater melhor sobre o problema das fontes do direito.<sup>421</sup>

### 2.2.6.6. Interpretação e Integração conforme os Usos

No Item 2.2.5.5, *supra*, foram fundidas as funções de interpretação e de integração da boa-fé objetiva. Faz-se o mesmo aqui para a interpretação conforme os usos, porque interpretar é conceitualmente diferente de integrar e lacunas surgem quando há conflitos ou indeterminações no direito ou em critérios escolhidos pelo direito como razão para decidir ou para agir. Argumentos sobre o preenchimento de lacunas de negócios jurídicos serão apresentados de maneira mais concentrada no Item 2.3.3, *infra*, mas se esclarece desde já que normas sobre interpretação também podem, eventualmente, ser usadas para o

---

<sup>421</sup> Para o Prof. A. Junqueira de Azevedo, por definição, o negócio jurídico seria visto socialmente como algo destinado a produzir efeitos jurídicos. Ele manifestou esta ideia em diferentes momentos. São importantes as observações do Prof. A. Junqueira de Azevedo sobre esta noção em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia...*, pp. 16-22. Para o Prof. A. Junqueira de Azevedo, a atuação do direito seria pouco significativa diante de negócios jurídicos, porque o direito, passivamente, os recepcionaria conforme JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial...*, p. 8, nota de rodapé nº 9. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Entrevista...*, p. 303, com os grifos do original: “O negócio jurídico é a estrada real para o conhecimento do direito. Nele, confluem o *valor de liberdade*, valor individual, para as escolhas que cada um de nós queira fazer em sua vida, e *valor social*, valor coletivo, de movimentação ou de ativação da vida em sociedade. O negócio jurídico é, ao mesmo tempo, uma categoria abstrata, fruto de razão intelectual, e um modelo concreto de comportamento, profundamente enraizado nos costumes dos povos. É maravilhoso. Erram aqueles que, como Natalino Irti e Galgano, tendem hoje a considerar o negócio jurídico como um[a] categoria ultrapassada – “historiográfica”, no qualificativo da inteligência crítica de Natalino Irti – porque, até mesmo do ponto de vista prático, tendo em vista o dinamismo da vida social contemporânea, são inúmeros os atos ainda não tipificados pelo legislador e que necessitam de regras gerais; essas regras somente podem ser as do negócio jurídico; por exemplo os novos atos inventados pelas pessoas no campo da bioética, das relações familiares e, principalmente, dos acordos de ordem econômica (contratos coligados, contratos atípicos, cláusulas especiais, etc.) Na Alemanha, em Portugal e no Brasil, o negócio jurídico está no Código Civil e auxilia a doutrina e a jurisprudência na procura de soluções para os conflitos de interesse. Foi uma pena que o Código Civil italiano, tão útil sob outros aspectos, não tivesse incluído normas gerais próprias de todos os negócios, afinal, os juristas italianos tinham uma vastíssima produção sobre a categoria de que estamos falando (Scialoja, Fadda e Bensa, Betti, Cariota Ferrara, Stolfi, Scognamiglio, G. B. Ferri, etc.)”

preenchimento de lacunas. Normas que estabelecem como algo deveria ser interpretado também podem vir a determinar o que deveria ser feito diante de lacuna.

Imagine-se, por exemplo, que houvesse dúvida quanto ao significado de determinada cláusula de instrumento de negócio jurídico de sociedade. Suponha-se, adicionalmente, que houvesse apenas dois sentidos possíveis para esta cláusula. Neste caso, se um dos significados estiver mais de acordo com os usos que o outro significado, o sentido em maior consonância com os usos, em princípio, deverá prevalecer. O mesmo deverá ocorrer se dois significados possíveis forem conflitantes e um deles estiver em maior harmonia com os usos que o outro significado.

### 2.2.7. Outras Normas sobre a Interpretação de Negócios Jurídicos

Há outras normas sobre a interpretação de negócios jurídicos. Há, também, algumas situações semelhantes a normas sobre interpretação.<sup>422</sup> Por exemplo, o ônus da prova incumbe ao autor da ação quanto a fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, CPC). Isto quer dizer que seria mais ou menos como se houvesse uma norma de interpretação mais favorável ao réu, mas talvez seja melhor dizer, simplesmente, que há normas sobre ônus de prova.

Existem as seguintes normas específicas sobre a interpretação de negócios jurídicos:

- a) Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia devem ser interpretados estritamente (art. 114, CC). Semelhantemente, a fiança não admite interpretação extensiva (art. 819, CC) e a transação deve ser interpretada restritivamente (art. 843, CC).
- b) Quando a cláusula testamentária é suscetível de interpretações diferentes, deve prevalecer a interpretação que assegura melhor a vontade do testador (art. 1.899, CC).
- c) As cláusulas de contratos em que é aplicável o direito do consumidor devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC).

Para além dessas normas, é muito comum que os juristas invoquem argumentos distintos sobre a interpretação de negócios jurídicos. Diz-se, por exemplo, que, em caso de

---

<sup>422</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, (parecer) Interpretação do contrato pelo Exame da Vontade Contratual..., p. 163, sem as notas de rodapé de números 1 a 4 e com um grifo em negrito que não estava no original: “O Código Civil foi avaro em fornecer normas para a interpretação negocial. Contém uma única regra geral, o art. 85, que tem caráter subjetivista: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. As demais regras ou são específicas – arts. 1.090, para contratos benéficos, 1.483, para fiança, e 1.666, para testamento – **ou somente indiretamente interpretativas – em geral, presunções legais.**”

dúvida quanto a negócio jurídico atípico, devem ser aplicadas as normas sobre negócios jurídicos típicos por analogia.<sup>423</sup> Alega-se que contratos coligados devem ser interpretados conjuntamente<sup>424 e 425</sup> e se argumenta que a interpretação de negócios jurídicos deve favorecer a geração de efeitos negociais.<sup>426 e 427</sup> Não obstante estes argumentos específicos serem antigos, eles não foram recepcionados como normas no direito brasileiro atual.

Antigamente, o art. 131, 5, Código Comercial, apresentava a seguinte redação: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.<sup>428</sup> Assim como a interpretação “*contra proferentem*” ou “*contra stipulatorem*”, a norma decorrente deste dispositivo legal destinava-se a contribuir para determinado equilíbrio entre as partes de contratos; tratava-se da norma da interpretação mais favorável ao devedor (*favor debitoris*).<sup>429</sup> Hodiernamente, os seguintes dispositivos legais, *v. g.*, parecem estar imbuídos com o mesmo espírito da norma sobre a interpretação mais favorável ao devedor:

- a) Art. 133, CC: “Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.”
- b) Art. 252, *caput*, CC: “Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.”

---

<sup>423</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 211: “Começa-se por ressaltar a hipótese de existir disposição especial, isto é, disposição supletiva aplicável diretamente (o que se poderá verificar nos negócios típicos) ou por analogia (nos negócios atípicos e mistos).”

<sup>424</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, *Contratos Coligados...*, pp. 145-163.

<sup>425</sup> *Contratos entre sócios não podem ser utilizados para driblar normas imperativas de direito das sociedades conforme CRAVEIRO, Mariana Conti, Contratos entre Sócios: interpretação e direito societário, São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 162-204.*

<sup>426</sup> Substancialmente, isto corresponde à segunda regra do Prof. Robert-Joseph Pothier para a interpretação de convenções de acordo com POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, p. 113.

<sup>427</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, *Interpretação do Negócio Jurídico*, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 329, com os grifos do original: “O *critério da eficácia da cláusula negocial* é, portanto, *relativo*. Há muitas hipóteses em que interpretar corretamente uma cláusula negocial é justamente interpretá-la de modo que resulte redundante, ou que se limite a confirmar algo estipulado em outra parte do instrumento negocial. O intérprete não deve “forçar” a interpretação para, necessariamente, atribuir a cada cláusula um sentido que a torne “inovadora” em relação ao contexto.”

<sup>428</sup> Substancialmente, esta norma era abrangida pela sétima regra do Prof. Robert-Joseph Pothier para a interpretação de convenções de acordo com POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, p. 117.

<sup>429</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos, *O Favor Debitoris como Princípio Geral de Direito in Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 88, novembro, 2006, p. 104: “Continuo, pois, convencido de que o *favor debitoris* é um princípio geral de direito nos ordenamentos jurídicos que consagram normas que inequivocamente revelam a tendência ao favorecimento do devedor para, sem evidentemente renegar o direito de crédito, tornar o menos gravosas possível as restrições à sua liberdade que a relação obrigacional lhe impõe.”

- c) Art. 327, *caput*, CC: “Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.”
- d) Art. 805, *caput*, CPC: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

Um ponto que, em princípio, é complexo é a relação entre a causa dos negócios jurídicos e a interpretação dos negócios jurídicos.<sup>430 e 431</sup> De acordo com o art. 131, 1, Código Comercial, “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao **verdadeiro espírito e natureza do contrato**, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Com a alteração do art. 113, CC, a interpretação dos negócios jurídicos deve “corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da **racionalidade econômica das partes**, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração” (art. 113, §1º, V, CC).<sup>432</sup>

É comum que os juristas apresentem certa obsessão com a ideia de fim para direitos, deveres ou normas; isto, todavia, em abstrato, não deve ser tomado como algo misterioso.

---

<sup>430</sup> Segundo a terceira regra do Prof. Robert-Joseph Pothier para a interpretação de convenções, os contratos devem ser entendidos no sentido que mais convier à sua natureza quando os seus termos forem suscetíveis de mais de um significado conforme POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations...*, p. 113-114.

<sup>431</sup> Uma celeuma que ilustra muito bem as dificuldades no entorno da causa dos negócios jurídicos é o debate sobre a disposição de bens. Para o Prof. C. V. do Couto e Silva, negócios jurídicos obrigacionais não poderiam dispor, por exemplo, de bens imóveis (COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo...*, pp. 43-45 e 51-69); adota-se, aqui, todavia, a posição do Prof. A. Junqueira de Azevedo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial...*, p. 157, nota de rodapé nº 40). A disposição de bem imóvel depende de registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.227, CC), mas não é o funcionário do Cartório quem dispõe do bem; é a parte quem o faz.

<sup>432</sup> O Prof. K. L. Zanchim entende que o conceito de matriz de risco seria uma boa explicação para o art. 113, §1º, V, CC, em ZANCHIM, Kleber Luiz, *Responsabilidade Contratual: case and materials*, São Paulo: Quartier Latin, 2020, pp. 92-94.

No caso do negócio jurídico de sociedade, a sua causa é a busca pelo lucro (art. 981, CC).<sup>433</sup>,  
434 e 435

Todas as normas ou argumentos para os quais se chamou a atenção neste Item – à exceção da norma sobre a interpretação conforme a natureza do negócio jurídico – não são, em abstrato, relevantes para o negócio jurídico de sociedade. As normas sobre interpretação apresentadas no início deste Item não dizem respeito às sociedades, os argumentos que foram expostos posteriormente não foram recepcionados como normas e a norma sobre a interpretação mais favorável ao devedor foi revogada (art. 2.045, CC). Mesmo assim, é possível, teoricamente, que estas coisas venham a afetar o negócio jurídico de sociedade de algum modo. Suponha-se, hipoteticamente, que o seguinte conflito viesse a ocorrer. O acionista controlador de determinada sociedade dispõe do poder de controle por testamento. Havia cláusulas testamentárias suscetíveis de interpretações diferentes. Como o testamento deveria ser interpretado? Em princípio, a resposta parece ser fácil, pois há uma norma específica sobre a interpretação de testamentos (art. 1.899, CC). Imagine-se, todavia, que o testamento tivesse sido elaborado em contrariedade ao interesse da sociedade. Antes da abertura da sucessão, o acionista controlador tinha o dever de agir em consonância com o interesse da sociedade (art. 116, parágrafo único, LSA). Como lidar com este testamento?

---

<sup>433</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., p. 133, sem a nota de rodapé nº 21 e com o grifo do original: “A distinção deve ser pesquisada na natureza da causa, enquanto elemento objetivo do negócio jurídico. Na comunhão, é o uso e gozo em comum da mesma coisa, sem qualquer referência a uma ulterior finalidade coletiva. Em outras palavras, a comunhão é do objeto e não dos objetivos. Na sociedade, ao revés, essa comunhão de escopo é essencial. Assim, o acento tônico, nos negócios de comunhão, é posto nos próprios bens comuns, ao passo que, na sociedade, os bens sociais são simples instrumentos para o exercício de uma *atividade*, com intuito lucrativo. É essa atividade econômica coletiva que constitui, propriamente, o objeto social. De um lado, pois, há comunhão de bens sem exigência de uma atividade coletiva; de outro, uma atividade em comum, em função da qual os bens sociais adquirem uma característica puramente instrumental.”

<sup>434</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio..., p. 129, com os grifos do original: “Entretanto, não são somente os contratos de troca (com ou sem equivalência) que são sinalagmáticos. O que, de fato, os caracteriza é que são causais, isto é, exigem *causa* – que, para distinguir de outros significados da palavra, *causa*, seria melhor se pudéssemos escrever *Kausa*. A *causa*, no sentido próprio (*causa naturalis*) é o deslocamento patrimonial que justifica outro deslocamento patrimonial. Uma obrigação é, então, *causa* da outra; por exemplo, na compra e venda, a obrigação de pagar o preço justifica a obrigação de entrega da coisa. A *causa*, no sentido fundamental (*causa naturalis*), é, pois, consubstancial aos contratos onerosos. Nos contratos de colaboração, ou “associativos”, o sinalagma é *indireto* mas a *causa* continua presente: um sócio se obriga porque o outro também se obriga, ainda que seus interesses não sejam opostos – não há troca –, e haja escopo comum.”

<sup>435</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, O Crédito por Dividendos Declarados e a sua Intangibilidade Intrassocietária na Lei de Sociedades por Ações Brasileira in MARTINS, Alexandre de Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso; CUNHA, Carolina *et al* (Orgs.), Diálogos com Coutinho de Abreu: estudos oferecidos no aniversário do Professor, Almedina, 2020, p. 226, nota de rodapé nº 3: “A sociedade é uma organização finalística privada com fins econômicos (CC, art. 981; e LSA, art. 2º) e, portanto, a causa do contrato reside justamente na consecução e na partilha de resultados, ou seja, na distribuição dos lucros sociais.”

Este problema foi apresentado, aqui, de maneira abstrata apenas para ilustrar que, em tese, as normas citadas neste Item podem vir a ser importantes para negócio jurídico de sociedade.

### **2.3. Preenchimento das Lacunas do Contrato de Sociedade**

#### **2.3.1. Digressão Necessária sobre os Professores J. Raz e F. Schauer**

Em 1977, o Prof. H. L. A. Hart publicou um artigo que, hoje em dia, é muito famoso. Trata-se de “American Jurisprudence Through English Eyes: the nightmare and the noble dream”. Neste artigo, o Prof. H. L. A. Hart separa duas situações diferentes. Há uma hipótese denominada de o “Pesadelo” (*the Nightmare*)<sup>436</sup> em que os juízes, na verdade, são sempre legisladores (*crypto-legislators*), em que o direito é completamente indeterminado, e há uma hipótese denominada de o “Sonho Nobre” (*the Noble Dream*)<sup>437</sup> em que nunca há lacunas no direito, em que o direito se encontra totalmente determinado para qualquer caso. No presente estudo, defender-se-á uma caracterização do direito como algo intermediário entre o Pesadelo e o Sonho Nobre, mas a análise penderá mais para o lado do Sonho Nobre. Antes de se examinar o problema das lacunas no direito, devem ser feitas algumas ressalvas muito específicas; trata-se de apontamentos de ordem técnica.

Até o momento, valeu-se, em larga medida, das ideias do Prof. J. Raz; há, entretanto, alguns defeitos nos argumentos do Prof. J. Raz. Em primeiro lugar, o Prof. J. Raz faz uso de um arrazoado peculiar sobre as autoridades estatais. Para ele, por definição, toda autoridade estatal acreditaria ser legítima do ponto de vista moral<sup>438</sup>, mas, na realidade, não há por que partir deste pressuposto. É possível que um Estado opressor se dirija aos seus servos como escravos e não tente de qualquer modo esconder as suas reais pretensões por poder absoluto. É verdadeiro que, usualmente, os ditadores fazem o mal e justificam, publicamente, este mal como um sacrifício necessário; a ação ou omissão ditatorial, por conseguinte, seria um mal, porém seria um mal menor frente a outro bem que poderia vir a ser alcançado pela ditadura. Evidentemente, faz sentido que os ditadores procedam, comumente, desta maneira para tentar manter o seu poder sobre o povo oprimido, mas não há a obrigatoriedade de que este seja o caso. Neste sentido relevante, conseqüentemente, diverge-se dos Professores J. Raz,

---

<sup>436</sup> Para a descrição do Pesadelo, pode-se consultar HART, H. L. A., *American Jurisprudence Through English Eyes: the nightmare and the noble dream* in *Georgia Law Review*, Vol. 11, nº 5, setembro de 1977, pp. 972-978.

<sup>437</sup> Para a descrição do Sonho Nobre, pode-se consultar *idem*, pp. 978-989.

<sup>438</sup> RAZ, Joseph, *Authority, Law, and Morality...*, pp. 215-218.

S. J. Shapiro<sup>439</sup> e A. Marmor<sup>440</sup>. Para eles, cada qual à sua maneira, por definição, toda autoridade estatal acreditaria ser legítima do ponto de vista moral. Em vista disso, a versão da tese das fontes que é defendida neste trabalho assemelha-se mais, na verdade, à versão da tese das fontes do Prof. B. Leiter que em momento algum alude à suposta verdade conceitual de que toda autoridade estatal, obrigatoriamente, se acreditaria moralmente legítima.<sup>441</sup>

Em segundo lugar, o Prof. J. Raz é demasiadamente cético quanto à interpretação no direito conforme foi explicado nas notas de rodapé de números 44 e 46. Para ele, é muito difícil de se conseguir, efetivamente, justificar uma decisão judicial. Isto quer dizer que o Prof. J. Raz ocupa a peculiar posição de, ao mesmo tempo, defender uma concepção muito estreita de direito e a existência de uma elevada dificuldade para que o direito possa ser alcançado. Por conta deste ceticismo, os argumentos do Prof. J. Raz quanto à interpretação foram abandonados em favor da espécie de cognitivismo que é sustentada pelo Prof. F. Schauer no Item 1.1.4.<sup>442</sup> Acontece que, por mais magnífico que seja o raciocínio do Prof. F. Schauer, ainda há falhas em seu arrazoado. Agora, serão feitos alguns melhoramentos nos argumentos do Prof. F. Schauer com base em teses do Prof. T. A. O. Endicott.<sup>443</sup>

O Prof. F. Schauer pede que os seus leitores levem em consideração uma adaptação de um exemplo do Prof. L. Wittgenstein.<sup>444</sup> e <sup>445</sup> Ele pergunta por qual seria o próximo número na seguinte série: 1000, 1002, 1004, 1006. Não há uma única resposta correta para esta pergunta; pode-se criar qualquer norma para esta série. A norma, por exemplo, poderia vir a ter a seguinte formulação: Se  $n$  for menor que 1006, adicione 2, mas, se  $n$  for igual ou maior que 1006, adicione 13. Isto explicaria a sequência dos números da série, mas geraria e justificaria a resposta 1019 em vez de gerar e de justificar a resposta 1008.

O problema do argumento do Prof. F. Schauer é que ele deixou de considerar a seguinte pergunta: Qual padrão pode ser percebido nesta sequência de números? O Prof. F.

---

<sup>439</sup> SHAPIRO, Scott J., *Legality...*, pp. 186-188.

<sup>440</sup> MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values...*, pp. 34-37.

<sup>441</sup> Para a concepção de autoridade do Prof. B. Leiter, pode-se consultar LEITER, Brian, *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis...*, pp. 363-366.

<sup>442</sup> As posições mais cognitivistas dos Professores A. Marmor e T. A. O. Endicott, relativamente ao Prof. J. Raz, também são congruentes com a opinião do Prof. F. Schauer em, respectivamente, MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory...*, pp. 102-103 e 116-118, e ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 175-178.

<sup>443</sup> ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 22-29.

<sup>444</sup> O exemplo original do Prof. L. Wittgenstein pode ser encontrado em WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, 3ª edição, 1967 (reimpressão de 1986 e traduzido pela Profa. G. E. M. Anscombe), pp. 74-77, e DIAMOND, Cora (editora), *Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics Cambridge, 1939: from the notes of R. G. Bosanquet, Norman Malcolm, Rush Rhees, and Yorick Smythies*, Cornell University Press, 1976, p. 27-32.

<sup>445</sup> A adaptação do exemplo do Prof. L. Wittgenstein pelo Prof. F. Schauer pode ser encontrada em SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, pp. 65-68.

Schauer chega à conclusão de que, no final das contas, pode haver normas sem formulações precisas, mas isto é inconsistente com a omissão desta última pergunta. Ele dá o famoso exemplo do Prof. H. L. A. Hart sobre chapéus dentro de Igrejas.<sup>446 e 447</sup> Imagine-se que um senhor ingressasse com o seu filho mais moço dentro de uma Igreja. Ele remove o seu próprio chapéu e diz o seguinte ao seu filho: “É assim que as pessoas devem comportar-se.” Como o filho deveria compreender esta admoestação de seu pai? É relevante se o chapéu é removido com a mão direita ou com a mão esquerda? Talvez a advertência do pai tenha alguma relação com peças de roupa. Assim, toda vez que alguém entrasse em uma Igreja, esta pessoa poderia retirar, por exemplo, o seu casaco em vez de retirar o seu chapéu. O exemplo do Prof. H. L. A. Hart destina-se a ilustrar a diferença entre a comunicação por precedentes judiciais e a comunicação por dispositivos legais. Pode haver muitas dúvidas tanto quanto a precedentes judiciais quanto a dispositivos legais, mas estas duas espécies são, entre outras coisas, modos de comunicação. Neste sentido, não existe uma diferença grande entre precedentes judiciais e dispositivos legais – pode haver lacunas relacionadas a estas duas formas de comunicação.

Mesmo que uma norma não tenha sido formulada com palavras por escrito – como aconteceu quando o pai retirou o seu próprio chapéu dentro da Igreja –, ainda pode ser possível, eventualmente, identificar a existência de uma norma. Aliás, uma mesma norma talvez pudesse vir a ser formulada de maneiras diferentes. O principal ponto desta análise do Prof. F. Schauer é que as normas – os significados – não estão tão distantes assim de suas formulações;<sup>448</sup> ele está errado, no entanto, em destacar o exemplo do Prof. L. Wittgenstein como algo diferente.

Outro momento em que o Prof. F. Schauer contradiz os seus argumentos quanto ao exemplo do Prof. L. Wittgenstein é quando ele discute se normas poderiam ser alcançadas a partir de precedentes judiciais. A resposta é positiva, pois, como ele acertadamente aponta, argumentos parecem-se com normas. Usualmente, argumentos são mais genéricos que as conclusões que se apoiam neles.<sup>449</sup> Se normas podem ser alcançadas a partir de precedentes judiciais e de comportamentos de pais em Igrejas, a análise do exemplo do Prof. L. Wittgenstein teria de ter ficado diferente. Adicionalmente, o Prof. F. Schauer confunde o

---

<sup>446</sup> O exemplo original do Prof. H. L. A. Hart pode ser encontrado em HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 124-126.

<sup>447</sup> A adaptação do exemplo do Prof. H. L. A. Hart pelo Prof. F. Schauer pode ser encontrada em SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, pp. 68-72.

<sup>448</sup> Neste sentido, pode-se consultar a nota de rodapé nº 55.

<sup>449</sup> Neste sentido, pode-se consultar a nota de rodapé nº 72.

conceito de uma norma não formulada com o conceito de uma norma que não poderia vir a ser formulada;<sup>450</sup> ele deveria ter explicado melhor a distinção entre estas duas situações.

### 2.3.2. Busca pelo Sonho Nobre

Há uma citação do Prof. H. Kelsen que, frequentemente, é trazida à baila. Ele chamou a atenção para o fato de que, peculiarmente, o direito regula a sua própria criação, modificação, extinção e aplicação.<sup>451</sup> Convém ressaltar, junto com esta característica particular do direito, que o direito, comumente, também trata de sua própria interpretação e do preenchimento de suas próprias lacunas. Estas são hipóteses importantes em que o direito aborda a si próprio, mas, apesar destas normas, não se pode, realmente, eliminar todas as lacunas do direito – as ordens jurídicas são demasiadamente complexas e os dispositivos que versam sobre a interpretação e sobre o preenchimento de lacunas no direito também demandam interpretação; não se deve esperar, por conseguinte, que haja como afastar todas as lacunas do direito.<sup>452</sup>

As lacunas no direito chamam a atenção para o problema da legitimidade democrática. Poder-se-ia, certamente, cogitar de um sistema jurídico que trouxesse o seguinte dispositivo na Constituição Federal ou em Lei: “Art. X. Caso seja verificada lacuna no direito, a demanda deverá ser submetida à apreciação do Parlamento que decidirá, então, quanto ao caso.” Historicamente, esta solução não foi adotada. O que se fez, na prática, foi delegar aos juízes o poder para criar o direito diante de lacunas no direito. Este é um movimento perigoso<sup>453</sup>, mas, efetivamente, talvez não houvesse alternativa melhor. A parte positiva é que, com o trânsito em julgado, com a formação da coisa julgada e com o princípio da segurança jurídica, pode-se ter certeza de que, no futuro, os precedentes judiciais serão observados.<sup>454</sup> Ademais, é difícil de imaginar que um juiz, nos complexos sistemas jurídicos

---

<sup>450</sup> SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, p. 67.

<sup>451</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, I Volume..., pp. 28, 101 e 136, e KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, II Volume..., pp. 34, 64, 81, 122, 163 e 220.

<sup>452</sup> Há discussões entre filósofos sobre como lidar com o problema da vagueza. Este debate entre filósofos não será abordado nesta tese de doutorado, porque ele é um assunto demasiadamente técnico. Com efeito, explorar este tema aqui envolveria navegar em águas que, usualmente, não são navegadas por juristas. Apenas a título ilustrativo, pode-se examinar a oposição entre a teoria epistêmica da vagueza e a descrição de paradigmas na vagueza em ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 99-136 e 155-157.

<sup>453</sup> GRAU, Eros Roberto, *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo: Editora Juspodivm e Malheiros Editores, 10ª edição, 2021, p. 168: “Não me cansarei de repetir que os juízes não produzem Justiça. Vinculados pela ética da legalidade, limitam-se a aplicar o direito, atendendo à objetividade das leis – objetividade que os impede [deveria impedir!] de decidir arbitrariamente.”

<sup>454</sup> MITIDIERO, Daniel, *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 93-104.

contemporâneos, poderia vir a se deparar com uma situação de total vácuo no direito. No caso do Brasil, *v. g.*, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Na hipótese de lacuna, portanto, o juiz não estaria autorizado a argumentar da seguinte maneira: “Há lacuna. Logo, eu não preciso de sequer considerar que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República e posso, inclusive, decidir contrariamente a ela.” A dignidade da pessoa humana e outras ideias vagas do direito brasileiro limitam a atuação dos juízes. É verdadeiro que estes limites talvez sejam tênues, mas não se deve dizer que não haveria qualquer baliza jurídica para a decisão judicial.<sup>455</sup>

Haveria, teoricamente, uma vantagem caso não houvesse lacunas no sistema jurídico. É por isso que os teóricos da tradição romano-germânica gostam da ideia de completude da ordem jurídica (*completezza dell'ordinamento giuridico*). Segundo o Prof. N. Bobbio, o dogma da completude do direito (*dogma della completezza del diritto*) teria sido inventado para o patrocínio da supremacia do direito, para evitar que viessem a surgir sistemas jurídicos concorrentes e para assegurar o monopólio da produção jurídica pelo Estado.<sup>456</sup>

No final das contas há duas grandes razões para otimismo. Em primeiro lugar, conforme foi salientado, é difícil de imaginar que nas complexas ordens jurídicas contemporâneas um juiz pudesse vir a se deparar com um caso de total vácuo no direito. Provavelmente, haverá alguma norma – ainda que esta norma seja vaga – que deverá ser invocada. Além disso, a moral é algo que realmente existe; não se trata de algo absurdo e sem qualquer fundamento. Apenas a título de exemplo, enuncia-se, aqui, uma verdade moral: É imoral submeter um ser senciente a um estado de agonia por uma razão frívola ou caprichosa. Suponha-se que alguém dissesse: “Eu torturei este gato, este cachorro ou este ser humano, porque eu quis, porque eu estava me sentindo à vontade.” Isto é algo imoral. É verdadeiro que isto é algo vago e que esta verdade moral talvez não seja muito útil no dia a dia, mas, pelo menos, há algumas balizas que podem ser utilizadas pelos juízes frente às lacunas do direito. Além disso, estudos científicos ou sobre economia, eventualmente, podem ser sólidos fundamentos para o preenchimento de lacunas no direito. Com efeito, há verdades a despeito da posição dos relativistas.

---

<sup>455</sup> O Prof. H. Kelsen foi um defensor da conhecida metáfora das normas como quadros ou como molduras. Esta é uma excelente metáfora, porque ela adequadamente chama a atenção para os limites do direito; o Prof. H. Kelsen, porém, talvez fosse um autor demasiadamente cético quanto à interpretação, porque, para ele, jamais poderiam vir a ocorrer, propriamente, interpretações corretas. Para as relevantes observações do Prof. H. Kelsen sobre a interpretação no direito, pode-se consultar KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, II Volume..., pp. 283-298.

<sup>456</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, 1960, pp. 131-134.

Apesar dessas razões para otimismo, há uma circunstância triste que deve ser reconhecida. Não há como se livrar de todas as lacunas nos complexos sistemas jurídicos contemporâneos; o Estado de Direito em geral e o Sonho Nobre em especial continuam sendo objetivos louváveis, mas, em última análise, eles não poderão ser completamente alcançados.<sup>457 e 458</sup> Aproveita-se o ensejo para acrescentar ainda mais um item à lista do Estado de Direito:

- r) O direito não deve ser lacunoso;

### 2.3.3. Preenchimento das Lacunas dos Negócios Jurídicos

O conceito de lacuna que foi utilizado no Item 1.1.5.2 para as normas estatais será aqui reproduzido para os negócios jurídicos. Desse modo, o papel desempenhado pela norma da legalidade (art. 5º, II, CF) para as normas estatais será aqui realizado pelas normas sobre a formação dos negócios jurídicos (arts. 427 a 435, CC, para o caso dos contratos).<sup>459</sup> A ideia é que não se deve presumir que alguém tenha algum direito ou alguma obrigação. Alguém até pode ter direitos ou obrigações, mas, para os direitos ou obrigações decorrentes de negócio jurídico, deve, efetivamente, haver negócio jurídico.<sup>460</sup>

---

<sup>457</sup> O Prof. B. Bix parece concordar, essencialmente, com as observações aqui apresentadas sobre o quão longe se estaria do Sonho Nobre ao analisar ideias do Prof. R. Dworkin em BIX, Brian, Law, Language, and Legal Determinacy..., pp. 88-132.

<sup>458</sup> Supostamente, o ex-Primeiro Ministro britânico, G. Brown, teria dito, em tradução livre, que, “[n]o estabelecimento do Estado de Direito, os primeiros cinco séculos são sempre os mais difíceis” (“[i]n establishing the rule of law, the first five centuries are always the hardest”) conforme o World Development Report, Governance and the Law, do Banco Mundial, de 2017 (pp. 14 e 95).

<sup>459</sup> As normas para a constituição de sociedades por ações (Capítulo VII da Lei das Sociedades por Ações) são bem mais específicas que as normas para a constituição de sociedades por quotas conforme foi explicado no Item 1.2.2, *supra*.

<sup>460</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, A Liberdade de Contrato. Contratos Típicos e Contratos Atípicos. *in* Revista do Advogado, nº 8, Ano II, janeiro a março, 1982, p. 15: “A partir de então, o princípio do consensualismo ganhou terreno. Não é este o momento apropriado para fazermos a crítica do princípio do consensualismo, com o qual, como vem formulado habitualmente, não concordamos. A verdade é que teve ele uma difusão muito grande. Está formulado em muitas legislações; no Brasil, a idéia de que, para haver contrato, basta o consenso é predominante, especialmente porque nossa legislação civil é anticausalista. Existe, aí, todo um problema ligado à causa da juridicidade e à causa dos contratos, matéria que tem uma bibliografia extensíssima, e a que o brasileiro não está familiarizado. Nosso Código Civil, aliás, não diz, como o francês que deve haver, nos negócios jurídicos, causa, ou que esta deve ser lícita, resultando daí nossa pouca preocupação sobre o que, realmente, seja a causa nos negócios jurídicos. A doutrina estrangeira, especialmente francesa e italiana, mas também alemã, continua a examinar o problema da causa, e eu diria que nós, brasileiros, estamos muito inocentes nessa matéria, estamos completamente ingênuos; não tratamos da causa, quer entre os elementos, quer entre os requisitos do contrato e/ou do negócio jurídico. A causa, porém, existe, inclusive no nosso ordenamento jurídico; basta pensarmos que há atos classificados como abstratos, como a nota promissória, ou a letra de câmbio, e atos classificados como causais, para verificarmos que o nosso ordenamento expulsou a causa, pela porta, mas a deixou entrar pela janela.”

Há lacuna no negócio jurídico quando há indeterminação<sup>461</sup>, quando há antinomia ou quando há indeterminação ou antinomia em parâmetro que tenha sido eleito pelas partes como razão para decisão ou para ação.<sup>462 e 463</sup> Assim, há poucas e confusas normas sobre as lacunas dos negócios jurídicos.<sup>464</sup>

Para o caso das antinomias, dispôs-se do seguinte modo no art. 123, III, CC: “Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados (...) as condições incompreensíveis ou contraditórias.” É curioso que os legisladores tenham pensado nisto como algo digno de invalidade. Em vez de, *e. g.*, atribuir a ineficácia às antinomias nos negócios jurídicos, os legisladores preferiram impor a sanção de nulidade absoluta a estes conflitos nos negócios jurídicos. Teoricamente, este castigo apenas seria aplicável ao caso específico das condições. É certo que a ideia de condição é ampla, mas esta norma poderia ser mais clara.

A situação é ainda pior para as hipóteses de indeterminação. No caso do objeto dos negócios jurídicos, o objeto deve ser determinado ou determinável (art. 104, II, CC) sob pena de nulidade (art. 166, II, CC).<sup>465</sup> Novamente, talvez a sanção da ineficácia fizesse mais

---

<sup>461</sup> Os contratos de conteúdo indeterminado que possa e deva ser determinado são negócios jurídicos *per relationem*. Para a definição de negócio jurídico “substancialmente *per relationem*”, pode-se consultar DI PACE, Pasquale, *Il Negozio Per Relationem*, Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1940, p. 32.

<sup>462</sup> O Prof. G. C. M. Nitschke defende um conceito diferente de lacuna para contratos. O conceito dele tem em conta, fundamentalmente, os elementos categoriais e os elementos acidentais ou particulares dos negócios jurídicos. O problema da ideia do Prof. G. C. M. Nitschke é que ela parece ser demasiadamente restrita. Por exemplo, eventualmente, poderia vir a ocorrer uma lacuna por conta de uma única palavra utilizada pelas partes. Por que reconduzir isto, necessariamente, aos elementos categoriais e aos elementos acidentais ou particulares dos negócios jurídicos? Parece ser mais simples dizer que haveria uma lacuna por conta de determinada palavra utilizada pelas partes. Para um resumo da posição do Prof. G. C. M. Nitschke sobre este assunto, pode-se consultar NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, *Lacunas Contratuais e Interpretação: história, conceito e método*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 315-318.

As ideias do Prof. G. C. M. Nitschke não estão de acordo com a tese das fontes que é defendida nesta tese de doutorado. Para observações simplificadas do Prof. G. C. M. Nitschke sobre “falsas lacunas”, suposto conteúdo total de contratos e sobre a disciplina geral de relações particulares, pode-se consultar NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, *Colmatação de Lacunas Contratuais: insuficiências do Código Civil, Deficiências da Lei da Liberdade Econômica e o Trabalho de Doutrina in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, pp. 376-381.

<sup>463</sup> Para a Profa. V. H. de M. Franco, haveria, basicamente, dois significados distintos para a expressão “integração”. Integração poderia ser algo a ser feito diante de lacunas, mas integração também poderia ser o acréscimo de algo. Por exemplo, disciplina legal, eventualmente, pode vir a ser integrada a contrato independentemente da existência de lacuna; há, *v. g.*, uma ampla disciplina legal que foi especificamente integrada ao contrato de trabalho. Para discussão sobre essas ideias, pode-se consultar FRANCO, Vera Helena de Mello, *Aspectos da Integração dos Contratos no Direito Comercial: contribuições para uma reconstrução teórica*, São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979, pp. 36-40.

<sup>464</sup> Para ilustrar o quão confusas são as normas sobre lacunas de negócios jurídicos, cita-se passagem em que o Prof. A. Junqueira de Azevedo recomenda a aplicação de direito romano para o preenchimento de lacunas de negócios jurídicos em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia...*, pp. 47 e 48.

<sup>465</sup> A atividade das sociedades não pode ser, propriamente, válida ou inválida, mas ele pode ser regular ou irregular, lícita ou ilícita. Quando se trata de atividade ilícita, o negócio jurídico de sociedade deve ser

sentido para este caso, mas os legisladores preferiram a alternativa da nulidade absoluta à alternativa da ineficácia; há congruência, no entanto, entre este regime e o regime das condições incompreensíveis (art. 123, III, CC) quanto à espécie de punição.<sup>466</sup>

Para as indeterminações em geral, em tese, talvez fizesse sentido que os juízes tentassem buscar qual seria, teoricamente, a vontade das partes para o preenchimento da lacuna<sup>467</sup>, mas não há qualquer norma específica sobre isto. O mais próximo desta norma é o significado do art. 112, CC: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

As partes podem negociar sobre a interpretação e sobre o preenchimento de lacunas de negócios jurídicos (arts. 113, §2º, e 421-A, I, primeira parte, CC), mas há normas sobre a interpretação e sobre o preenchimento de lacunas de negócios jurídicos as quais, em última análise, não poderão ser afastadas, porque a própria cláusula sobre a interpretação ou sobre o preenchimento de lacunas de negócios jurídicos pode vir a apresentar lacunas; as normas derivadas dos arts. 112 e 113, CC, pois, não são completamente dispositivas. Com efeito, utiliza-se o futuro do presente no art. 112, CC (“[n]as declarações de vontade se **atenderá** mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”), o operador deôntico “devem” no art. 113, *caput*, CC (“[o]s negócios jurídicos **devem** ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) e o operador deôntico “deve” no art. 113, §1º, CC (“[a] interpretação do negócio jurídico **deve** lhe atribuir o sentido que (...)”). É verdadeiro que a iniciativa privada é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF) e fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF), que a liberdade contratual existe (art. 421, *caput*, CC)<sup>468</sup> e que as partes podem celebrar contratos atípicos (art. 425, CC), mas estes limites devem ser obedecidos. Além disso, normas de ordem pública como a interpretação “*contra proferentem*” em contratos de adesão (art. 423, CC)

---

dissolvido (arts. 1.034, I, CC, e 206, II, “a”, LSA); não se deve, simplesmente, retornar ao *status quo ante* (art. 182, CC). Exemplificativamente, é proibido que os órgãos de registro arquivem ou registrem documentos sobre objetos ilícitos (arts. 116, *caput*, Lei Federal nº 6.015/73, 35, I, Lei Federal nº 8.934/94, art. 97, LSA e 1.153, CC). Para as sociedades por ações, há dispositivo específico sobre a necessidade de licitude da atividade da sociedade: art. 2º, *caput*, LSA. Além disso, teoricamente, o objeto social deve ser descrito de maneira precisa no instrumento do contrato social ou no estatuto social (arts. 35, III, Lei Federal nº 8.934/94, e 2º, §2º, LSA). Para observações relevantes sobre esse tema, pode-se consultar ASCARELLI, Tullio, *Corso di Diritto Commerciale...*, pp. 147-160 e 177.

<sup>466</sup> As condições incompreensíveis e as condições contraditórias são chamadas de condições perplexas. Para observações sobre os requisitos de validade dos elementos particulares de negócios jurídicos, pode-se consultar JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia...*, pp. 46-48.

<sup>467</sup> O Prof. F. P. De C. Marino é contrário a esta alternativa, porque ele entende que ela atrai interpretações contraditórias em MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, *Interpretação do Negócio Jurídico...*, pp. 181-184.

<sup>468</sup> Anteriormente, estava escrito “liberdade de contratar” no art. 421, CC, mas, atualmente, em razão da Lei da Liberdade Econômica, está escrito “liberdade contratual” no art. 421, *caput*, CC.

ou como a interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC) não podem ser afastadas pela vontade das partes. Pode-se dispor sobre a interpretação “*contra proferentem*” para beneficiar a parte que não tenha redigido o dispositivo contratual (art. 113, §1º, IV, CC), porque não existe proibição – diferentemente do que ocorre com os contratos de adesão (art. 424, CC)<sup>469</sup> e com os contratos aos quais se aplica o direito do consumidor (art. 1º, CDC), *v. g.* – à renúncia a esta garantia legal. A parte pode abrir mão desta vantagem se ela não for fraca ou débil.<sup>470</sup>

Seguem, abaixo, alguns exemplos de cláusulas sobre como um negócio jurídico deveria ser interpretado ou sobre como as lacunas de um negócio jurídico deveriam ser preenchidas:

- a) “Os títulos e cabeçalhos das cláusulas deste instrumento contratual existem, simplesmente, para fins de referência e não devem ser utilizados para a interpretação deste instrumento contratual.”;
- b) “Os termos “incluindo”, “inclusive” e “incluído” deverão ser interpretados como se estivessem acompanhados da expressão “entre outros.”;
- c) “Este instrumento contratual e seus anexos e apêndices são o contrato integral entre as partes. Ele prevalece relativamente a todo e qualquer entendimento anterior das partes, alcançado verbalmente ou por escrito.”;
- d) “Não é possível identificar a parte que redigiu os dispositivos do instrumento contratual. Logo, não se deve conceder qualquer benefício, em termos de interpretação, à parte que, supostamente, não teria redigido dispositivo contratual (art. 113, §1º, IV, CC).”;
- e) “O presente instrumento contratual foi redigido em português e em inglês. Havendo qualquer conflito entre estas duas versões, prevalecerá a versão em português.”;
- f) “Este instrumento contratual deverá ser interpretado de acordo com o direito brasileiro.”; *etc.*

Faz-se, aqui, uma distinção entre normas mais gerais que podem ser utilizadas para preencher lacunas e normas mais especiais que podem ser utilizadas para preencher

---

<sup>469</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa, *Direito Contratual Contemporâneo*..., pp. 231-263.

<sup>470</sup> Os Professores R. X. Leonardo e O. L. Rodrigues Jr. questionam se seria, realmente, juridicamente possível para as partes afastar a norma da interpretação conforme a intenção das partes ou a norma da interpretação conforme a boa-fé objetiva em LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz, *A Interpretação dos Negócios Jurídicos na Lei da Liberdade Econômica* in CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coords.), *Lei da Liberdade Econômica Anotada*, Vol. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2020, pp. 224-226.

lacunas.<sup>471</sup> As normas mais gerais para o preenchimento de lacunas são as normas que, em princípio, dizem respeito a todos os negócios jurídicos ou a todos os contratos:

- a) Norma sobre as condições perplexas (art. 123, III, CC);
- b) Normas sobre a determinação do objeto dos negócios jurídicos (arts. 104, II, c/c 166, II, CC);
- c) Normas sobre a interpretação dos negócios jurídicos em geral (arts. 112 e 113, CC);
- d) Norma derivada do art. 421-A, I, primeira parte, CC, que permite a criação, pelas próprias partes, de normas para a interpretação do contrato; e
- e) Norma sobre a interpretação *contra proferentem* em contratos de adesão decorrente do art. 423, CC.

As normas mais especiais para o preenchimento de lacunas, por outro lado, são situações específicas, previstas para negócios jurídicos especiais. Por exemplo, está escrito o seguinte no art. 36, *caput*, LSA: “O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas.” Isto quer dizer, entre outras coisas, que a Lei favorece a circulação das ações. Caso venha a existir dúvida sobre a restrição à circulação das ações, a incerteza deverá ser resolvida em favor da possibilidade de circulação das ações. É por isso que as limitações à circulação das ações devem ser disciplinadas de modo minucioso.

Diante disso tudo, surge a possibilidade, ao menos teórica, do caso em que a lacuna do negócio jurídico não pode realmente ser preenchida. Para explicar o que se deseja transmitir com esta ideia, recorre-se a uma adaptação de um exemplo famoso do Prof. F. Schauer.<sup>472</sup> Suponha-se, por hipótese, que houvesse um contrato a propósito da gestão de determinado restaurante. Neste contrato, as partes decidiram proibir a entrada de cachorros no restaurante. Procusto é uma das partes deste contrato e o Prof. F. Schauer é um exímio taxidermista que deseja ingressar no restaurante com um cachorro empalhado. Cachorros mortos seriam cachorros? Quando cachorros deixariam de ser cachorros? Haveria algum

---

<sup>471</sup> Esta diferenciação inspira-se na separação entre lacunas típicas e lacunas atípicas do Prof. G. C. M. Nitschke em NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, *Lacunas Contratuais...*, pp. 295-299.

<sup>472</sup> SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules...*, p. 208.

momento preciso em que algo se tornaria um cachorro?<sup>473</sup> Esta seria uma ocasião de profundo desgosto para Procasto, porque ele não poderia, simplesmente, aplicar o seu método ligeiro e charmoso para saber o que deveria ser feito de acordo com o contrato. Imagine-se que as partes não tivessem previsto qualquer meio para a resolução de dúvidas quanto ao contrato, que as normas legais não fossem capazes de providenciar o preenchimento da lacuna relacionada ao significado da palavra “cachorro” e que não houvesse qualquer invalidade quanto ao objeto do contrato (não se sabe se cachorros mortos seriam cachorros ou não, mas o objeto do contrato continua sendo determinado). Neste caso, estar-se-ia diante de uma “incerteza na norma de reconhecimento” (*uncertainty in the rule of recognition*)<sup>474</sup> ou, como se diz neste trabalho, diante de uma lacuna.

Agora, quer-se apresentar uma versão diferente de um exemplo do Prof. H. L. A. Hart sobre este assunto.<sup>475</sup> Trata-se de certa interpretação do Prof. H. L. A. Hart sobre o direito constitucional britânico de 1961. No Reino Unido, existe a ideia de que o que a Rainha decreta no Parlamento é o direito (*whatever the Queen enacts in Parliament is law*). Da doutrina da soberania do Parlamento (*doctrine of the sovereignty of Parliament*) decorre a noção de que Parlamntos passados não poderiam impedir que Parlamntos futuros revogassem as suas Leis, porém isto pode, eventualmente, gerar algumas dúvidas. Suponha-se que o Parlamento criasse um quórum qualificado para a promulgação de Leis. Se isto for feito, o Parlamento do futuro teria ficado impossibilitado de revogar a Lei que criou o quórum qualificado no passado? Talvez não, mas o Prof. H. L. A. Hart prossegue e demonstra que reais dúvidas, eventualmente, poderiam vir a surgir. Imagine-se que o Parlamento fixasse determinado salário mínimo para engenheiros eletricitas e dispusesse no sentido de que o salário mínimo de engenheiros eletricitas não poderia mais ser alterado a não ser que o sindicato dos engenheiros eletricitas concordasse com a modificação. Na prática, talvez o salário mínimo dos engenheiros eletricitas tenha ficado fixo para sempre. O Parlamento do futuro teria ficado impossibilitado de revogar a Lei que criou o salário mínimo para os engenheiros eletricitas?

Dúvidas semelhantes a estas poderiam vir a ser levantadas no Brasil. Ninguém é obrigado a fazer algo ou a deixar de fazer algo senão em virtude de Lei no Brasil (art. 5º, II,

---

<sup>473</sup> Outro exemplo famoso sobre esta matéria é o exemplo do Prof. H. L. A. Hart sobre veículos em determinado parque (o que, propriamente, seria um veículo?) em HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals...*, pp. 606-607, e HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 126-129.

<sup>474</sup> O Prof. H. L. A. Hart não utiliza essa expressão exatamente desse modo. Para a passagem tradicional sobre este tema, pode-se consultar HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 147-154.

<sup>475</sup> *Idem*, pp. 147-154.

CF). Além disso, o processo legislativo é disciplinado na Constituição Federal (arts. 59 a 69, CF, principalmente). O que seria, todavia, a publicação de uma Lei? É perfeitamente possível que venham a surgir dúvidas quanto a esta matéria, dúvidas estas que deixam Procusto muito nervoso. É trágico, mas deve ser reconhecido que lacunas podem ser identificadas, inclusive, a partir da Constituição Federal.

Retorna-se, agora, ao exemplo sobre o contrato de gestão de restaurante e sobre o cachorro empalhado. Estipulou-se que as partes não previram qualquer meio para a resolução de dúvidas quanto ao contrato, que as normas legais não foram suficientes para preencher a lacuna do significado da palavra “cachorro”<sup>476</sup> e que não havia qualquer invalidade quanto ao objeto do contrato. Se as normas legais não foram capazes de solucionar a lacuna contratual, talvez haja lacuna nas próprias normas legais. Assim, seria necessário recorrer, teoricamente, ao art. 4º, LINDB<sup>477</sup>. O problema é que a própria norma decorrente do art. 4º, LINDB, é lacunosa: não foi estabelecida qualquer ordem de preferência entre a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>478</sup>, e os princípios gerais de direito, propriamente, não existem ou, se existem, não é claro o que sejam os princípios gerais de direito.<sup>479</sup> Determina-se, aqui, então, para efeitos de argumentação, que o art. 4º, LINDB, não foi suficiente para solucionar o problema relacionado ao cachorro empalhado. Tendo em vista estas dificuldades, talvez haja inconstitucionalidades no direito brasileiro se a norma da legalidade não é compatível com indeterminações. Por outro lado, a própria norma da legalidade – como foi visto agora há pouco – também pode, eventualmente, vir a apresentar lacunas.<sup>480</sup>

Estas dificuldades não devem ser exageradas. É verdadeiro que elas existem e que talvez haja lacunas em negócios jurídicos que não possam, realmente, ser preenchidas, mas o exemplo do cachorro empalhado não captura, adequadamente, determinada sutileza

---

<sup>476</sup> O Prof. C. Grassetti denomina a sua posição sobre a ordem das normas sobre a interpretação de negócios jurídicos de princípio de hierarquia (“*principio di gerarchia*”) em GRASSETTI, Cesare, L’Interpretazione del Negozio Giuridico con Particolare riguardo ai Contratti, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1983, pp. 225-235.

<sup>477</sup> “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>478</sup> Diferentemente, foi estabelecida uma ordem de preferência no CTN: “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade. § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. § 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

<sup>479</sup> Conforme foi explicado anteriormente no Item 2.2.6.2, *supra*.

<sup>480</sup> A norma da demanda (arts. 2º e 141, CPC) frequentemente é discutida em trabalhos acadêmicos sobre o preenchimento de lacunas de contratos. Para comentários sobre esta questão, pode-se consultar RODOTÀ, Stefano, Le Fonti di Integrazione del Contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, pp. 239-246.

relevante. É que as lacunas, na prática, em muitos casos, podem ser intersticiais.<sup>481</sup> É possível que haja apenas uma única dúvida difícil e central em algum caso simples como o caso do cachorro empalhado – um lacunão –, porém também é possível que haja várias dúvidas pequenas e fáceis em algum caso complexo – umas lacuninhas. Procusto encontra um pouco de alento no fato de que o direito não é algo completamente indeterminado.

#### 2.3.4. Lacunas e Direito das Sociedades

O tema das lacunas é muito importante no direito das sociedades por conta de dois motivos diferentes. Em primeiro lugar, tradicionalmente, as normas de certos tipos societários são subsidiárias ou supletivas em relação às normas de outros tipos societários. As normas sobre as associações são subsidiárias em relação às normas sobre as sociedades (art. 44, §2º, CC).<sup>482</sup> Enquanto não inscritos os atos constitutivos, todas as sociedades, exceto as sociedades por ações em organização, regem-se pelas normas das sociedades em comum (art. 986, CC).<sup>483</sup> As sociedades em comum, as sociedades em conta de participação, as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples, as sociedades limitadas e as cooperativas são disciplinadas, supletivamente, pelas normas das sociedades simples puras (arts. 986, 996, *caput*, 1.040, 1.046, 1.053, *caput*, e 1.096, CC).<sup>484</sup> As sociedades simples podem ser constituídas de acordo com as normas das sociedades em nome coletivo, das sociedades em comandita simples ou das sociedades limitadas. Caso isto não seja feito,

---

<sup>481</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law...*, pp. 259, 273 e 274.

<sup>482</sup> Embora a expressão “societário” tenha relação, em princípio, apenas com sociedades (FERRI, Giuseppe, *Società (Diritto Vigente): società (in generale) in Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Unione Tipografica – Editrice Torinese, 3ª edição, 1957, p. 532), seria adequado que se entendesse o direito societário como um âmbito abrangente de sociedades e de associações. Neste sentido, pode se consultar 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 RDM*, nº 149/150, Ano XLVII, janeiro-dezembro, 2008, p. 118.

ASCARELLI, Tullio, *O Contrato Plurilateral...*, p. 320, sem a nota de rodapé nº 153: “Na realidade, entre os varios contratos plurilaterais, a sociedade é aquele que goza de uma disciplina juridica melhor elaborada.” Na p. 320, nota de rodapé nº 153 deste artigo: “Portanto, especialmente nos sistemas juridicos em que falte uma disciplina particular das associações, é preciso recorrer à disciplina da sociedade, e examinar quais entre as normas ditadas para as sociedades constituem, na realidade, normas gerais dos contratos plurilaterais, por isso, aplicáveis também às associações; quais embora peculiares às sociedades, podem (em virtude do fim que têm em vista) ser analogicamente aplicadas, em determinadas hipoteses, às associações; quais, enfim, não são suscetíveis de aplicação analogica. A primeira dessas indagações é a que, implicitamente, se verifica neste estudo, ao delineararmos a teoria do contrato plurilateral.”

<sup>483</sup> Não se vê mal em se dizer que a sociedade em comum seria um tipo ou um subtipo societário. Para discussão sobre o problema da tipicidade ou não da sociedade em comum, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *A Sociedade em Comum...*, pp. 134-137.

<sup>484</sup> As normas das sociedades em nome coletivo são subsidiárias em relação às normas das sociedades em comandita simples (art. 1.046, *caput*, CC). Isto quer dizer, na prática, que as normas das sociedades simples puras seriam subsidiárias em relação às normas das sociedades em comandita simples.

elas subordinam-se às normas que lhes são próprias (art. 983, *caput*, CC).<sup>485</sup> As sociedades por ações são sociedades empresárias e as cooperativas são sociedades simples independentemente de seu objeto (art. 982, parágrafo único, CC).<sup>486</sup> As sociedades anônimas são reguladas pela Lei das Sociedades por Ações, mas, nos casos omissos, devem ser aplicadas a elas normas decorrentes do Código Civil (art. 1.089, CC). As sociedades em comandita por ações pautam-se pelas normas das sociedades anônimas, ressalvadas as exceções legais (arts. 1.090, CC, e 280, LSA). Significativamente, as sociedades limitadas podem ser disciplinadas, supletivamente, pelas normas das sociedades anônimas contanto que esta alternativa seja prevista no contrato social (art. 1.053, parágrafo único, CC).<sup>487 e 488</sup>

---

<sup>485</sup> Isto já era mais ou menos desse modo antes da vigência do Código Civil de 2002 (art. 1.364, Código Civil de 1916) conforme BULGARELLI, Waldírio, *Sociedades Comerciais: sociedades civis, sociedades cooperativas, empresas e estabelecimento comercial*, São Paulo: Editora Atlas, 10ª edição, 2001, p. 245, sem a nota de rodapé nº 3: “Tanto as sociedades civis como as associações estão regidas pelo nosso Código Civil, enquanto as sociedades comerciais e mesmo as sociedades civis que adotem a forma de sociedade comercial se regem pelo Código Comercial (de 1850, ainda em vigor) e pelas leis específicas de alguns tipos de sociedades, como as anônimas e em comandita por ações (Lei nº 6.404/1976) e as por cotas de responsabilidade limitada (Decreto nº 3.708, de 10-1-1919).”

<sup>486</sup> Para comentários sobre esta definição para as sociedades por ações e para as cooperativas, pode-se consultar WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *Teoria Geral da Empresa in CARVALHOSA, Modesto (Coord.)*, Tratado de Direito Empresarial, Vol. I, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, pp. 147-149.

<sup>487</sup> Estava escrito o seguinte no art. 18, Decreto Federal nº 3.708/19: “Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.” O Prof. E. L. Teixeira, em análise sobre este dispositivo legal, escreveu o que se segue, em TEIXEIRA, Egberto Lacerda, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada...*, pp. 27-28, com os grifos do original: “Somos de parecer que a lei das sociedades anônimas deve funcionar como fonte supletiva do contrato social, não apenas para completar aquilo que foi insuficientemente tratado ou esboçado nêle (como é exemplo clássico o contrato que crie o conselho fiscal e a assembléia geral dos quotistas sem prescrever-lhes as funções) *mas, e principalmente, para preencher-lhes*, de um lado *a omissão verdadeira e total*, e de outro, *complementar, na parte aplicável, a lacuna da própria lei das sociedades por quotas.*”

<sup>488</sup> O parágrafo único do art. 1.053, CC, foi incluído por conta de uma sugestão do Prof. M. Reale. Ele deixou claro que a opção pela regência pelas normas das sociedades anônimas, em princípio, afastaria a regência supletiva pelas normas das sociedades simples puras (Justificação da Emenda do Relator Geral, Senador Josaphat Marinho, nº 418-R, correspondente à Emenda do Senado Federal nº 89):

“Foi bem recebida a idéia de dar ampla disciplina normativa à sociedade limitada, a qual, com o advento da atual lei sobre as sociedades anônimas, além de sua destinação anterior, passou a atender a empresas que, por sua natureza ou configuração econômica, não se ajustam ao tipo das sociedades por ações, inclusive pelos custos administrativos que estas implicam.

Em princípio, deve ser preservado o enquadramento da sociedade limitada entre as sociedades de pessoas, mas tem sido observado com razão que deve ser ressalvado aos sócios quotistas o direito de prever, no contrato, a regência supletiva da entidade pelos preceitos da sociedade anônima, dando-se, também, nesse ponto, preferência aos modelos abertos que constituem uma das diretrizes que nortearam a elaboração do Projeto de Código Civil.”

Entretanto, os trabalhos preparatórios à edição de Leis não são fontes de direito. No art. 11, III, “c”, Lei Complementar Federal nº 95/98, está escrito: “As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...) para a obtenção de ordem lógica: (...) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”.

Por fim, às empresas individuais de responsabilidade limitada são aplicadas *mutatis mutandis* as normas das sociedades limitadas (art. 980-A, §6º, CC)<sup>489</sup>.

Em segundo lugar, as relações entre os órgãos sociais são problemáticas. As atribuições legais dos órgãos sociais são indelegáveis, mas os limites entre as competências destes entes, frequentemente, não são claros.<sup>490</sup> Por exemplo, é dito no art. 139, LSA, que “[a]s atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto”. Por outro lado, a assembleia geral “tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento” (art. 121, *caput*, LSA<sup>491</sup>).<sup>492</sup> Na prática, este conflito é resolvido com o poder que a assembleia geral tem para nomear e para destituir administradores (art. 122, II, LSA); a assembleia geral não pode representar a sociedade (arts. 138, §1º, e 144, *caput*, LSA), mas os administradores devem cumprir as deliberações da assembleia geral.<sup>493 e 494</sup>

---

<sup>489</sup> Conforme foi explicado na nota de rodapé de nº 98, de acordo com o art. 41, *caput*, Lei do Ambiente de Negócios, as empresas individuais de responsabilidade limitada devem ser transformadas em sociedades limitadas unipessoais. Estas transformações devem respeitar o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF).

<sup>490</sup> O Prof. M. V. von Adamek defende que as competências legalmente típicas dos órgãos sociais não seriam exaurientes ou fechadas – não se concorda com este entendimento – em ADAMEK, Marcelo Vieira von, Das Competências Privativas Implícitas da Assembleia de Sócios e Acionistas *in* Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários, nº 13, maio de 2021, pp. 31-38.

<sup>491</sup> Tecnicamente, há uma lacuna que decorre deste dispositivo legal por conta de ambiguidade gerada a partir do pronome possessivo “sua”; não é possível saber, teoricamente, se a assembleia geral possuiria interesse próprio ou se a referência seria ao interesse da companhia neste dispositivo legal.

<sup>492</sup> O Prof. W. Bulgarelli descreve a “soberania” da assembleia geral como uma soberania limitada em BULGARELLI, Waldfrío, Deliberar não Deliberar é Deliberar? *in* Questões de Direito Societário, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, pp. 86-87.

<sup>493</sup> ASCARELLI, Tullio, Vícios das Deliberações Assembleais..., p. 399, sem as notas de rodapé de números 3 e 4: “As deliberações não são diretamente manifestadas aos terceiros; a deliberação diz respeito à “formação” da vontade, não à sua declaração; os seus destinatários imediatos são os diretores, ou seja, o órgão executivo da sociedade; são eles que, por sua vez, comunicam a declaração aos terceiros.”

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, Invalidade das Deliberações de Assembleia das S/A..., p. 61, nota de rodapé de nº 71, com os grifos do original: “Com a consequência de que, tal como ocorre no direito administrativo com relação aos funcionários públicos, vigora, no particular, o *princípio da legalidade*: o administrador não terá o dever – antes, deverá recusar-se a tanto – de cumprir deliberações *ilegais* da assembleia (v.g., §1º do art. 201, c/c o parágrafo único do art. 190, da Lei 6.404/1976).”

Mais adiante, nas pp. 74-75 deste livro, o Prof. E. V. A. e N. França escreve, sem as referências das notas de rodapé de números 106 a 108, o seguinte, com os grifos do original: “Conforme já se ressaltou, porém, os administradores somente têm o dever de cumprir as deliberações *válidas* da assembleia-geral, devendo abster-se de executar as que não se revistam de tal qualidade, sob pena de, inclusive, pessoalmente responderem por elas (v.g., §1º do art. 201, c/c o parágrafo único do art. 190, da Lei 6.404/1976). Mas, uma vez válidas – como salienta Trimarchi –, as deliberações são sempre *vinculantes*: os administradores não somente podem, mas *devem* cumpri-las, pois é precisamente a eles que incumbe o poder-dever de *gerir a sociedade* (art. 138 da Lei 6.404/1976).”

<sup>494</sup> Dúvida semelhante a esta poderia vir a ser levantada quanto ao acionista controlador, porque ele “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (art. 116, “b”, LSA). Novamente, acredita-se que este questionamento fique resolvido, na prática, pelo poder que a assembleia geral tem para nomear e para destituir administradores e fiscais (art. 122, II, LSA).

É muito comum que haja alguma cláusula com mais ou menos a seguinte redação em instrumento de contrato social ou em estatuto social: “Quando este Contrato [ou Estatuto] for omissivo, caberá à assembleia geral decidir.”<sup>495</sup> Algo semelhante também pode vir a existir em regimento interno de conselho de administração (“[q]uando este Regimento Interno for omissivo, caberá ao conselho de administração decidir”, por exemplo). Além disso, quando a administração tem dúvida, eventualmente, quanto à determinada matéria, ela pode escolher submeter a dúvida à apreciação dos sócios. “[P]or meio das deliberações a assembleia-geral faz *integrar ou modificar o contrato de sociedade*”<sup>496</sup>.

#### 2.4. Argumentação quanto ao Contrato Social e quanto ao Estatuto Social

Os Professores R. Alexy e P. Chiassoni expressam-se de modo agradável para os juristas, pois eles tratam de interpretação tendo em conta normas e, por conseguinte, determinada noção de hierarquia. Para estes Professores, em linhas gerais, o significado de algo seria obtido através de normas. Haveria diferentes normas que seriam utilizadas para a determinação de significados; poderiam, entretanto, vir a surgir dúvidas que não poderiam ser resolvidas com estas normas. Em virtude disso, haveria normas de segundo grau que tratariam das normas de primeiro grau; as normas de segundo grau estabeleceriam, *e. g.*, ordens de preferência entre as normas de primeiro grau. Desse modo, eventualmente, o significado de algo poderia vir a ser alcançado pelo intérprete.<sup>497</sup> Para o Prof. R. Alexy, o fundamento último desta cadeia de normas seria algo arbitrário.<sup>498</sup> Para o Prof. P. Chiassoni, por sua vez, sequer haveria, propriamente, verdades. Em vez disso, existiriam, no máximo, consensos quanto ao que seria correto ou não.<sup>499</sup>

Estas formas de relativismo não devem surpreender ao leitor desta tese de doutorado. Com efeito, formas extremistas de relativismo são amplamente disseminadas e são aceitas

---

<sup>495</sup> A relação entre “omissão” e lacunas em contratos foi expressa no art. 133, Código Comercial: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.”

<sup>496</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Invalidez das Deliberações de Assembleia das S/A...*, p. 49, com os grifos do original. Na nota de rodapé nº 41 da página 49, o Prof. E. V. A. e N. França chama a atenção para o fato de que a assembleia geral também pode dissolver o contrato de sociedade.

<sup>497</sup> Respectivamente, ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford University Press, 1989 (traduzido do alemão para o inglês pelos Professores R. Adler e N. MacCormick), pp. 177-180, e CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica...*, pp. 78-80.

<sup>498</sup> A posição do Prof. R. Alexy quanto a este problema, na verdade, é mais complexa. Para os detalhes da posição do Prof. R. Alexy, pode-se consultar ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation...*, pp. 177-180.

<sup>499</sup> CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica...*, p. 145.

por um número elevado de pessoas muito inteligentes. Não se tem como comprovar que não se está a viver no Show de Truman, na Matrix, em algum sonho, em alguma simulação *etc*; acredita-se, contudo, que estas formas de relativismo sejam exageradas<sup>500</sup> e se teme que consequências muito ruins venham a ser geradas a partir delas. Idealmente, não se deve cair em niilismo.

Doravante, passará a ser defendida a impopular proposição de que a interpretação literal seria algo bom. Não se deseja patrocinar a ideia de que a interpretação literal seria algo capaz de resolver absolutamente qualquer problema, mas se quer chamar a atenção para as vantagens deste modo de interpretar. O objetivo, aqui, não consiste em apregoar ou em criar alguma teoria do significado.

Em 1764, o insigne C. Beccaria disse o seguinte em tradução livre:

“Em cada delito se deve fazer do juiz um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral, a premissa menor, a ação conforme ou não à lei, a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz está constricto a, ou quer, fazer até mesmo dois silogismos, abre-se a porta para a incerteza.”<sup>501</sup>

Esta profunda ideia muito honra a tradição do liberalismo clássico, porém ela é frequentemente atacada quando se trata de discutir o direito da atividade negocial.<sup>502</sup> Apesar de algumas verdades poderem, às vezes, ser deduzidas (cães-guia são cachorros, ursos não são cachorros *etc*), comumente, insiste-se que a interpretação literal seria algo ruim. No direito da atividade negocial, talvez a grande exceção a este hábito sejam os títulos de crédito (art. 887, CC).<sup>503</sup>

---

<sup>500</sup> Não há consenso entre os filósofos sobre como lidar com o problema da verdade. Para algumas considerações sobre a distinção entre indeterminação teórica e determinação prática, pode-se consultar ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law...*, pp. 9-29.

<sup>501</sup> BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e delle Pene*, Letteratura Italiana Einaudi, 1973 (a primeira edição foi publicada em 1764; a edição de referência estava aos cuidados do Prof. R. Fabietti), p. 12.

<sup>502</sup> Cita-se, exemplificativamente, LOBO, Jorge, *Interpretação do Direito Comercial in RDM*, nº 115, Ano XXXVII, julho-setembro, 1999, p. 63: “(...) daí deve o jurista, através do elemento literal ou gramatical, proceder à análise filológica do texto, da sua linguagem, do significado dos termos. Pode, entretanto o elemento literal não exprimir o pensamento do legislador em termos adequados, quer porque usou palavras ambíguas, quer porque o espírito e a letra podem não coincidir, impondo-se então o sacrifício da letra.”

<sup>503</sup> ASCARELLI, Tullio, *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1947, p. 34: “(...) talvez, juntamente com o seguro, títulos de crédito e sociedades anônimas são os institutos jurídicos que mais profundamente caracterizam o direito privado moderno, em confronto com os anteriores e, portanto, a constituição econômica do mundo moderno, encarada sob o aspecto jurídico.”

Para observações sobre as exigências de certeza quanto aos títulos de crédito, pode-se consultar ASCARELLI, Tullio, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia Editores, 1943 (tradução do Prof. N. Nazo), pp. 4-5.

Para relação entre o formalismo cambiário e a norma da legalidade, pode-se consultar DE LUCCA, Newton, *A Cambial-Extrato*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 30.

Para fins desta tese de doutorado, significado literal é algo que depende de contexto. Comparem-se duas situações hipotéticas diversas. Na primeira situação, há uma sala de estar e, no centro desta sala de estar, há um tapete. Em cima deste tapete, há um gato e alguém diz: “Há um gato no tapete.” Diferentemente, na segunda situação, dois astronautas estão flutuando no espaço. Diante deles, há um tapete o qual se encontra na vertical em relação a eles. No topo deste tapete vertical, há um gato. Um dos astronautas vira-se para o outro astronauta e diz: “Há um gato no tapete.”<sup>504</sup>

O objetivo deste exemplo é demonstrar que, sob certo aspecto, há um contexto o qual é pressuposto quando se diz que há um gato no tapete. Quando se diz que há um gato no tapete, não se presume que haja dois astronautas flutuando no espaço. Em vez disso, pode-se supor, talvez, que o gato e que o tapete estejam em alguma sala de estar. Significados, amiúde, não se encontram dissociados de contextos. Mesmo assim, é possível descrever a realidade de modo constante, sem grandes variações. O problema é que presunções implícitas talvez sejam muito importantes em alguns casos. Visto que o contexto pode ser algo muito relevante em algumas hipóteses, pode ser difícil de saber se alguma coisa seria verdadeira ou não. Comunicação, *e. g.*, seria algo impossível sem absolutamente qualquer contexto. Às vezes, o contexto pode ser algo tão forte que ele sequer é, por assim dizer, enxergado assim como o contexto que é pressuposto quando se diz que há um gato no tapete.

A despeito destas circunstâncias, também deve ser reconhecido que o contexto pode ser algo consideravelmente irrelevante para a comunicação entre dois falantes distintos.<sup>505</sup> A língua portuguesa, *v. g.*, não existe por si só, no vácuo; ela consegue transmitir, todavia, uma quantidade surpreendente de informações com uma admirável qualidade. Além disso, o direito é algo formal, solene. No caso do direito societário, as sociedades simples e as sociedades empresárias devem ser inscritas no registro apropriado (arts. 998, 1.150, CC, 32, II, “a” c/c 36, Lei Federal nº 8.934/94, e 115, Lei Federal nº 6.015/73); há, portanto,

---

<sup>504</sup> Esta é uma adaptação de um exemplo utilizado em SEARLE, John R., *Literal Meaning in Erkenntnis*, 13, 1978, pp. 208-215. As observações sobre significados literais aqui têm em conta este artigo, mas ele não será citado repetidas vezes no texto.

<sup>505</sup> O Prof. J. R. Searle também rejeita conclusões relativistas em *idem*, pp. 220-223.

documentos por escrito que são utilizados para a comunicação no direito societário.<sup>506 e 507</sup> Esta é uma feliz particularidade, pois seria muito difícil de se lembrar de todas as informações relacionadas a determinados negócios se a comunicação fosse feita apenas pela via oral. A linguagem utilizada pelas partes, *ipsissima verba*, deveria, conseqüentemente, ser algo fundamental para a interpretação de negócios jurídicos em geral e para a interpretação do contrato social e do estatuto social em particular.

Nesta tese de doutorado, a interpretação literal é tomada como o modo de interpretar que dá ênfase ao significado abstrato da linguagem. Isto não quer dizer que a interpretação literal não possa conduzir a resultados problemáticos ou a conseqüências que causem perplexidade, mas a linguagem pode servir como base objetiva para a interpretação. Não são apenas a boa-fé objetiva e os usos que podem ser objetivos; as normas da língua portuguesa, por exemplo, também podem ser uma base muito segura para a interpretação.<sup>508</sup>

Suponha-se, por exemplo, que haja o uso de se atribuir uma enorme importância ao que consta de documentos por escrito. Imagine-se, inclusive, que muitos sujeitos tenham o hábito de chamar o instrumento contratual de contrato – eles não conhecem, realmente, as normas sobre a formação de contratos e sequer pensam que possa haver, juridicamente, contrato verbal. Além disso, suponha-se que, às vezes, enormes quantias sejam pagas a diferentes profissionais para que o instrumento contratual fique bem redigido. Seria mais ou menos como se houvesse um uso segundo o qual os usos seriam irrelevantes. Se isto é verdadeiro, é questionável a prática dos juristas de conferir enorme importância aos usos em geral. Do mesmo modo, conceder grande relevância à norma da boa-fé objetiva apresenta-se como uma tática fortemente discutível. A norma da boa-fé objetiva retira poder das partes e o imputa a juízes. Não seria mais prudente deixar que as próprias partes decidissem quanto aos seus interesses em vez de atribuir formidáveis poderes a juízes – os quais, embora

---

<sup>506</sup> Na opinião do Prof. T. Ascarelli, todo estatuto de sociedade anônima poderia ser interpretado literalmente pelo menos em alguns casos em ASCARELLI, Tullio, *Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas...*, pp. 373-374: “Esta distinção reflete-se na possibilidade de distinguir um ato constitutivo, em sentido restrito, do estatuto, que ele também, tem seu fundamento na vontade contratual das partes, mas se destina a funcionar quase como lei interna da sociedade. A mudança das pessoas dos socios e a tutela de quantos entram a fazer parte da sociedade, adquirindo as ações, podem levar a seguir, na interpretação do estatuto, um critério objetivo.”

<sup>507</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Invalidez das Deliberações Sociais* in *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 57, janeiro de 2000, p. 51: “Muito bem, eu peço aos senhores, agora, que tenham em mente, durante essa palestra, uma sociedade por quotas com as características de uma sociedade anônima, ou seja, com assembléia de quotistas, que deve ser previamente convocada, com a redação de atas, etc. Na verdade, a grande maioria das sociedades por quotas não é constituída dessa maneira, são contratos muito simples, feitos geralmente por contadores. Mas, tenham em mente que se trata de uma sociedade por quotas com as características de uma S.A. - o que não é de todo incomum, também - pois assim ficará mais fácil para os senhores entenderem as questões que eu vou examinar.”

<sup>508</sup> Foram feitas observações sobre semântica no Item 1.1.4, *supra*.

imparciais e sábios, talvez tenham dificuldade para saber o que, efetivamente, seria melhor para as partes (por honesto desconhecimento de determinado setor de mercado, *v. g.*)?<sup>509</sup>

A interpretação literal pode ser associada ao Estado de Direito e, por consequência, ao liberalismo clássico. Trata-se de uma maneira de conceber os sujeitos como entes responsáveis;<sup>510</sup> do contrário, não se partiria do pressuposto de que eles conseguiriam comunicar-se com clareza por si próprios. Para tornar as coisas ainda mais eficientes, a interpretação literal pode ser associada à “bivalência” (*bivalence*) jurídica: dá-se valor a alternativas binárias para que insegurança seja evitada (lícito *versus* ilícito, típico *versus* atípico, constitucional *versus* inconstitucional *etc.*).<sup>511</sup>

Aliás, quiçá não valesse a pena realmente implementar um regime que desse ênfase forte à interpretação literal, porque os significados literais dos contratos são repudiados no Brasil, no mínimo, desde 1850 (art. 131, 1, Código Comercial). Se fosse dado a Procusto ou a alguém que pensasse mais ou menos como ele elaborar os dispositivos legais concernentes à interpretação dos negócios jurídicos, talvez o resultado final ficasse assim:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá ao significado literal da linguagem.

Art. 113. Caso haja dúvida quanto ao significado da declaração de vontade, a lacuna deverá ser preenchida de acordo com o que, presumivelmente, seria a vontade da parte.

Parágrafo único. Se não for possível determinar o que, presumivelmente, seria a vontade da parte, a lacuna deverá ser preenchida em consonância com o que, teoricamente, estaria mais de acordo com os interesses da parte.

---

<sup>509</sup> Em matéria de prova, conforme foi ressaltado no Item 1.2.1, *supra*, presume-se que as declarações constantes de documentos assinados seriam verdadeiras em relação aos signatários (art. 219, *caput*, CC). Segundo o que já havia sido divulgado na nota de rodapé nº 81, o Prof. C. Bevilaqua, em BEVILAQUA, Clovis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil..., p. 411, disse: “Presumem-se verdadeiras, em relação aos signatários, as declarações, que tenham feito sobre o objecto do acto celebrado, porque, precisamente, nessas declarações está a substancia do acto. Sem essa presumpção, os negocios juridicos, feitos em boa fé, não teriam firmeza, e a vida social não poderia desenvolver. É uma necessidade da coexistencia humana a segurança das relações juridicas. E uma de suas formas é a consagrada no art. 131, principio.”

<sup>510</sup> No direito das sociedades, os administradores têm o dever de empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo sujeito ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios (arts. 1.011, *caput*, CC, e 153, LSA) conforme ADAMEK, Marcelo Vieira von, Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A..., pp. 121-142.

<sup>511</sup> Para o conceito da “tese da bivalência” (*bivalence thesis*), pode-se consultar DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, pp. 119-120.

## 2.5. Interpretação de Estatuto Social em Tese: consultas junto à CVM

A CVM<sup>512</sup> presta consultas e orienta agentes do mercado de valores mobiliários e investidores (art. 13, *caput*, Lei da CVM). No dia 4 de fevereiro de 2021, um dos conselheiros independentes da Vale S.A., outrora Companhia Vale do Rio Doce, buscou o auxílio da CVM. O conselho de administração da Vale pretendia submeter à apreciação da assembleia geral da companhia uma proposta de reforma estatutária. Entre outras coisas, esta proposta de reforma estatutária abrangia um novo mecanismo de voto para a eleição dos conselheiros do conselho de administração. Se a proposta fosse aceita, passaria a ser possível descartar o nome de candidatos que possuíssem mais votos contrários que votos favoráveis para a eleição para o conselho de administração. A proposta do conselho de administração era mais complexa que este breve resumo, mas os detalhes não são relevantes para o argumento que será defendido.

Em síntese, o conselheiro independente chamou a atenção para o aspecto inovador da proposta: nenhuma companhia aberta no Brasil adota este sistema de votação para a eleição de conselheiros para o conselho de administração. Além disso, haveria um contexto importante por detrás da proposta do conselho de administração. A Vale, efetivamente, foi uma companhia que foi privatizada aos poucos. Ela foi privatizada, oficialmente, em 1997, mas a União manteve influência importante sobre a companhia durante muitos anos. Em novembro de 2020, extinguiu-se determinado acordo de acionistas para o exercício do poder de controle sobre a Vale. Deixou de existir um grupo de controladores facilmente identificável, mas ainda havia, certamente, acionistas com fatias gordas do capital social votante. De acordo com o conselheiro independente, estes antigos acionistas pretendiam, na prática, continuar exercendo forte influência sobre a companhia. Esta seria a verdadeira razão de ser da proposta do conselho de administração. Apenas teriam reais chances de serem eleitos, na prática, os nomes indicados pelo conselho de administração.

Tendo em conta todas estas circunstâncias, o conselheiro independente perguntou à CVM se o novo sistema de votação para o conselho de administração seria lícito ou ilícito. A CVM requereu informações específicas à companhia sobre como os votos seriam contabilizados, e a Vale respondeu às perguntas do Ofício da CVM. No dia 1 de março de

---

<sup>512</sup> Durante o segundo semestre de 2019, o Prof. J. A. T. Guerreiro, em pelo menos uma de suas aulas do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afirmou que a CVM seria semelhante à Corte de Delaware no Brasil no sentido de que estes dois entes especializados, na prática, frequentemente, serviriam de paradigma para discussões sofisticadas sobre o direito das sociedades.

2021, a SEP declarou que a reforma estatutária almejada pelo conselho de administração seria ilegal por conta da maneira como se pretendia estruturar a votação para o conselho de administração.<sup>513</sup> Segundo a SEP, as votações nas assembleias gerais seriam binárias, porém as eleições para cargos sociais seriam resolvidas de acordo com os nomes dos candidatos. Desse modo, os acionistas sempre votariam entre diferentes candidatos para cada um dos assentos vagos e não “sim” ou “não” como se houvesse diferentes propostas sobre as quais se poderia deliberar. Não se concorda com esta interpretação da SEP sobre a Lei das Sociedades por Ações, mas é verdadeiro que a SEP já havia decidido desse modo no passado.<sup>514</sup> As razões pelas quais não se concorda com esta interpretação da SEP sobre a Lei das Sociedades por Ações não são relevantes para a presente tese de doutorado. O que importa, aqui, é sublinhar o modo abstrato como se deu toda a discussão.

A CVM pode, mediante decisão fundamentada de seu Colegiado, a pedido de qualquer acionista e ouvida a companhia, adiar a assembleia geral por, no máximo, 30 dias caso as informações necessárias para as deliberações não sejam suficientes (art. 124, §5º, I, LSA). Além disso, a CVM pode interromper por até 15 dias o curso do prazo de antecedência da convocação de assembleia geral extraordinária para analisar as propostas a serem submetidas à assembleia e, se for o caso, informar à companhia até o término da interrupção sobre as razões pelas quais entenderia que as deliberações propostas seriam ilegais (art. 124, §5º, II, LSA).

Neste caso da Vale, ato ilegal algum chegou a ser cometido. Aliás, o estatuto sequer chegou a ser reformado e, mesmo assim, ele foi discutido como se tivesse sido reformado, em abstrato. Trata-se de exemplo de como o direito pode ser discutido formalmente a partir de documentos por escrito. A CVM requereu informações específicas à companhia sobre como os votos seriam contabilizados. As respostas que foram dadas não devem ser compreendidas como interpretação autêntica, porque compete privativamente à assembleia geral deliberar sobre a reforma do estatuto social (art. 122, I, LSA). A linguagem da proposta de reforma de estatuto e das respostas da companhia bastaram para que a SEP conseguisse compreender o projeto do conselho de administração. Depois que a SEP declarou que o sistema de votação com votos contrários seria ilegal, o conselho de administração excluiu

---

<sup>513</sup> Relatório de Análise nº 12/2021-CVM/SEP/GEA-4, Processo Administrativo CVM nº 19957.001043/2021-74.

<sup>514</sup> RA/CVM/SEP/GEA-4/Nº045/15.

este ponto da ordem do dia da assembleia geral, mas manteve os outros tópicos da pauta e afirmou que a Vale poderia vir a discutir sobre esta matéria no futuro no âmbito da CVM.<sup>515</sup>

## **2.6. Resumo do Capítulo**

Este Capítulo 2 foi maior que o Capítulo 1. No Capítulo 1, foram apresentados alguns conceitos elementares para que se pudesse discorrer, claramente, sobre o negócio jurídico de sociedade. Neste Capítulo 2, foram examinadas as normas sobre a interpretação do contrato social e do estatuto social e sobre o preenchimento de lacunas do contrato de sociedade; estas normas, todavia, não exaurem o tema da interpretação do contrato social e do estatuto social e o tema das lacunas do contrato de sociedade. Há, ainda, tópicos importantes sobre o negócio de sociedade que necessitam de ser examinados, porque eles, frequentemente, fazem parte da argumentação sobre o negócio de sociedade. Desse modo, no Capítulo seguinte, serão analisadas questões como a função social da atividade negocial e como a preservação da atividade negocial.

---

<sup>515</sup> Aviso aos Acionistas da Vale S.A. de 2 de março de 2021.

### 3. ELEMENTOS PARA A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E DO ESTATUTO SOCIAL

#### 3.1. Introdução aos Elementos para a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social

O Prof. P. Chiassoni usa as expressões “elementos úteis para a interpretação” (*elementi utili per l’interpretazione*) e “elementos que contribuem para a justificação” (*elementi che contribuiscono alla giustificazione*) em apenas dois momentos distintos de seu livro.<sup>516</sup> Termos semelhantes a estes são usados na literatura sobre a interpretação do contrato social e do estatuto social. O Prof. H. D. Fonseca, *e. g.*, escreve sobre elementos, dados, materiais ou sobre subsídios para a interpretação no direito das sociedades. No caso das ideias do Prof. H. D. Fonseca, estas expressões correspondem, genericamente, a normas sobre interpretação ou a argumentos sobre interpretação;<sup>517</sup> na presente tese de doutorado, todavia, deseja-se reservar a palavra “elemento” para algo mais amplo, porque o negócio jurídico de sociedade é dotado de algumas particularidades próprias que justificam o exame de temas distintos de direito das sociedades. Por exemplo, no Brasil, a atividade negocial caracteriza-se por possuir uma função social. Torna-se razoável, por conseguinte, perguntar pelo tipo de efeito que isto poderia vir a ter na compreensão do negócio jurídico de sociedade. Os elementos para a interpretação do contrato social e do estatuto social são, aqui,

---

<sup>516</sup> CHIASSONI, Pierluigi, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica...*, pp. 87 e 119.

<sup>517</sup> FONSECA, Hugo Duarte, *Em Especial sobre os Elementos (Subsídios ou Materiais) Utilizáveis na Interpretação de Contratos de Sociedade* in MARTINS, Alexandre de Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso; CUNHA, Carolina *et al* (Orgs.), *Diálogos com Coutinho de Abreu: estudos oferecidos no aniversário do professor, Almedina, 2020*, p. 331, com os grifos do original e sem as notas de rodapé de números 18 a 21: “(...) é necessário equacionar ou ponderar se, designadamente, os *modos de execução* seguidos na implementação deste negócio (no caso, o estatuto de uma sociedade mercantil, quando o mesmo tenha natureza negocial) constituem dados (*elementos, materiais, ou subsídios*) relevantes para a interpretação estatutária, sendo que a mesma questão é habitualmente colocada relativamente às disposições constantes de *pactos parassociais* (celebrados por sócios da sociedade cujo estatuto se interpreta) e às *negociações havidas entre os sócios antes de ter ocorrido o registo do acto constitutivo da sociedade.*”

Para outras observações deste autor sobre este assunto, pode-se consultar FONSECA, Hugo Duarte, *Sobre a Interpretação do Contrato de Sociedade nas Sociedades por Quotas*, Coimbra Editora, 2008, pp. 254-263.

Os Professores C. Grassetti, C. Angelici e C. Ibba também aludem a dados, elementos, materiais, critérios e índices em, respectivamente, GRASSETTI, Cesare, *Sull’Interpretazione degli Statuti delle Società Commerciali...*, pp. 1620, 1621, 1622 e 1623, ANGELICI, Carlo, *Appunti sull’Interpretazione degli Statuti di Società per Azioni* in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Volume 91, Fascículo 11-12, novembro-dezembro, 1993, pp. 807, 808, 812, 814, 817 e 819, e IBBA, Carlo, *L’Interpretazione degli Statuti Societari fra Criteri Oggettivi e Criteri Soggettivi* in *Rivista di Diritto Civile*, Volume 41, Ano XLI, Primeira Parte, 1995, pp. 527, 531, 532, 533 e 537.

separados em elementos contratualistas e em elementos institucionalistas para a interpretação do contrato social e do estatuto social.

Entre os institucionalistas que escreveram no Brasil, encontram-se, entre outros, em ordem particular alguma, os Professores N. De Lucca<sup>518</sup>, E. V. A. e N. França<sup>519</sup>, P. F. C. S. de Toledo<sup>520</sup>, J. A. T. Guerreiro<sup>521</sup>, E. S. Munhoz<sup>522</sup> e S. C. N. Cerezetti<sup>523</sup>; apenas será analisado, no entanto, o institucionalismo do Prof. C. Salomão Filho, porque se acredita que o Prof. C. Salomão Filho seja o principal institucionalista do Brasil.

Entre os contratualistas que escreveram no Brasil, por outro lado, encontram-se, entre outros, em ordem particular alguma, os Professores M. V. von Adamek<sup>524</sup>, E. F. Oioli<sup>525</sup>, E.

---

<sup>518</sup> DE LUCCA, Newton, *Da Ética Geral à Ética Empresarial...*, pp. 325-333.

<sup>519</sup> No dia 20 de agosto de 2019, o Prof. E. V. A. e N. França declarou ser um institucionalista em sala de aula. Todos os presentes ficaram consternados com esta triste notícia; o Prof. E. V. A. e N. França, entretanto, associa a insegurança jurídica à função social em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial *in* Revista Jurídica Consulex, Nº 400, Ano XVII, 15 de setembro, 2013, p. 35.

<sup>520</sup> O Prof. P. F. C. S. de Toledo sugere que os empregados das companhias passem a participar dos conselhos de administração na proporção de ¼ em TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores*, São Paulo: Editora Atlas, 1997, pp. 102-106.

<sup>521</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Sociologia do Poder na Sociedade Anônima in RDM*, nº 77, Ano XXIX, janeiro-março, 1990, pp. 52-53.

<sup>522</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, *Empresa Contemporânea e Direito Societário: poder de controle e grupos de sociedades*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 41-50.

<sup>523</sup> A Profa. S. C. N. Cerezetti reconhece as dificuldades do institucionalismo, mas insiste em que ele seria melhor que o contratualismo mesmo assim em CEREZETTI, Sheila Christina Neder, *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 202, sem a nota de rodapé nº 139: “Não obstante este dado, o cenário não é completamente pessimista. Na doutrina norte-americana é possível encontrar relatos no sentido de que a consideração de outros interesses e o respeito judicial a esta conduta dos administradores já são realidade.”

<sup>524</sup> O Prof. M. V. von Adamek, na realidade, não chega a declarar ser um contratualista, mas ele ridiculariza o institucionalismo em seu livro (ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Abuso de Minoria...*, p. 146); há, contudo, uma passagem na página 125 de seu livro em que ele parece aludir à empresa como um bem em si mesmo: “Os sócios minoritários que, individualmente ou em grupo, dispõem de uma minoria capaz de bloquear deliberações que sejam necessárias para assegurar a capacidade existencial ou o futuro da empresa, não podem, por efeito do dever societário de lealdade, arbitrariamente obstar a sua implementação para satisfazer um interesse próprio, conforme acima especificado.”

<sup>525</sup> OIOLI, Erik Frederico, *Regime Jurídico do Capital Disperso...*, pp. 112-123.

Na verdade, o Prof. E. F. Oioli não é, propriamente, um contratualista, porque ele entende que, idealmente, o interesse social deveria abranger o interesse de possíveis sócios futuros em OIOLI, Erik Frederico, *A Compatibilização entre Persecução de Práticas ESG e o Interesse Social in Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, nº 13, maio de 2021, p. 106: “Nas sociedades de capital, isto é, naquelas em que a pessoa do sócio é indiferente, importando apenas sua contribuição financeira para a formação do capital social, o interesse da companhia deve contemplar não apenas o interesse dos sócios atuais como dos sócios futuros, revelando um caráter institucional da sociedade.”

F. de Pontes<sup>526</sup>, L. F. Spinelli<sup>527</sup>, J. P. Scalzilli<sup>528</sup>, R. Tellechea<sup>529</sup> e G. Grezzana<sup>530</sup>; historicamente, contudo, os argumentos contratualistas mais significativos que foram defendidos no Brasil podem ser encontrados nas obras dos Professores T. Ascarelli, M. Carvalhosa e F. K. Comparato.

Foram omitidos autores relevantes nestas listas de autores institucionalistas e de autores contratualistas – são muitos os intelectuais que escrevem sobre essa matéria; não se pretendeu, todavia, transmitir qualquer mensagem subliminar com isto.

### 3.1.1. Teses do Prof. C. Salomão Filho

Para o Prof. C. Salomão Filho, há, essencialmente, duas espécies distintas de institucionalismo e duas espécies distintas de contratualismo. Os dois tipos de institucionalismo são o institucionalismo clássico ou “publicista” e o institucionalismo “organizativo”. As duas categorias de contratualismo, por seu turno, são o contratualismo clássico ou tradicional e o contratualismo que tem em conta, supostamente, interesses de possíveis sócios futuros. O institucionalismo clássico é a ideia de que o interesse social seria o interesse público; de acordo com o Prof. C. Salomão Filho, trata-se de forma muito “publicista” de institucionalismo. O institucionalismo organizativo, por outro lado, segundo o Prof. C. Salomão Filho, é a noção de que o interesse social seria uma harmonia entre os comuns interesses de muitos sujeitos diferentes, o interesse na interação e no equilíbrio entre lucro e preservação ou manutenção da atividade negocial; trata-se de institucionalismo mais

---

<sup>526</sup> Para o Prof. E. F. de Pontes, o art. 116, parágrafo único, LSA, seria o principal vício da Lei das Sociedades por Ações em PONTES, Evandro Fernandes de, *Esgarçando o Direito Societário in Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, Edição Comemorativa dos 45 anos das Leis nº 6.385 e 6.404, Volume I, dezembro de 2021, pp. 241-242. Por outro lado, ele defende que negócios realizados por meio de incorporações de ações não teriam absolutamente qualquer característica de contrato. Para ele, a natureza da incorporação de ações seria, essencialmente, societária, institucional, em PONTES, Evandro Fernandes de, *Incorporação de Ações no Direito Brasileiro*, São Paulo: Almedina, 2016, p. 40, nota de rodapé nº 17.

<sup>527</sup> SPINELLI, Luis Felipe, *O Conflito de Interesses na Administração da Sociedade Anônima...*, p. 64, nota de rodapé nº 55, SPINELLI, Luis Felipe, *Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada...*, p. 48, nota de rodapé nº 41, e SPINELLI, Luis Felipe, *Administração das Sociedades Anônimas...*, p. 45, nota de rodapé nº 46.

<sup>528</sup> SCALZILLI, João Pedro, *Mercado de Capitais: ofertas hostis e técnicas de defesa*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 58-74.

<sup>529</sup> Na verdade, o Prof. R. Tellechea não é, propriamente, um contratualista, porque ele entende que, idealmente, o interesse social deveria abranger o interesse de possíveis sócios futuros em TELLECHEA, Rodrigo, *Autonomia Privada no Direito Societário...*, p. 277, nota de rodapé nº 756, e TELLECHEA, Rodrigo, *Arbitragem nas Sociedades Anônimas...*, p. 149, nota de rodapé nº 358.

<sup>530</sup> O Prof. C. K. Zanini permitiu que a prova de sua disciplina fosse feita em duplas ou em trios no dia 23 de junho de 2010. Nesta ocasião, o Prof. G. Grezzana declarou ser um contratualista ao passo que o Prof. F. A. Lahiguera declarou ser um institucionalista.

recente, “integracionista”, mais “organizativo” que “institucional”, menos preocupado com o problema da personalidade jurídica que o institucionalismo clássico. No institucionalismo organizativo, adotar-se-ia uma perspectiva de longo prazo para o interesse social com uma ideia de perpetuidade para o patrimônio da sociedade; as sociedades personificadas seriam estruturas organizativas econômicas estáveis, organizações, *Apparats* para a tomada de decisões autônomas.<sup>531 e 532</sup>

Não é claro qual seja o conceito de fonte de direito para o Prof. C. Salomão Filho:

“Se nem Estado nem mercado são capazes de organizar a sociedade, é preciso encontrar um novo elemento organizador.

Como se procurou demonstrar neste trabalho, o direito tem grande vocação para assumir tal função, por sua capacidade valorativa e idealizadora.”<sup>533</sup>

“Urge, então, reconhecer normas que incorporem valores, metaindividuais e sociais, exatamente para que não sejam mera extensão dos direitos individuais. Para tanto, é imperioso admitir sua proveniência plurívoca, do Estado e das próprias relações interindividuais e sociais, historicamente consideradas.”<sup>534</sup>

(...)

“Mesmo sendo imperioso aceitar um conceito não exclusivamente positivista de garantia institucional (já que institucionalismo e positivismo são incompatíveis), é preciso ter claro que a classificação de um interesse como institucional ou não tampouco se baseia em um juízo puramente essencialista.”<sup>535</sup>

---

<sup>531</sup> Este breve resumo do institucionalismo e do contratualismo para o Prof. C. Salomão Filho foi feito a partir de SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Sociedade Unipessoal...*, pp. 44-66.

<sup>532</sup> Em momento posterior, o Prof. C. Salomão Filho distinguiu o institucionalismo integracionista do que ele chamou, mais amplamente, de “teoria organizativa” em SALOMÃO FILHO, Calixto, *Sociedade Anônima: interesse público e privado* in RDM, nº 127, Ano XLI, julho-setembro, 2002, p. 13.

Para o Prof. C. Salomão Filho, o art. 47, LREF, estaria de acordo com a sua concepção de institucionalismo conforme SALOMÃO FILHO, Calixto, *Recuperação de Empresas e Interesse Social* in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e de Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, p. 50: “Do ponto de vista material reconhece-se, como não poderia deixar de ser, a imanência entre recuperação da empresa e a idéia institucionalista de preservação da empresa.”

<sup>533</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Empresarial Público* in RDM, nº 112, Ano XXXVI, outubro-dezembro, 1998, p. 17.

<sup>534</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Função Social do Contrato: primeiras anotações* in RDM, nº 132, Ano XLII, outubro-dezembro, 2003, p. 11 (foi omitida a nota de rodapé nº 8 deste excerto).

<sup>535</sup> *Idem*, p. 20.

Não é claro o que o Prof. C. Salomão Filho quis dizer com “positivismo”. Em todo caso, há passagens em que ele se manifestou de maneira mais ortodoxa relativamente às fontes do direito:

“Finalmente, os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico e social. Basta o reconhecimento constitucional dos interesses (ex.: meio ambiente, defesa da concorrência) para que sua proteção como garantia institucional seja imperiosa (desde que obviamente presentes os requisitos mencionados anteriormente).”<sup>536</sup>

Há um argumento institucionalista o qual será rebatido agora separadamente. Certa feita, o Prof. C. Salomão Filho afirmou o que se segue:

“Não espanta, portanto, que a Revolução Industrial traga consigo princípios societários bastantes individualistas. A sociedade passa a ser vista como coisa dos sócios. É o que prevê, por exemplo, o *Code de Commerce* francês, de 1807, ao estabelecer, entre seus princípios, a absoluta autonomia da Assembléia Geral para definir o interesse social e a organização societária interna. Essa característica perdurará por toda a primeira metade do século XIX, talvez uma das fases mais individualistas de todo o direito societário. Trata-se de um período de extremado contratualismo em matéria de sociedades anônimas, que praticamente não se repetirá e que permite aos controladores definir livremente não só o interesse social, mas a própria organização societária interna.”<sup>537</sup>

O Prof. C. Salomão Filho enganou-se quanto ao direito francês. No direito francês do século XIX, os contratos faziam lei entre as partes (Article 1134, versão original do *Code civil*), a condição puramente potestativa era proibida (Article 1174, versão original do *Code civil*) e o pacto leonino era nulo (Article 1855, versão original do *Code civil*).<sup>538</sup> Desse modo, a assembleia geral não possuía autonomia absoluta para definir o interesse social e a organização interna da sociedade. Igualmente, não era permitido que o sócio controlador determinasse, livremente, o interesse social e a organização interna da sociedade; o sócio controlador também tinha o dever de respeitar o contrato de sociedade. Frequentemente, a

---

<sup>536</sup> *Idem*, p. 17 (foi omitida a nota de rodapé nº 25 deste excerto).

<sup>537</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Sociedade Anônima...*, p. 10.

<sup>538</sup> O assunto é complexo; recomenda-se, todavia, ASCARELLI, Tullio, *Vícios das Deliberações Assembleais...*, p. 404, nota de rodapé nº 18: “Nula, também, é a deliberação que aumente as obrigações do acionista além do limite legal (art. 1º, D. n. 2.627), podendo, entretanto, o acionista, individualmente consentir em assumir novas obrigações para com a sociedade.”

norma da maioria é associada ao institucionalismo<sup>539</sup>, mas este modo de pensar deixa de lado o fato de que não se pode obrigar alguém a participar de sociedade. Um herdeiro até pode vir a substituir sócio falecido no Brasil, mas isto requer acordo entre as partes (art. 1.028, III, CC). Além disso, é possível renunciar à herança de modo que não se herde ações de emissão de sociedade por ações no Brasil (art. 1.804, CC).<sup>540</sup> Talvez o direito processual francês fosse chocho ou fraquinho, mas isto não queria dizer que o sócio controlador estivesse juridicamente autorizado a fazer absolutamente qualquer coisa.

O institucionalismo do Prof. C. Salomão Filho inspira-se no institucionalismo constitucional de juristas alemães que defendiam determinadas ideias sobre “garantias institucionais”.<sup>541</sup> Ademais, o Prof. C. Salomão Filho concorda com teses dos Professores S. Romano<sup>542</sup>, célebre autor institucionalista, e R. Coase<sup>543</sup>.

Para o Prof. C. Salomão Filho, existe um institucionalismo de princípios e um contratualismo de fato no Brasil.<sup>544</sup> Ele atribui isto às incertezas que geram os arts. 116, parágrafo único, e 154, *caput*, LSA.<sup>545</sup> No entanto, em momento posterior de seu artigo, o Prof. C. Salomão Filho declara-se favorável à noção de função social da empresa.<sup>546</sup> Em especial, o Prof. C. Salomão Filho diverge do Prof. F. K. Comparato; ele acredita que a função social da empresa não seria semelhante ao *neminem laedere* e defende que deveres positivos poderiam vir a ser extraídos da ideia de função social da empresa.<sup>547</sup>

---

<sup>539</sup> CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas..., p. 749.

<sup>540</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e Sociedades de Pessoas..., p. 329, nota de rodapé nº 252, com os grifos do original: “Caso em que os herdeiros terão o direito, mas não o dever, de ingressar na sociedade, eis que ninguém pode se tornar sócio contra a sua vontade. Aliás, essa é a principal distinção, para PONTES DE MIRANDA, entre as sociedades, que ele classifica em *sociedades de pessoas* e *sociedades por ações* (e não em sociedades de pessoas e sociedades de capitais). Na sociedade de pessoas, morto o sócio, o direito de participar da sociedade não se transmite aos herdeiros ainda quando esteja previsto no contrato social, porque isso depende da aceitação dos mesmos. Na sociedade por ações, o que se transmite é a *ação, bem móvel*, independentemente da aceitação do herdeiro: este herda a ação, o título (obviamente, poderá renunciar a herança, mas este é outro problema)”.

Para considerações sobre o art. 5º, XX, CF, pode-se consultar 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 Editores, 2011, pp. 126-132.

<sup>541</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, Sociedade Anônima..., p. 11, nota de rodapé nº 14.

<sup>542</sup> *Idem*, p. 11, nota de rodapé nº 14.

<sup>543</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>544</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., p. 322: “Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios.”

<sup>545</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, Sociedade Anônima..., p. 14-15.

<sup>546</sup> *Idem*, pp. 19-20.

<sup>547</sup> *Idem*, pp. 19-20.

Em texto sobre a função social dos contratos, o Prof. C. Salomão Filho concluiu que a ligação a interesses institucionais deve ser identificada ao interesse das partes contratantes:

“Por outro lado, só a ligação aos interesses institucionais permite dar concretude ao termo *função social do contrato*. Obviamente essa não pode e não deve ser identificada a qualquer interesse que não seja o das partes contratantes. Tampouco pode-se referir ao[s] interesses de grupos específicos. Isto porque um conceito de função social assim definido permitiria limitar e vincular o princípio da liberdade contratual em nome de um outro princípio totalmente indefinido, exatamente por não se ter claro o tipo de interesse a ser protegido. Isso tornaria absolutamente incertos para as partes os próprios efeitos jurídicos do contrato, dificultando sobremaneira as transações comerciais e a própria vida econômica.”<sup>548</sup>

O Prof. C. Salomão Filho é fortemente contrário a sistemas jurídicos que se fundamentam, preponderantemente, em normas sobre condutas. Ele chega a asseverar que haveria, inclusive, aspectos escravocratas no direito contemporâneo que se basearia, principalmente, em normas sobre condutas:

“Como o direito, baseado em normas de conduta, não é bem capaz de disciplinar essas relações, a sociedade passa a ser organizada a partir das relações de dominação, em uma versão moderna da sociedade escravista.”<sup>549</sup>

Genericamente, o Prof. C. Salomão Filho tem preferência por formas específicas de institucionalismo. Para ele, não bastaria dizer, apenas, que as sociedades deveriam agir de acordo com o interesse público. Ele estima que seja mais adequado que haja mecanismos precisos para a realização do interesse público e sustenta que conviria, em geral, internalizar interesses diversos nas sociedades – interesses de trabalhadores, de consumidores, interesses socioambientais *etc.* Em princípio, estes interesses seriam incorporados de algum modo nos órgãos das sociedades.<sup>550</sup> Apesar disso, as recomendações do Prof. C. Salomão Filho sobre este assunto foram, em geral, vagas.<sup>551</sup>

---

<sup>548</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Função Social do Contrato...*, p. 21, com os grifos do original.

<sup>549</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Breves Acenos para uma Análise Estruturalista do Contrato in RDM*, nº 141, Ano XLV, janeiro-março, 2006, p. 9.

<sup>550</sup> O Prof. C. Salomão Filho denomina isto de “teoria ampliada de representatividade e democracia societária” em SALOMÃO FILHO, Calixto, *Poder de Controle: ética e corrupção in BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (Orgs.), Governança Corporativa e Integridade Empresarial: dilemas e desafios*, São Paulo: Saint Paul Editora, 2017, p. 188.

<sup>551</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Sociedade Anônima...*, pp. 17 e 20, sem a nota de rodapé nº 34: “Dadas essas premissas, que sugerem fortemente o reconhecimento interno de interesses tão interdependentes com os societários, com o dos trabalhadores e consumidores, um dos novos grandes campos da investigação societária se torna a determinação das condições concretas para essa internalização e o estudo dos demais interesses

Recentemente, em 2019, o Prof. C. Salomão Filho posicionou-se de maneira mais precisa sobre este tema.<sup>552</sup> Os argumentos do Prof. C. Salomão Filho podem ser separados, em abstrato, em dois grandes grupos distintos: ele fez comentários sobre a autorregulamentação – sobre diferentes segmentos especiais de listagem na bolsa de valores e sobre programas de “*compliance*” – e sobre normas indisponíveis, imperativas, de ordem pública.

As ideias do Prof. C. Salomão Filho sobre a autorregulamentação não serão discutidas aqui pormenorizadamente, pois elas não são realmente contrárias ao contratualismo. Os contratualistas não se opõem a que sociedades ajam de acordo com o interesse público. Para os contratualistas, isto pode ser feito contanto que não se perca de vista a finalidade lucrativa das sociedades. Por exemplo, se uma sociedade resolve agir em prol do meio ambiente e, assim, gera uma quantidade impressionante de dinheiro, não há, em tese, problema algum nisto. Hodiernamente, às vezes, o suposto dever de as sociedades agirem em conformidade com o interesse público é expresso através o jargão “ESG”.<sup>553 e 554</sup>

O Prof. C. A. Bandeira de Mello defende a existência de um “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado”.<sup>555</sup> À primeira vista, este suposto princípio

---

verificando se é mais conveniente sua internalização. (...) Presente e atuante em um ambiente econômico em que desempenha crescente influência, é premente estudar como a sociedade anônima interage com os interesses que a circundam. Daí ser preciso abrir nova e instigante linha de pesquisa, direcionada a identificar que interesses podem ser interiorizados e quais devem ser os interesses a permanecer externos, protegidos por regulamentação específica. (...) Do ponto de vista jurídico, a concepção da sociedade como forma de organização de interesses em jogo também sugere a discussão da possibilidade ou não de sua integração interna. (...) É preciso reconhecer que essas idéias não são prevalentes no direito societário brasileiro. Por outro lado, é de se esperar que cresça a aceitação, teórica e prática dessas idéias. Essa tarefa, ao mesmo tempo introspectiva e prospectiva é, de resto, o objetivo mais importante da doutrina jurídica, ciência do passado e do futuro, não necessariamente do presente.”

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Análise Estruturalista do Direito Societário in O Novo Direito Societário*, São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, 2011, p. 61: “Evidentemente, muito mais complexa é a definição de que grupos de interesses devem ser trazidos para o interior das sociedades. Essa é uma questão que aflige institucionalistas e integracionistas há décadas.”

<sup>552</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Uma Nova Empresa: interesses envolvidos e sua forma de inclusão in O Novo Direito Societário: eficácia e sustentabilidade*, São Paulo: Editora Saraiva, 5ª edição, 2019, p. 103: “Há 25 anos, desde que comecei a me interessar e escrever sobre o institucionalismo organizativo, sinto a necessidade de dar concretude a essa ideia. No direito, como nas ciências sociais em geral, é frequente e, até certo ponto, fácil a menção e elaboração de belos princípios e ideais. Sua concretização, no entanto, com frequência deixa a desejar.”

<sup>553</sup> OIOLI, Erik Frederico, *A Compatibilização entre Persecução de Práticas ESG e o Interesse Social...*, p. 87, nota de rodapé nº 5: “ESG é o acrônimo para ambiental, social e governança. Não há definição amplamente aceita consensualmente. Pode significar investimento responsável, ativismo ou gestão de risco (...).”

<sup>554</sup> Para comentários sobre o art. 154, §2º, “a”, e §4º, LSA, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Competência do Conselho de Administração para Autorizar a Doação de Bens ou Serviços pela Companhia in Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 318-329.

<sup>555</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 32ª edição, 2015, pp. 99-102.

teria o cheiro dos argumentos que são usados, v. g., sobre o estado de necessidade e sobre a legítima defesa.<sup>556</sup> Entretanto, este suposto princípio acaba como que se confundindo com a norma da legalidade para o Prof. C. A. Bandeira de Mello.<sup>557</sup> Em momento posterior de seu livro, o Prof. C. A. Bandeira de Mello sustenta que o interesse público seria aquilo que estivesse consagrado nas Leis<sup>558</sup>, mas isto não é verdadeiro, porquanto é possível que as Leis venham a ser ruins e não atendam ao interesse público.<sup>559</sup>

O Prof. C. Salomão Filho traz uma proposta legislativa em seu artigo de 2019. Há vários pontos específicos no projeto do Prof. C. Salomão Filho. O problema das recomendações do Prof. C. Salomão Filho é que as características precisas de suas sugestões não ficaram devidamente justificadas.<sup>560</sup> Por exemplo, ele aconselha que seja obrigatória a participação de, no mínimo, um representante dos trabalhadores nos órgãos de administração de empresas com mais de 500 empregados<sup>561</sup>, porém ele não chega, realmente, a explicar a razão pela qual ele teria decidido limitar a sua proposta a apenas empresas com mais de 500 empregados. Algo semelhante ocorre com a adesão obrigatória aos princípios do United Nations Global Compact ou a tratado internacional sobre a proteção de direitos humanos por empresas que venha a ser adotado.<sup>562</sup> O Prof. C. Salomão Filho afirma, simplesmente, que os “10 princípios do Acordo Global (*Global Compact*) em matéria empresarial, em matéria

---

<sup>556</sup> HUNGRIA, Néilson; FRAGOSO, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª edição, 1978, pp. 270-308.

<sup>557</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo..., p. 100, com os grifos do original: “O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito apenas a *extensão* e *compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é obvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.”

<sup>558</sup> *Idem*, p. 102, com os grifos do original: “Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social.”

<sup>559</sup> O “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” assemelha-se ao “princípio fundamental da socialidade do Código Civil” do Prof. M. Reale de acordo com REALE, Miguel, Visão Geral do Novo Código Civil *in* Revista da EMERJ, Número Especial, Parte I, fevereiro a junho, 2002, pp. 40-42.

<sup>560</sup> O Prof. C. Salomão Filho também jamais explicou por que a análise dos Professores H. Hansmann e R. Kraakman seria pueril em COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., p. 321, nota de rodapé nº 10.

<sup>561</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, Uma Nova Empresa..., pp. 121-122: “As organizações empresariais com mais de 500 empregados, em qualquer regime jurídico e de qualquer tipo societário estão obrigadas a admitir a participação de ao menos um legítimo representante dos trabalhadores em ao menos um de seus órgãos de direção superior. Caberá à empresa indicar o órgão em que haverá participação, desde que se trate de um órgão de efetiva direção da organização empresarial.”

<sup>562</sup> *Idem*, pp. 126-127, sem a nota de rodapé nº 14: “Aplicam-se à empresa quando do exercício de sua atividade econômica, além das obrigações e deveres específicos previstos nos diversos diplomas legislativos em vigor, os seguintes princípios e dispositivos declaratórios: (...) Adesão aos princípios do chamado *United Nations Global Compact* ou de tratado internacional sobre a proteção de direitos humanos pelas empresas que vier a ser aprovado e prestação de contas ao público em geral sobre a efetividade e extensão de tal adesão.”

de comportamento das empresas em relação a direitos humanos, condições de trabalho, meio ambiente e política anticorrupção, são bastante genéricos e, portanto, de fácil adesão”<sup>563</sup>. Não se sabe se ele teria, efetivamente, feito alguma conta para saber se os benefícios de sua proposta superariam os custos de seu projeto. A redação deste dispositivo especial gera ainda mais dúvidas, porque o Prof. C. Salomão Filho, aparentemente, estaria disposto a deixar a questão aberta para qualquer tratado internacional sobre a proteção de direitos humanos pelas empresas independentemente de seu conteúdo.

Desconsiderados os pontos específicos dos conselhos do Prof. C. Salomão Filho que não foram devidamente justificados, resta, essencialmente, a sugestão do Prof. C. Salomão Filho de institucionalismo clássico. Entre os dispositivos legais propostos pelo Prof. C. Salomão Filho, encontra-se o seguinte: “Toda organização empresarial, seja em forma societária ou cooperativa, reconhece como relevante e compromete-se a tutelar em sua organização interna e nas suas condutas externas os interesses dos sócios ou cooperados, dos trabalhadores e da comunidade afetada pela sua atividade.”<sup>564</sup>

O Prof. C. Salomão Filho culpa os lobistas dos acionistas controladores pela não adoção, no Brasil, do institucionalismo organizativo.<sup>565</sup> Além disso, ele confia no trabalho dos juízes para a implementação de comandos legislativos vagos:

“Exatamente porque não há e não é possível buscar um resultado único nas relações interindividuais e intersociais, é possível imaginar que a aplicação singular das normas ao caso concreto possa se fazer sem criar problemas de coerência. Aquela preocupação expressada no início com a formulação de políticas públicas em decisões individuais de juízes ou intérpretes perde muito de seu sentido. Se essas decisões individuais forem endereçadas à conformação desse devido processo econômico, participativo e equilibrado, o resultado social e econômico necessariamente será aprimorado.”<sup>566</sup>

O Prof. C. Salomão Filho defende o institucionalismo organizativo, mas, na prática, o institucionalismo do Prof. C. Salomão Filho corresponde, em larga medida, ao institucionalismo clássico. Para o Prof. C. Salomão Filho, a segurança jurídica não é um

---

<sup>563</sup> *Idem*, p. 127, nota de rodapé nº 14.

<sup>564</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>565</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Análise Estruturalista do Direito Societário...*, p. 60: “A solução através da regra de conflito tem um objetivo/função completamente diverso. Torna-se verdadeira regra organizadora da sociedade naqueles sistemas de realidade econômica/societária mais concentrada em que é jurídica e politicamente inviável introduzir soluções organizativas para o problema do conflito devido à influência de grupos de interesse representando o acionista controlador, que impedem mudanças legislativas em tal direção (há anos, este tem sido o caso no Brasil).”

<sup>566</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Breves Acenos para uma Análise Estruturalista do Contrato...*, p. 9.

objetivo central da ordem jurídica brasileira<sup>567</sup>, mas ele está enganado, porque está escrito na Constituição Federal que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). Uma das vantagens do contratualismo em relação ao institucionalismo é que o contratualismo parece estar mais próximo ao ideal do Estado de Direito que o institucionalismo.

### 3.1.2. Teses do Prof. T. Ascarelli

Em 19 de maio de 1941, o Prof. T. Ascarelli palestrou em italiano na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Posteriormente, a sua conferência foi traduzida para o português pelo Prof. A. Sousa e publicada na Revista Forense.<sup>568</sup> Em sua palestra, o Prof. T. Ascarelli fez uma distinção entre a tutela privada e a tutela pública de interesses. A tutela privada de interesses seria realizada, essencialmente, através de contratos. A tutela pública de interesses, por sua vez, abrangeria as diferentes formas de intervenção estatal.<sup>569</sup> Não se deve partir do pressuposto de que a tutela privada de interesses seria algo necessariamente ruim. O Prof. T. Ascarelli afirma que “[n]os sistemas legislativos a auto-proteção do acionista deveria em essência e de modo indireto proteger também o interesse geral”<sup>570</sup>. Ele acrescenta em nota de rodapé: “É êste, de resto, o ponto de vista geral do liberalismo econômico. Parte-se do princípio de que o esforço de cada um, para alcançar com os próprios meios o máximo bem-estar individual, se traduz, indiretamente, no máximo bem-estar coletivo.”<sup>571</sup> Entretanto, para o Prof. T. Ascarelli, não seria verdadeiro que contratos seriam a solução para absolutamente qualquer problema. Na seguinte passagem, ele ataca o contratualismo:

“Êste julgamento da sociedade anônima do ponto de vista do contrato revelou-se contudo, e ao mesmo tempo, excessivo e deficiente; excessivo, porquanto, na questão da modificação dos estatutos, por exemplo, se traduz num limite, muitas vezes inoportuno, à possibilidade da instituição vir a adaptar-se a novas exigências; deficiente porque, na realidade, não oferecia ao acionista uma proteção bastante.”<sup>572</sup>

---

<sup>567</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, Uma Nova Empresa..., p. 118.

<sup>568</sup> ASCARELLI, Tullio, Usos e Abusos das Sociedades Anônimas *in* Revista Forense..., p. 5, asterisco.

<sup>569</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>570</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>571</sup> *Idem*, p. 22, nota de rodapé nº 37.

<sup>572</sup> *Idem*, p. 17, sem a nota de rodapé nº 17.

Apesar disso, para o Prof. T. Ascarelli, os negócios de sociedade seriam contratos. Aliás, para ele, mesmo as sociedades anônimas seriam contratos.<sup>573</sup> Ele acrescenta o seguinte: “Por isso a constituição da sociedade permanece para sempre um contrato e não pode ser assimilada aos atos complexos ou acordos que foram estudados na doutrina administrativa.”<sup>574</sup> Quanto ao interesse social, especificamente, ele apresenta a seguinte conclusão: “Assim se tem vindo a elaborar o conceito do interêsse social, limite e critério de julgamento da própria atividade da maioria.”<sup>575</sup>

Em outubro de 1944, o Prof. T. Ascarelli ministrou algumas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – à época, esta Faculdade era chamada de Faculdade de Direito da Universidade de Pôrto Alegre. Posteriormente, estas aulas foram publicadas no livro *Panorama do Direito Comercial de 1947*.<sup>576</sup> Uma de suas aulas, a quinta aula do livro, também foi sobre as sociedades anônimas. Para o Prof. T. Ascarelli, nesta aula, o interesse social seria o interesse dos sócios: “Evidenciou-se o característico dos diretores como agentes sociais, que devem agir no interêsse da sociedade e, por isso, afinal, dos acionistas, *truste[e]s* consoante a expressão anglo-saxônica.”<sup>577</sup>

Em 1945, o Prof. T. Ascarelli publicou uma coletânea muito famosa no Brasil. Trata-se dos *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Os Professores N. Nazo e A. Lobo traduziram alguns dos ensaios deste livro para o Prof. T. Ascarelli e o Prof. A. Mercado Junior auxiliou o Prof. T. Ascarelli na preparação do volume e na revisão da redação em português.<sup>578</sup>

Entre os artigos desta coletânea que são relevantes para a presente tese de doutorado, encontra-se *Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas*. Neste ensaio, foram

---

<sup>573</sup> ASCARELLI, Tullio, Usos e Abusos das Sociedades Anônimas *in* Revista Forense..., p. 17, nota de rodapé nº 18, ASCARELLI, Tullio, Panorama do Direito Comercial..., p. 156, ASCARELLI, Tullio, Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas..., p. 372, nota de rodapé nº 97, ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral..., p. 283, nota de rodapé nº 20, ASCARELLI, Tullio, Os Vícios de Constituição das Sociedades Anônimas e a Prescrição *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945, p. 382, nota de rodapé nº 3, e ASCARELLI, Tullio, Vícios das Deliberações Assembleais..., p. 399, nota de rodapé nº 1-bis.

<sup>574</sup> ASCARELLI, Tullio, Usos e Abusos das Sociedades Anônimas *in* Revista Forense..., p. 17, nota de rodapé nº 18.

<sup>575</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>576</sup> ASCARELLI, Tullio, Panorama do Direito Comercial..., p. 7.

<sup>577</sup> *Idem*, p. 162, com o grifo do original.

<sup>578</sup> ASCARELLI, Tullio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945, p. XII.

ênfatizados os interesses dos acionistas<sup>579</sup> e foi dito que a relação social e que a constituição de patrimônio seriam o substrato das sociedades personificadas.<sup>580</sup>

O Contrato Plurilateral, por seu turno, é um artigo célebre que, frequentemente, é citado quando se trata do direito das sociedades no Brasil. Ele foi publicado em português, originalmente, em *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* e foi republicado em italiano, posteriormente, em *Studi in Tema di Contratti*. O ponto mais importante deste artigo, para fins desta tese de doutorado, é que o Prof. T. Ascarelli rejeita o ato coletivo<sup>581</sup> e o ato de fundação como caracterizações adequadas para o negócio de sociedade. Nas sociedades, ocorreriam conflitos os mais diversos; sociedades, pois, não deveriam ser consideradas como atos coletivos.<sup>582</sup> A ideia de ato de fundação, por outro lado, sobrestimaria, demasiadamente, o valor da personalidade jurídica.<sup>583</sup> Para o Prof. T. Ascarelli, as sociedades personificadas poderiam ser comparadas a cones cujas bases em círculo corresponderiam a contratos de sociedades.<sup>584</sup>

De volta à Itália, o Prof. T. Ascarelli escreveu o artigo em que ele mais diretamente ataca o institucionalismo de direito das sociedades, *Interesse Sociale e Interesse Comune nel Voto*. Este artigo foi publicado, inicialmente, na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* em 1951 e foi republicado, depois, na coletânea *Studi in Tema di Società* em 1952.

O Prof. T. Ascarelli toma o contratualismo e o institucionalismo como duas posições ideais típicas, como dois possíveis tipos ideais.<sup>585</sup> No institucionalismo, o interesse social

---

<sup>579</sup> ASCARELLI, Tullio, *Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas...*, p. 362: “Realmente não pode haver um sadio desenvolvimento das sociedades anônimas sem uma eficaz tutela da minoria e do acionista, e independentemente do princípio de que os poderes da diretoria são outorgados no interesse dos acionistas.”

<sup>580</sup> *Idem*, p. 372, nota de rodapé nº 96-ter: “Embora não esquecendo que, substrato da personalidade, é justamente a relação social e a constituição do patrimônio dali decorrente. É, sem dúvida, inexato encarar os acionistas como condôminos do patrimônio social, mas é exato encarar na personalidade jurídica social um instrumento de técnica jurídica para disciplinar unitariamente as relações – entre si e para com os terceiros – dos sujeitos que, de outra forma, aparentar-se-iam como os condôminos dos bens sociais.”

<sup>581</sup> O Prof. T. Ascarelli traduz “*Gesamtakt*” como “ato complexo”, porque ele tem em mente determinada classificação do Prof. A. Donati (ASCARELLI, Tullio, *O Contrato Plurilateral...*, p. 278, nota de rodapé nº 10); na presente tese de doutorado, todavia, “*Gesamtakt*” será traduzido como “ato coletivo”, porque esta parece ser a tradução mais comum na prática.

<sup>582</sup> *Idem*, pp. 276-280.

<sup>583</sup> *Idem*, pp. 280-283.

<sup>584</sup> *Idem*, p. 287, sem as notas de rodapé de números 32 e 33: “Se quiséssemos ser indulgentes para com o uso recente de imagens geométricas na ilustração de fenômenos jurídicos, poderíamos dizer que, no contrato de sociedade e nos contratos plurilaterais em geral, as partes se acham como dispostas em círculo; nos demais contratos, ao contrário, cada uma das (duas) partes se acha num dos extremos de uma linha.”

Na página 313, nota de rodapé nº 132, o Prof. T. Ascarelli acrescenta: “Retomando a imagem geométrica de páginas atrás, do contrato plurilateral como um “círculo”, poder-se-ia dizer que, no caso do contrato externo, a figura geométrica correspondente é a do cone (evidenciada na hipótese de personificação) cuja base é, justamente, o círculo.”

<sup>585</sup> ASCARELLI, Tullio, *Interesse Sociale e Interesse Comune nel Voto* in *Studi in Tema di Società*, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1952, p. 151.

não seria o interesse dos sócios, mas alguma espécie de interesse superior.<sup>586</sup> O institucionalismo caracterizar-se-ia por predeterminações legais e por uma multiplicação de normas inderrogáveis de modo que a estrutura das sociedades se tornasse mais rígida.<sup>587</sup> No institucionalismo, ocorreria uma espécie de intervencionismo corporativo ou estatal nas sociedades – “corporativo”, aqui, tem o significado da separação de indivíduos em amplas classes ou corporações – e favorecer-se-ia a ideia de um planejamento econômico geral.<sup>588</sup> O institucionalismo poderia trazer um ilusório controle e ser, na prática, um substancial reforço da posição dos grupos que comandam as sociedades com uma estrutura rígida para a economia.<sup>589</sup> A posição dos administradores, genericamente, ficaria fortalecida<sup>590</sup>, o interesse social seria compreendido objetivamente, poderia ser contraposto até mesmo à unanimidade dos sócios<sup>591</sup> e transcenderia o interesse comum dos sócios<sup>592</sup>. O institucionalismo seria uma forma de intervenção “publicística” em que interesses de sócios e de terceiros ficariam subordinados a interesse superior, institucional, o qual se coordenaria com o planejamento da economia nacional.<sup>593</sup> O interesse nacional econômico unitário seria interpretado pela administração pública.<sup>594 e 595</sup> A orientação corporativa que presidiria ideologicamente a disciplina da empresa do Código Civil italiano ligar-se-ia ao institucionalismo<sup>596</sup>, ao interesse social abstrato do institucionalismo<sup>597</sup>.

O Prof. T. Ascarelli discute a oposição entre contratualismo e institucionalismo neste artigo para tratar das impugnações a deliberações de assembleia geral. Este tema tem relação com o controle que pode ser realizado sobre as deliberações de assembleia geral.<sup>598</sup> Costuma-se distinguir, de um lado, um controle de legalidade e, de outro, um controle de mérito, de conveniência ou de oportunidade. Na Alemanha, diferencia-se um controle jurídico centrado em formalidades ou especificidades (“*Rechtskontrolle*”) de um controle

---

<sup>586</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>587</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>588</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>589</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>590</sup> *Idem*, pp. 152-153.

<sup>591</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>592</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>593</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>594</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>595</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, Poder de Controle: ética e corrupção..., p. 183: “Presente o poder desregulado, o estímulo para abusos e corrupção é enorme. Não bastará, portanto, ressarcimento e punição pecuniária (administrativa), tampouco faz sentido falar em privatização de empresa de tão relevante interesse público como a Petrobras.”

<sup>596</sup> ASCARELLI, Tullio, Interesse Sociale e Interesse Comune nel Voto..., pp. 161-162.

<sup>597</sup> *Idem*, p. 165.

<sup>598</sup> *Idem*, pp. 166-167.

que diz respeito ao conteúdo da deliberação da assembleia geral (“*Inhaltskontrolle*”).<sup>599</sup> No Brasil, por seu lado, o Prof. E. V. A. e N. França opõe o controle de legalidade ou legitimidade ao controle de mérito.<sup>600</sup> O controle jurídico das deliberações de assembleias gerais abrange um controle que é feito através de normas específicas (o direito de preferência para a subscrição de novas ações em aumentos de capital<sup>601</sup> deve ser respeitado pela assembleia geral – art. 109, IV, LSA –, v. g.) e um controle que é feito através de normas vagas (a norma da boa-fé objetiva deve ser respeitada – art. 187, CC –, e. g.). O mérito de uma deliberação de assembleia geral, em tese, pode acabar tendo de ser avaliado por conta de norma específica ou por conta de norma vaga. O ponto mais relevante não parece ser, exatamente, se o mérito da deliberação seria examinado ou não; o problema é que normas vagas, em abstrato, podem ser perigosas. As normas jurídicas, em princípio, devem ser cumpridas em qualquer caso.<sup>602</sup>

Quanto a este aspecto, o Prof. T. Ascarelli revela-se um tanto quanto institucionalista. Para ele:

- a) Deliberações da assembleia geral poderiam vir a ser anuladas quando elas fossem manifestamente iníquas;<sup>603</sup>
- b) Votos emulativos poderiam vir a ser anulados;<sup>604</sup> e
- c) Pressupostos de voto (o exemplo do Prof. T. Ascarelli é o do sócio majoritário que vota com a intenção de beneficiar-se em detrimento do sócio minoritário) e

---

<sup>599</sup> WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht...*, pp. 172-175. Para outras observações sobre estas questões, pode-se consultar WIEDEMANN, Herbert, Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas *in* RDM, nº 157, Ano L, janeiro-março, 2011 (tradução do Prof. O. C. V. R. von Adamek), pp. 16-25.

<sup>600</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, Da Assembléia-Geral de Credores *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.), Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e de Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, p. 194.

<sup>601</sup> Não se discutirá, aqui, sobre a natureza deste direito ou deste poder. Para o Prof. F. K. Comparato, trata-se de direito de opção *in* COMPARATO, Fábio Konder, O Direito de Subscrição em Aumento de Capital, no Fideicomisso Acionário *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 76, 1981, pp. 126-127. Diferentemente, para o Prof. I. Waisberg, trata-se de direito de preferência propriamente dito *in* WAISBERG, Ivo, Direito de Preferência para a Aquisição de Ações: conceito, natureza jurídica e interpretação, São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 86-95.

<sup>602</sup> Para Prof. F. K. Comparato, a proibição à diluição injustificada da Lei das Sociedades por Ações jamais poderia vir a implicar a sanção de anulabilidade para a deliberação da assembleia geral de acordo com COMPARATO, Fábio Konder, A Fixação do Preço de Emissão das Ações no Aumento de Capital da Sociedade Anônima *in* RDM, nº 81, Ano XXX, janeiro-março, 1991, p. 84. Para posição diversa sobre a proibição à diluição injustificada da Lei das Sociedades por Ações, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Da Invalidade da Deliberação Assemblear contrastante com as Regras de Fixação de Preço de Emissão de Ações (LSA, Art. 170, §1º) *in* RDM, nº 161/162, Ano LI, janeiro-agosto, 2012, pp. 25-34.

<sup>603</sup> ASCARELLI, Tullio, Interesse Sociale e Interesse Comune nel Voto..., p. 149.

<sup>604</sup> *Idem*, p. 166.

pressupostos de admissibilidade da ação (o exemplo do Prof. T. Ascarelli é o do voto com falta de vantagem potencial para a sociedade com dano aos outros sócios) poderiam vir a ser avaliados quanto ao seu mérito.<sup>605</sup>

Para o Prof. T. Ascarelli, o voto, propriamente dito, não poderia ser examinado quanto ao seu mérito<sup>606</sup>, mas ele defende estas alternativas que, certamente, se aproximam do institucionalismo e se distanciam do contratualismo. A conclusão, todavia, que o Prof. T. Ascarelli apresenta sobre este tópico possui caráter contratualista mais acentuado. Direitos e limites vagos não são capazes de resolver absolutamente todos os problemas, e as fontes do direito não devem ser esquecidas quando se argumenta sobre o direito:

“É certamente um dever no interesse da certeza preocupar-se preliminarmente com uma elaboração dos direitos e dos poderes dos acionistas e com os limites da competência da assembleia (e é a posição que me permiti seguir no meu estudo citado), mas é, de outra parte, igualmente um dever reconhecer, a mim me parece, que a rede destes direitos e destes limites não exaure o problema.

A metodologia própria dos direitos romanísticos, pondo o acento sobre a lei antes que sobre a elaboração jurisprudencial, impede certamente reconduzir-se genericamente a um princípio equitativo uma série de normas suscetíveis de autônoma elaboração dogmática; não preclui, porém, derivar das várias normas legais princípios suscetíveis de consequências não expressamente mencionadas na lei.”<sup>607</sup>

O Prof. T. Ascarelli publicou, ainda, pelo menos outros dois artigos importantes sobre o tema do interesse social:

- a) L’Interesse Sociale dell’art. 2441 Cod. Civile. La Teoria dei Diritti Individuali e il Sistema dei Vizi delle Deliberazioni Assembleari; e
- b) Fideiussione; Conflito di Interessi e Deliberazioni di Consiglio; Oggetto e Capacità Sociale.

No primeiro artigo, ele explica que o regime de nulidades do direito societário, em abstrato, teria em conta a natureza de diferentes interesses os quais poderiam vir a ser violados.<sup>608</sup>

---

<sup>605</sup> *Idem*, p. 167.

<sup>606</sup> *Idem*, pp. 164-165.

<sup>607</sup> Em tradução livre, *idem*, p. 169.

<sup>608</sup> ASCARELLI, Tullio, L’Interesse Sociale dell’art. 2441 Cod. Civile. La Teoria dei Diritti Individuali e il Sistema dei Vizi delle Deliberazioni Assembleari *in* Problemi Giuridici, Tomo Secondo, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959, pp. 538-539.

No segundo artigo, ele alude ao fato de que o interesse social deveria ser o interesse dos sócios atuais<sup>609</sup> e de que a disciplina dos conflitos de interesses poderia terminar por reverter-se a favor de terceiros – o Prof. T. Ascarelli defende que o regime dos conflitos de interesses teria uma “função integradora das normas ditadas para a tutela do capital social” (*funzione integratrice delle norme dettate a tutela del capitale sociale*)<sup>610</sup>. Este último argumento talvez possa ser relacionado à maneira como liberais enxergam contratos, porque, para eles, em princípio, quando cada qual age no próprio interesse, haveria uma tendência para que, no longo prazo, os resultados fossem melhores; não se concorda, contudo, com a posição do Prof. T. Ascarelli de que a maioria seria intérprete do interesse social<sup>611</sup>, pois a maioria também pode vir a violar o contrato de sociedade e, teoricamente, qualquer pessoa poderia interpretar o contrato social ou o estatuto social.

Por fim, o Prof. T. Ascarelli cuidou da concepção institucional da empresa no Corso di Diritto Commerciale. A terceira edição deste livro já estava sendo preparada quando o Prof. T. Ascarelli veio a falecer em 1959. Os rascunhos para a terceira edição do Corso foram revisados e atualizados pelo Prof. G. G. Auletta, e o índice analítico do Corso foi preparado pelo Prof. B. Libonati de acordo com determinações do Prof. T. Ascarelli. A terceira edição do Corso, então, foi publicada em 1962.

O Prof. T. Ascarelli aborda a questão sobre se as normas jurídicas, idealmente, deveriam obrigar os empresários a se inspirarem no interesse público. Para ele, o reconhecimento da iniciativa privada implicaria o reconhecimento de que o interesse público seria alcançado através da perseguição de interesses egoístas de particulares. Ele argumenta que deve haver limites e deveres legais para a iniciativa privada e que não se deveria impor a busca do interesse público por particulares, porque os empresários seriam instrumentos para que o interesse público fosse alcançado. Não haveria, conseqüentemente, um interesse institucional de empresas que transcendesse o interesse de empresários; a atividade privada não substituiria a atividade pública. A administração pública da economia contrastaria com o direito do liberalismo quando ela conduzisse a uma tutela de interesses seccionais de grupos ou a privilégios. A concepção institucional das empresas pode, com aparente objetivismo, tornar-se subjetivista; grupos específicos e organizações seriam tutelados de

---

<sup>609</sup> ASCARELLI, Tullio, Fideiussione; Conflito di Interessi e Deliberazioni di Consiglio; Oggetto e Capacità Sociale in Problemi Giuridici, Tomo Secondo, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 666 e p. 675, nota de rodapé nº 13.

<sup>610</sup> *Idem*, p. 667.

<sup>611</sup> *Idem*, p. 669.

maneira privilegiada. O objetivo da codificação napoleônica teria sido evitar que este tipo de situação ocorresse.<sup>612</sup>

### 3.1.3. Teses do Prof. M. Carvalhosa

A maior parte dos juristas avalia a Lei das Sociedades por Ações muito positivamente;<sup>613</sup> o Prof. M. Carvalhosa, no entanto, sempre fez críticas fortes à Lei das Sociedades por Ações. Em 1976, antes da edição da Lei das Sociedades por Ações, de maneira incomum, ele criticou a intervenção exagerada das autoridades estatais na economia brasileira.<sup>614</sup>

Em agosto de 1974, os Ministros da Fazenda e do Planejamento pediram que os Professores J. L. B. Pedreira, A. Lamy Filho e C. L. R. Siqueira redigissem um anteprojeto de Lei das Sociedades por Ações. Posteriormente, o Ministro da Fazenda atendeu a requerimento do Presidente da Bolsa de Valores de São Paulo e pediu que o Prof. M. Carvalhosa também passasse a fazer parte do grupo que redigiria o anteprojeto de Lei das Sociedades por Ações; a partir de outubro de 1974, porém, a redação do anteprojeto ficou a cargo apenas dos Professores J. L. B. Pedreira e A. Lamy Filho.<sup>615</sup>

Concorda-se com o Prof. M. Carvalhosa quando ele denuncia o indevido e frequentemente desastroso dirigismo estatal da economia<sup>616</sup>, mas se deve fazer uma ressalva séria a um dos argumentos do Prof. M. Carvalhosa. É verdadeiro que existem paralelos os quais poderiam vir a ser traçados entre a Lei das Sociedades por Ações e determinada

---

<sup>612</sup> ASCARELLI, Tullio, *Corso di Diritto Commerciale...*, pp. 369-374.

<sup>613</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Considerações sobre o Art. 147, §3º, da Lei de S.A. – a consulta e os quesitos in VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.), Lei das S.A. em seus 40 Anos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 178: “Desnecessário falar muito sobre a lei que os eminentes societaristas projetaram. De tão avançada, muitos de seus dispositivos só passaram a ter aplicação após a criação do Novo Mercado da BM&FBovespa e um deles só muito recentemente.*

*Lei modelo, admiravelmente bem redigida, por autênticos juristas que só pensaram no bem do Brasil.*

(...)

*Em homenagem aos grandes Mestres e aos quarenta anos da Lei de S.A. – uma das mais perfeitas leis que o Brasil jamais teve – contribuo modestamente com um pequeno parecer que escrevi, em janeiro de 2014, sobre o tema até hoje ainda pouco estudado no direito brasileiro.”*

<sup>614</sup> CARVALHOSA, Modesto, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1976, pp. 46-53.

<sup>615</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração e modificações*, 1º volume, Rio de Janeiro: Renovar, 3ª edição, 1997, p. 134.

<sup>616</sup> CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2º Volume..., p. 484, com os grifos do original: “A adoção não conjuntural, mas estrutural, desse institucionalismo caracterizado pela hegemonia dos objetivos empresariais sobre os fins sociais leva, inevitavelmente, ao *controle externo* da companhia pelo Estado, como é tipicamente o caso brasileiro, onde as companhias estão atreladas aos créditos e às estratégias governamentais sobre setores e regiões da atividade empresarial.”

legislação sobre sociedades por ações que existiu na Alemanha durante o período do nazismo. Entretanto, não existe qualquer prova de que os Professores J. L. B. Pedreira e A. Lamy Filho e de que todos os legisladores que votaram a favor da edição da Lei das Sociedades por Ações seriam nazistas. Quando uma acusação grave é feita, convém que o acusador já venha estendendo a prova diante de si à medida que faz a acusação.<sup>617</sup> O Prof. M. Carvalhosa jamais apresentou qualquer prova sobre isso. Depois da quarta edição de seus Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, as comparações entre a Lei das Sociedades por Ações e a lei societária alemã de 1937 foram removidas dos livros.

### 3.1.4. Teses do Prof. F. K. Comparato

Existe uma diferença entre uma descrição do direito e uma manifestação de concordância com o direito ou da ideia de que o direito seria bom ou estaria bem organizado. O Prof. F. K. Comparato afirma que o escopo lucrativo das sociedades deveria ceder passo a interesses comunitários e nacionais em qualquer caso de conflito. Ele acrescenta que a liberdade individual de iniciativa empresária não tornaria o direito ao lucro absoluto e não o colocaria acima do cumprimento de grandes deveres de ordem econômica e social, também assinalados na Constituição Federal.<sup>618</sup> Ele tem razão, e estas observações não são, estritamente, institucionalistas. Seria perfeitamente possível que um contratualista as fizesse. Depois de fazê-las, o Prof. F. K. Comparato assevera de modo contratualista:

“Ora, essa clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando em conflito com o escopo lucrativo da companhia, aparece em nosso direito despida do necessário aparelhamento de aplicação e eficácia. Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios. Pois, se o titular desses interesses comunitários e nacionais transborda largamente o círculo empresarial, quem tomará a iniciativa de defendê-los e com que tipo de ação? Certamente não os acionistas, mesmo minoritários ou não

---

<sup>617</sup> *Idem*, p. 486, com os grifos do original: “Adota a nossa lei o *Führerprinzip* do art. 70 da lei societária alemã de 1937, substituindo apenas a figura do administrador pela do controlador. Na lei societária do nacional-socialismo, a diretoria deveria administrar a companhia sob sua própria responsabilidade, para o bem da empresa e de seus empregados e no interesse do *Reich*. Em nossa lei, o acionista controlador é guindado à posição de mando absoluto da companhia. Conseqüentemente, torna-se responsável pelos destinos da empresa, de que a companhia é *forma*, e pelo cumprimento do papel institucional daquela, no interesse sobretudo do Estado.”

<sup>618</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., parágrafo 116, p. 322.

controladores. Na formulação legal do mecanismo da responsabilidade civil, houve a definição de novos interesses protegidos e de novo responsável (o controlador), ao lado dos administradores. Mas não houve a indispensável designação do agente legitimado a agir em prol do bem público.”<sup>619</sup> e <sup>620</sup>

Em certo artigo, o Prof. F. K. Comparato chama a atenção para a confusão entre as esferas privada e pública<sup>621</sup> que o institucionalismo gera. Esta é uma passagem extensa, mas vale a pena transcrevê-la por inteiro:

“Se assim é, parece irrecusável que também ao poder de controle empresarial se aplique a norma que impõe respeito à função social da propriedade. Mas qual o sentido dessa expressão, no tocante ao exercício da atividade empresarial?

Na lei de sociedades por ações (Lei 6.404, de 15.12.1976) determina-se (art. 154) que “o administrador (seja ele, portanto, diretor ou membro do conselho de administração) deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”, sem maiores especificações. No art. 116, parágrafo único, dispõe a mesma lei que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua.

Não há certamente dificuldade alguma em entender em que consistem os deveres negativos do empresário, relativamente a esses múltiplos interesses. Eles representam a mera aplicação do princípio geral *neminem laedere*.

---

<sup>619</sup> *Idem*, p. 322.

<sup>620</sup> A “tradição jusnaturalista” a que o Prof. F. K. Comparato faz referência aí talvez seja o liberalismo clássico. Se este é o caso, diverge-se do Prof. F. K. Comparato, pois o liberalismo clássico é uma filosofia que abrange a defesa do Estado de Direito. Consequentemente, o liberalismo clássico não tem relação com “puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios”.

<sup>621</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, *Aquisição de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 86-88.

Mas terá o empresário, também, deveres positivos? Fora do elenco de direitos trabalhistas do art. 7.º da Constituição, por exemplo, teriam as empresas o dever de desenvolver um plano de assistência social ou de previdência complementar para os seus empregados? O art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404 obrigaria, porventura, o acionista controlador a fazer com que a companhia participasse de campanhas de recolhimento e amparo de menores abandonados, lançadas pelo governo do Município onde tem a sua sede? Mais especificamente, em caso de conflito entre o interesse próprio da empresa, como unidade econômica, e o interesse geral da coletividade, deve o empresário sacrificar o interesse empresarial em prol do bem comum, deixando, por exemplo, de aumentar os preços dos produtos ou serviços de primeira necessidade, sem estar a isso legalmente obrigado?

O simples enunciado dessas questões mostra, claramente, o alcance limitado, senão nulo, do conceito de função social das empresas. E isto, sem falar no fato óbvio de que, para o exercício de uma atividade de serviço ou assistência social, no âmbito geral da coletividade, somente as grandes empresas oferecem condições estruturais adequadas, de recursos e pessoal empregado. A função social seria, então, um dever exclusivo das macroempresas?

Na verdade, a idéia de as empresas serem obrigadas, de modo geral, a exercer uma função social *ad extra* no seio da comunidade em que operam, apresenta o vício lógico insanável da contradição. A empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão de sua estrutura e funcionamento. O objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros.

Tomemos, por exemplo, a sociedade anônima, que é a forma ideal para a grande empresa. A assembléia-geral pode sempre alterar o seu objeto, que é a atividade empresarial definida nos estatutos, cabendo apenas à minoria dissidente o direito de retirada (Lei 6.404, arts. 136, V e 137). Mas a companhia não poderá, jamais, renunciar à sua finalidade lucrativa (art. 2.º), ainda que todos os acionistas renunciem solenemente a receber dividendos e sejam movidos pelo mais elevado intuito altruístico, ou pela intenção de participar de alguma campanha pública de auxílio social. Da mesma forma, embora a lei cometa ao

administrador de companhias o dever de exercer suas atribuições tendo em vista a “função social da empresa” (art. 154, *caput*), nenhum órgão administrativo, no exercício de suas “responsabilidades sociais”, está legalmente autorizado a praticar atos gratuitos não razoáveis, em benefício da comunidade em que atua a empresa (mesmo artigo, § 4.º). A razoabilidade aí, como ninguém pode ignorar, é apreciada em função justamente da finalidade lucrativa, que é da essência da sociedade anônima. Por último, convém lembrar, já se firmou na jurisprudência brasileira o entendimento de que uma companhia pode ser dissolvida judicialmente em razão do não preenchimento de seu fim social (Lei 6.404, art. 206, II, *b*), quando deixa persistentemente de produzir lucros.

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.

Da mesma sorte, num mundo sempre mais globalizado, é incongruente esperar que as macroempresas multinacionais trabalhem, naturalmente, em prol do interesse nacional de cada país. A nossa lei de sociedades por ações considera abuso de controle o fato de o acionista controlador orientar a companhia “para fim lesivo ao interesse nacional” (art. 117, § 1.º, *a*). A norma é perfeitamente compreensível, se se trata de sancionar uma atividade prejudicial ao país como um todo; ainda que ela suponha, para sua aplicação, que o Estado obedeça a um projeto nacional para o país, o que de fato não ocorre desde há muito. Mas, certamente, esse dispositivo legal não significa, nem pode significar, que o ramo aqui instalado de uma empresa multinacional deva colocar o bem do Brasil acima do interesse de seu grupo como um todo, e de sacrificar a sua lucratividade global ao desenvolvimento econômico e social da nação brasileira.

A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa

República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3.º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

O sentido etimológico da palavra governo, como todos sabem, é o de piloto (*kubernetes*, em grego). O que se espera de um piloto é que ele saiba conduzir a nave, em quaisquer condições, rumo ao porto de destino. Esse porto de destino, no Estado Democrático e Social é o estabelecimento de condições de vida dignas para todos, sem preferências ou discriminações.”<sup>622</sup>

Talvez o Prof. F. K. Comparato não seja um contratualista, mas é certamente possível encontrar passagens em seus livros e em seus artigos as quais estão completamente de acordo com o contratualismo. Este último trecho foi escrito pelo Prof. F. K. Comparato no contexto da oposição que ele fez às privatizações na década de noventa. Acredita-se que o Prof. F. K. Comparato estivesse enganado quanto às privatizações, porém não se procurará demonstrá-lo, porque este assunto específico foge ao objeto da presente tese de doutorado. As privatizações, em geral, foram boas para o Brasil como um todo. Mesmo assim, a essência do argumento do Prof. F. K. Comparato está correta. Não convém que se confunda o privado com o público. Há situações de falha de mercado ou de assimetrias de informação em que a intervenção estatal é muito bem-vinda. Por outro lado, a intervenção estatal não deve ser excessiva. A melhor alternativa é obtida, aliás, quando a intervenção do Estado é mínima.<sup>623</sup> Uma sociedade livre parece estar guiada como que por uma mão invisível.

---

<sup>622</sup> COMPARATO, Fábio Konder, Estado, Empresa e Função Social *in* Revista dos Tribunais, v. 732, Ano 85, outubro de 1996, pp. 44-46, sem as notas de rodapé de números 21 e 22.

<sup>623</sup> Diferentemente, o Prof. M. Reale sempre entendeu que o Estado deveria ser o gerente da economia. Em entrevista, em NOBRE, Marcos; José Marcio Rego, Conversas com Filósofos Brasileiros, São Paulo: Editora 34, 2000, p. 24, ele explica: “É uma tolice, no meu modo de entender, afirmar que o Estado, em economia, deixou de ter um papel próprio para ser mero receptor de choques e conflitos de capitais estrangeiros ou externos. Não, o Estado tem sempre uma função de controle, de gerenciamento, quando mais não seja, de preservação do que é próprio.”

## 3.2. Elementos Institucionalistas para a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social

### 3.2.1. Função Social da Atividade Negocial

A função social encontra-se, atualmente, associada à propriedade<sup>624</sup>, à empresa<sup>625</sup> e ao contrato<sup>626</sup>. Inicialmente, a função social foi relacionada ao direito de propriedade, mas há controvérsia sobre a sua origem. Para o Prof. F. K. Comparato, a primeira manifestação da função social da propriedade no direito teria ocorrido com a Constituição de Weimar de 1919;<sup>627</sup> há autores, contudo, que ligam a função social da propriedade também à Carta del Lavoro de 1927.<sup>628</sup>

O precursor do atual art. 154, *caput*, LSA<sup>629</sup>, dispositivo legal associável ao lado romântico da ditadura militar<sup>630</sup>, foi o art. 116, §7º, Decreto-Lei Federal nº 2.627/40<sup>631</sup>,

---

<sup>624</sup> A literatura sobre a função social da propriedade é vastíssima. Para observações importantes sobre esse assunto, pode-se consultar GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 2015, pp. 231-247.

<sup>625</sup> O Prof. E. V. A. e N. França entende que a permissão derivada do art. 154, §4º, LSA, se inspiraria na ideia da função social da empresa, ressalta que a Lei das Sociedades por Ações prevê a possibilidade de “contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados” (art. 187, VI, LSA) e exemplifica como isto também ocorre em outros países em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Competência do Conselho de Administração para Autorizar a Doação de Bens ou Serviços pela Companhia...*, pp. 323-327.

<sup>626</sup> Para considerações sobre o Estado de Direito e sobre a função social dos contratos, pode-se consultar BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 266-268.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *A Função Social do Contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 302: “É certo que essas linhas do Superior Tribunal de Justiça, ainda que não guardem completa coerência entre si, reafirmam que o contrato serve para realizar interesses privados. Esta pesquisa demonstra como são pouco razoáveis os argumentos que associavam a funcionalidade do contrato à revisão contratual imotivada.”

<sup>627</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção in Direito Empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, pp. 32-34.

<sup>628</sup> SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, *A Propriedade Agrária e suas Funções Sociais in SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant’Anna (Orgs.), O Direito Agrário em Debate*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 15.

<sup>629</sup> “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

<sup>630</sup> Originalmente, a Lei das Sociedades por Ações teria sido destinada, principalmente, à sociedade cujo controle se encontraria, na prática, dividido entre Estado, particulares nacionais e particulares estrangeiros. Para relato sobre a intenção romântica dos legisladores da década de setenta, pode-se consultar GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (Coords.), Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, pp. 23-26.

<sup>631</sup> “Art. 116. A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo. (...) § 7º Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem

dispositivo legal criado durante a ditadura de G. Vargas.<sup>632</sup> No art. 1º, Lei Federal nº 1.808/53<sup>633</sup>, o art. 116, §7º, Decreto-Lei Federal nº 2.627/40, também foi substancialmente repetido.<sup>634</sup> No final das contas, atualmente, seria mais ou menos como se todo administrador (art. 154, *caput*, LSA) e todo controlador (art. 116, parágrafo único, LSA) de sociedade por ações fosse um funcionário público para os legisladores. A norma do art. 47, LREF, por sua vez, em tese, refere-se a qualquer sociedade empresária; as sociedades limitadas empresárias, conseqüentemente, por exemplo, também seriam empresas dotadas de função social no Brasil.

Não é claro o que seja a função social. Nesta tese de doutorado, a função social será tomada como ainda outro comando jurídico para que a moral seja cumprida. Diante disso, todavia, poderia vir a surgir uma dúvida razoável. Se a função social é um comando jurídico para que a moral seja cumprida, qual seria, realmente, a diferença entre a função social e a boa-fé objetiva, por exemplo? Há uma diferença no contexto por detrás destas duas noções. A boa-fé objetiva é algo tradicionalmente conectado à ideia de lealdade. A função social, por outro lado, estaria relacionada à prevalência de interesses coletivos sobre interesses individuais.

Atualmente, a atividade econômica, no Brasil, encontra-se dividida entre atividades simples e atividades empresárias (art. 966, CC); a expressão “função social” não é utilizada em relação às atividades simples, mas apenas em relação às atividades empresárias.

### 3.2.2. Preservação da Atividade Negocial

Os Professores A. V. Pugliesi e P. F. C. S. de Toledo associam a continuidade das empresas à concordata e a preservação das empresas ao direito concursal contemporâneo<sup>635</sup>,

---

público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios.”

<sup>632</sup> O redator do anteprojeto do Decreto-Lei Federal nº 2.627/40 não diz muito sobre este dispositivo legal. Para as observações do Prof. T. de M. Valverde sobre o art. 116, §7º, Decreto-Lei Federal nº 2.627/40, pode-se consultar VALVERDE, Trajano de Miranda, *Sociedades por Ações*, Vol. II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 1959, pp. 304-305.

<sup>633</sup> “Art. 1º Os banqueiros sob firma individual e os diretores ou gerentes de sociedades comerciais, que se dedicarem ao comércio de bancos, deverão empregar no exercício das suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum, a diligência de que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios.”

<sup>634</sup> A função social da propriedade foi prevista no art. 157, III, Constituição Federal de 1967.

<sup>635</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz *et al*, *Recuperação Empresarial e Falência* in CARVALHOSA, Modesto (Coord.), *Tratado de Direito Empresarial*, Vol. V, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, pp. 60-72.

mas a expressão “continuidade” ou “continuação” consta, por exemplo, dos arts. 1.085, *caput*, CC, 31, *caput*, Lei Federal nº 6.024/74, 27, II, “c”, 99, VI e XI e 150, LREF.<sup>636</sup> Na presente tese de doutorado, a continuidade das empresas será assimilada à preservação das empresas embora “preservação” possa ter um significado mais amplo (proteger, pôr ao abrigo de algum mal, resguardar, acautelar *etc*). Nos negócios jurídicos em geral, a conservação do negócio em caso de invalidade tem por fim tutelar os interesses das partes<sup>637</sup> (art. 170, CC), porém a preservação das empresas é algo mais amplo. Ela não é algo circunscrito apenas a hipóteses de invalidade e refere-se, também, por exemplo, a empresários individuais (art. 1º, LREF).<sup>638</sup>

Pode valer a pena preservar empresas por conta do aviamento.<sup>639</sup> Se o complexo de bens organizados vale mais que a soma do valor individual de cada bem, faz sentido que

---

<sup>636</sup> “Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. (...)”

“Art. 31. No resguardo da economia pública, da poupança privada e da segurança nacional, sempre que a atividade da entidade liquidanda colidir com os interesses daquelas áreas, poderá o liquidante, prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, adotar qualquer forma especial ou qualificada de realização do ativo e liquidação do passivo, ceder o ativo a terceiros, organizar ou reorganizar sociedade para continuação geral ou parcial do negócio ou atividade da liquidanda. (...)”

“Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei: (...) II – na recuperação judicial: (...) c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial. (...)”

“Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do **caput** deste artigo; (...) XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; (...)”

“Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do **caput** do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.”

<sup>637</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial...*, p. 109, sem a nota de rodapé nº 34 e com os grifos do original: “(...) vigora o *princípio da conservação*, segundo o qual, quer como orientação de política legislativa, quer como regra de aplicação da lei, deve-se procurar salvar o máximo possível do negócio jurídico realizado. Entre duas sanções cabíveis, deve ser escolhida a que permita a produção do maior número de efeitos. Predomina o *favor negotii*, gênero de que o *favor matrimonii* e o *favor testamentii* são espécies, multissecularmente formuladas.”

<sup>638</sup> Entre todos os dispositivos do Código Civil, a expressão “empresário individual” constava apenas do art. 931 originalmente. Agora, este termo também é usado no art. 968, §3º, CC, referente à transformação anômala de registro de empresário individual em registro de sociedade empresária.

<sup>639</sup> MACIEL, Renata Mota, *A Universalidade do Juízo da Recuperação Judicial*, São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 144, sem a nota de rodapé nº 351: “Preservar a empresa significa reconhecer sua função social e sua importância para o desenvolvimento socioeconômico nacional. A propósito, pode-se afirmar, sem nenhum receio, que o objetivo econômico e social de um país pode ser mensurado pela forma como é conduzido o estado de crise de suas empresas.”

haja normas sobre isto.<sup>640 e 641</sup> O trespasse do estabelecimento, por exemplo, pode até mesmo vir a ser um ato de falência (art. 94, III, “c”, LREF).

Idealmente, a preservação das empresas não deveria ser tomada como um fim em si mesmo.<sup>642 e 643</sup> “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” (art. 391, CC). Logo, em alguns casos, pode valer a pena destruir a empresa. É verdadeiro que as empresas podem ser preservadas até mesmo na falência<sup>644</sup>, mas não se deve partir do pressuposto de que o complexo de bens organizados vale mais que a soma do valor individual de cada bem sempre. Felizmente, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência permite, inclusive, como hipótese limite, na falência, a alienação de bens em separado (art. 140, IV, LREF).<sup>645</sup> Além disso, de modo adequado, a falência do devedor pode vir a ser decretada independentemente da vontade do devedor em algumas hipóteses (arts. 73 e 94, LREF). Há casos em que a empresa é tão ineficiente que vale a pena liquidá-la. As empresas

---

<sup>640</sup> BARRETO FILHO, Oscar, Teoria do Estabelecimento Comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil, São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 169, sem a nota de rodapé nº 8:

“Visto do ângulo econômico, o aviamento é um juízo de relação entre diversos estabelecimentos que concorrem no mesmo mercado; dêsse confronto decorre a maior ou menor esperança de lucros futuros. Mas êsse resultado, favorável ou não, estável ou transeunte, é uma situação de fato, que decorre das condições em que normalmente se exerce tôda exploração econômica, no regime de livre concorrência.

O que interessa ao direito é proteger o complexo de elementos que constitui a causa material do aviamento da fazenda mercantil. Juridicamente, a todo estabelecimento, enquanto existe, corresponde um aviamento, grande ou pequeno, o qual é tutelado *per se*, independentemente de qualquer valoração comparativa com outros estabelecimentos.”

<sup>641</sup> DE LUCCA, Newton, Comentários ao Art. 47 *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.), Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências: comentários artigo por artigo da Lei nº 11.101/2005, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 208, sem a nota de rodapé nº 13: “Mostra-nos Rodríguez Rodríguez que o princípio da dissolução era consagrado, fundamentalmente, no direito romano, passando o da preservação a ser reconhecido pelas mais modernas legislações de todo o mundo. Essa evolução teria passado por três etapas distintas: a primeira, quando se admitia a cláusula de continuação com os herdeiros; a segunda, com a exclusão dos incapazes como base para a continuação da empresa; e a terceira, marcada pelo reconhecimento legal do princípio da conservação da empresa, em função do valor objetivo da mesma.”

<sup>642</sup> Para o Prof. R. Requião, a sociedade anônima voltada tão somente para si mesma apenas poderia vir a fazer sentido como sociedade de economia mista em REQUIÃO, Rubens, A Sociedade Anônima como “Instituição” *in* RDM, nº 18, Ano XIV, 1975, p. 29.

<sup>643</sup> O Prof. E. V. A. e N. França acredita que credores em processos concursais, necessariamente, possuiriam interesse comum conforme FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, Da Assembléia-Geral de Credores..., pp. 192-193. O mesmo entendimento é defendido em BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik, Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 50.

<sup>644</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, A Preservação da Empresa, Mesmo na Falência *in* DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.); ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Org.), Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos, São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 526-531.

<sup>645</sup> PUGLIESI, Adriana Valéria, Direito Falimentar e Preservação da Empresa, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 273: “Assim, a adoção da liquidação de bens isoladamente seria hipótese reservada aos casos em que nenhuma utilidade possa ter a preservação dos ativos organizados, restando apenas pagar os credores com o produto da venda individualizada destes.”

não devem ser preservadas independentemente de qualquer risco, consequência ou de qualquer circunstância.<sup>646</sup>

A legislação brasileira produz algumas extravagâncias quanto ao fim das sociedades. No art. 49-A, parágrafo único, CC<sup>647</sup>, é dito que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é estabelecida pela Lei com a finalidade de, entre outras coisas, gerar tributos.<sup>648</sup> Este é um dispositivo legal bizarro. Não se deve pagar tributo simplesmente para se pagar tributo. Idealmente, o dinheiro arrecadado deve ser bem empregado. Assim, a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas não deveria existir apenas para a geração de tributos. Na Lei das Sociedades por Ações, existe disposição diversa (art. 2º, §3º, LSA): “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”

A proibição de liquidação de companhia próspera (art. 117, §1º, “b”, LSA) provoca outra extravagância. A ideia por detrás desta norma é que não se deve destruir valor; esta prescrição assemelha-se, pois, de certo modo, à vedação ao ato emulativo (art. 1.228, §2º, CC). Estas normas não são garantidas sem absolutamente qualquer custo. A proibição de liquidação de companhia próspera – mal comparando – parece-se com comando que veda o suicídio. Sabe-se que as pessoas são criativas e podem vir a cometer toda espécie de abuso; deve-se ter em mente, todavia, que há incentivos para que atos abusivos não sejam cometidos. Em princípio, o acionista controlador não se matará, não destruirá os seus próprios bens e não votará para que a companhia próspera seja liquidada em assembleia geral. Em vez disso, ele esforçar-se-á para manter-se vivo, tirará gozo de seus próprios bens e, caso ele não deseje mais ser acionista controlador da companhia próspera, venderá o poder de controle sobre a sociedade; os legisladores desconfiam, no entanto, do instinto de sobrevivência do acionista controlador. Esta preocupação parece ser excessiva. Teme-se que

---

<sup>646</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, O Crédito por Dividendos Declarados..., p. 246, com os grifos do original: “A preservação da empresa em crise não se dá pela arbitrária imputação de suas consequências a grupo específico de credores. Antes, exige solução global, coletiva, e não por retalhos. A preservação da empresa no cenário de dificuldades econômico-financeiras opera-se pelo recurso aos instrumentos jurídicos a ela especialmente destinados, que são os *processos de recuperação judicial ou extrajudicial* (LRF, arts. 47 e 161), no bojo dos quais a devedora poderá procurar o equacionamento coletivo de seus débitos, inclusive daqueles respeitantes aos acionistas enquanto terceiros.”

<sup>647</sup> Para os Professores E. V. A. e N. França e M. V. von Adamek, o art. 49-A, CC, seria a reintrodução da norma didática do art. 20, *caput*, Código Civil de 1916, conforme FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Direito Processual Societário..., p. 104, nota de rodapé nº 5.

<sup>648</sup> “Art. 49-A. (...) Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

confusões como esta acabem inspirando posições segundo as quais, por exemplo, a falência do devedor jamais deveria vir a ser decretada.

A terceira e última extravagância relacionada à preservação das empresas sobre a qual se deseja discorrer diz respeito à dissolução parcial das sociedades.<sup>649</sup> As sociedades foram, sob certo aspecto, convertidas em condomínios. Atualmente, é sempre permitido aos sócios, na prática, “exigir a divisão da coisa comum” (art. 1.320, *caput*, CC).<sup>650</sup> É claro que deve ser lícito aos sócios renunciarem às suas participações sociais (art. 1.275, II, CC), mas existe uma situação indevida quanto à dissolução parcial das sociedades no Brasil.<sup>651</sup> O Prof. M. V. von Adamek escreve o seguinte:

“Subscrevendo ações, ou adquirindo-as de terceiros, ou ao ser admitido como sócio no quadro societário, o indivíduo retira do seu patrimônio determinado valor, que é transferido ou substituído contra uma participação no patrimônio social.”<sup>652</sup>

O Prof. M. V. von Adamek tem razão, porém é importante sublinhar que as sociedades personificadas possuem patrimônio próprio ou autônomo (art. 49-A, parágrafo único, CC).<sup>653</sup> Em associações personificadas, é possível ser o titular de quota ou de fração ideal do patrimônio da associação (art. 56, parágrafo único, CC), mas, para as sociedades com capital social, é dito que o capital social é dividido em quotas (arts. 997, IV, e 1.055, *caput*, CC) ou em ações (art. 1º, LSA). Quando se confere bem ao capital social, o bem é transmitido ao patrimônio da sociedade personificada (art. 9º, LSA, *e. g.*). Desse modo, se um sócio deseja retirar-se de sociedade personificada, ele não pode, simplesmente, obter a

---

<sup>649</sup> Para breves comentários sobre a preservação da atividade negocial e sobre o problema da dissolução parcial de sociedade, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Direito Processual Societário...*, pp. 39-44. Para curto apontamento sobre a preservação da atividade negocial e discussão sobre a possibilidade de cobrança de juros retroativos diante de caso concreto, pode-se consultar FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Dos Juros de Mora na Ação de Dissolução Parcial para Retirada Judicial*, em que o Sócio Pretendia Receber Ações de Sociedades Controladas em Pagamento dos Haveres *in* SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida, *Direito Empresarial: estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*, São Paulo: Editora IASP, 2015, pp. 657-659.

<sup>650</sup> O Prof. E. V. A. e N. França utiliza este exemplo ao discorrer sobre a natureza de determinado fundo de investimento em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Parecer Sobre: a natureza jurídica dos fundos de investimento; conflito de interesses apurado pela própria assembleia de quotistas; quorum qualificado para destituição de administrador de fundo* *in* Revista de Direito Empresarial, N. 6, julho/dezembro, 2006, p. 18.

<sup>651</sup> Para observações sobre este tema – anteriores ao Código de Processo Civil de 2015 –, pode-se consultar ZANINI, Carlos Klein, *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 263-294.

<sup>652</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Abuso de Minoria...*, p. 46.

<sup>653</sup> Personalidade jurídica não envolve, necessariamente, limitação de responsabilidade conforme PARENTONI, Leonardo Netto, *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (jurimetria/Empirical Legal Studies)*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 32-38.

expropriação do bem que ele mesmo conferiu ao capital social (inviolabilidade da propriedade – art. 5º, XXIV, CF).<sup>654</sup> Os bens que formam o capital social pertencem à sociedade personificada e o capital social apenas pode ser modificado nas hipóteses legalmente permitidas (arts. 1.081 a 1.084, CC, e 6º, LSA).

A possibilidade de os sócios renunciarem às suas participações sociais não é um problema, mas a liquidação de valor de quotas com o posterior pagamento de haveres a sócio retirante ou o reembolso de ações descapitaliza a sociedade.<sup>655</sup> O contrato de sociedade não deve ser compreendido como se houvesse sempre alguma espécie de cláusula de arrependimento. Se o sócio realiza um investimento na sociedade personificada, porém percebe, posteriormente, que a sua decisão não foi boa, não deveria ser permitido que ele descapitalizasse a sociedade como se ela não tivesse patrimônio próprio ou autônomo.<sup>656</sup> A disposição de bens de terceiros, em princípio, é ineficaz (art. 1.268, CC). Além disso, a norma do art. 206, II, “b”, LSA – atualmente também existente de modo semelhante no art. 1.034, II, CC – não é rigorosa ou dura.<sup>657</sup> Antigamente, era permitido que um único sócio dissolvesse a sociedade por inteiro unilateralmente (art. 335, 5, Código Comercial). Foi-se, hoje em dia, demasiadamente, para direção que também não é adequada. Na prática, pode ser muito simples, atualmente, justificar direito a recebimento de haveres. Seria mais ou menos como se não houvesse apenas algumas hipóteses específicas de direito de recesso (arts. 1.077, CC, e 137, LSA).

Em contrariedade à posição que está sendo defendida agora, é argumentado que, para a vasta maioria das sociedades, não existe mercado para a compra de participações sociais de sócio interessado em se retirar da sociedade. Teoricamente, esta situação seria ainda mais grave nas sociedades limitadas, porque, na omissão do contrato social, o sócio apenas pode ceder as suas quotas a outro sócio ou a terceiro se não houver a oposição de mais de um

---

<sup>654</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, *Desapropriação*, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, pp. 4-6.

<sup>655</sup> O direito de propriedade dos sócios não deve ser indevidamente esvaziado. Quando um sócio se retira de sociedade, isto pode acabar afetando os direitos dos outros sócios. Para observações sobre o direito de propriedade dos acionistas no direito alemão, pode-se consultar WIEDEMANN, Herbert, *O Pequeno Acionista é Acionista?* in RDM, nº 170/171, Ano LV, agosto de 2015-julho de 2016 (tradução dos Professores E. V. A. e N. França e B. Di Dotto), pp. 32-36.

<sup>656</sup> Uma coisa é a liquidação do valor de quotas com o pagamento de haveres ou o reembolso de ações em dissolução parcial de sociedade. Outra são os eventuais direitos ou deveres que podem existir entre sócios e sociedade. Outra, ainda, é o valor devido aos sócios, pertinente ao acervo, em virtude de dissolução total da sociedade. Para distinções quanto a estes pontos, pode-se consultar ESTRELLA, Hernani, *Apuração dos Haveres de Sócio*, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, pp. 85-102, especialmente as pp. 99-102.

<sup>657</sup> O Prof. M. R. Penteado, diferentemente, acredita que a consequência da aplicação da norma do art. 206, II, “b”, LSA, seria demasiadamente radical em PENTEADO, Mauro Rodrigues, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2000, p. 213.

quarto do capital social (art. 1.057, *caput*, CC). Adicionalmente, as hipóteses de direito de recesso podem ser relativamente restritas.<sup>658</sup>

Não é todo erro que permite a anulação de negócio ou de adesão a contrato de sociedade (arts. 138 a 144, CC). É verdadeiro que as pessoas podem enganar-se terrivelmente quanto a investimento em sociedade, mas o apelo à suposta equidade da solução que autoriza o pagamento de haveres em qualquer caso não foi, realmente, justificado. O modo austero de enxergar as sociedades beneficia os investidores diligentes. Os Professores E. V. A. e N. França e M. V. von Adamek, de maneira bem humorada, comparam a renúncia às participações sociais sem o recebimento de haveres ao suicídio<sup>659</sup>, mas, certamente, esta não é uma comparação boa, porque o investidor que se equivocou hoje pode aprender com o seu próprio erro e investir corretamente amanhã. Não ter direito a receber haveres em caso específico não é, realmente, comparável à morte.

### 3.2.3. Igualdade e Proporcionalidade no Direito das Sociedades

Normas de igualdade são interessantes, pois elas são generalizações para que hipóteses diferentes sejam tratadas do mesmo modo apesar de suas distinções; igualdade, todavia, não seria algo necessariamente bom, porque, às vezes, pode convir que casos diferentes sejam tratados distintamente.<sup>660 e 661</sup> A cama de Procasto, por exemplo, é um repositório de igualdade (“*repository of equality*”).<sup>662</sup> Em todo caso, como seres humanos são todos muito parecidos, pode ser prudente possuir alguma espécie de norma de igualdade.<sup>663</sup>

A máxima segundo a qual os iguais deveriam ser tratados igualmente, na medida de sua igualdade, não implica, necessariamente, a máxima consoante a qual os desiguais

---

<sup>658</sup> Estes argumentos podem ser encontrados em FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Notas sobre a Sociedade Perpétua..., p. 113.

<sup>659</sup> *Idem*, p. 113 e nota de rodapé nº 4.

<sup>660</sup> WESTEN, Peter, *Speaking of Equality: an analysis of the rhetorical force of ‘equality’ in moral and legal discourse*, Princeton University Press, 1990, pp. 185-229, PETERS, Christopher J., *Foolish Consistency: on equality, integrity, and justice in stare decisis* in *Yale Law Journal*, Vol. 105, No. 8, junho de 1996, pp. 2112-2115, e PETERS, Christopher J., *Equality Revisited* in *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 6, abril de 1997, pp. 1262-1264.

<sup>661</sup> Os Professores J. Raz e F. Schauer não são entusiastas de norma geral de igualdade de acordo com RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom...*, pp. 217-244, e SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes...*, pp. 199-223 (no final do livro, o Prof. F. Schauer suaviza um pouco a sua posição em pp. 296-298).

<sup>662</sup> SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes...*, p. 202.

<sup>663</sup> *Idem*, pp. 216-223.

deveriam ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade, e o contrário também é verdadeiro.<sup>664 e 665</sup>

Para o Prof. A. M. da R. e Menezes Cordeiro, a igualdade e a justiça distributiva seriam um princípio geral das sociedades.<sup>666</sup> Para o Prof. M. V. von Adamek, por sua vez, o princípio da igualdade de tratamento seria um princípio fundamental do direito societário.<sup>667</sup> Para o Prof. D. de A. Vio, por seu turno, o fundamento da disciplina dos grupos de sociedades seria o princípio constitucional da igualdade perante a Lei.<sup>668</sup>

Entusiasmos semelhantes a estes podem ser percebidos quanto à ideia de proporcionalidade. Para o Prof. M. V. von Adamek, os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento seriam princípios estruturantes do direito societário moderno.<sup>669</sup> O Prof. L. F. Spinelli, por seu lado, prefere aludir à regra ou ao postulado de razoabilidade ao tratar de proporcionalidade.<sup>670</sup>

Nesta tese de doutorado, defende-se que igualdade e proporcionalidade sejam compreendidas de maneira muito menos arrojada tal como sustentam, por exemplo, os Professores J. K. Pela<sup>671</sup> e L. D. H. Mussi<sup>672</sup>. Já há muitos elementos vagos no direito brasileiro como a boa-fé objetiva e como a função social da atividade negocial. Não há a necessidade de insistir em outras ideias as quais talvez tragam ainda mais insegurança.

Poder-se-ia associar a noção de igualdade aos arts. 44, §4º, 109, §1º, LSA, e 37, LC, e aos debates sobre as vantagens ou benefícios particulares (arts. 84, VI, e 115, §1º, LSA)<sup>673</sup>. A proporcionalidade, por outro lado, poderia ser entendida, apenas, como relação proporcional entre direitos e deveres de sócio e participação na sociedade. Desse modo, o

---

<sup>664</sup> *Idem*, pp. 201-207.

<sup>665</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, Recuperação Judicial – Sociedades Anônimas – Debêntures – Assembléia Geral de Credores – Liberdade de Associação – Boa-Fé Objetiva – Abuso de Direito – *Cram Down – Par Condicio Creditorum in RDM*, nº 142, Ano XLV, abril-junho, 2006, p. 276: “Diante dessa realidade jurídica, segue-se que, no Brasil, o tratamento diferenciado entre os credores só pode ocorrer quando compuserem eles classes distintas. Se forem da mesma classe não há como deixar de conceder-lhes tratamento igualitário, a não ser que estejam eles de acordo com isso.”

Para considerações sobre eventual contraposição entre a *par condicio creditorum* e a preservação da empresa, pode-se consultar COSTA, Thiago Dias, Recuperação Judicial e Igualdade entre Credores, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 144-147.

<sup>666</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e, Manual de Direito das Sociedades: das sociedades em geral, I Volume, Almedina, 2004, p. 187.

<sup>667</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von, Abuso de Minoria..., p. 106.

<sup>668</sup> VIO, Daniel de Avila, Grupos Societários..., p. 97.

<sup>669</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von, Anotações sobre a Exclusão de Sócios por Falta Grave no Regime do Código Civil *in RDM*, nº 158, Ano L, abril-junho, 2011, pp. 114-115.

<sup>670</sup> SPINELLI, Luis Felipe, Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada..., p. 223, nota de rodapé nº 504.

<sup>671</sup> PELA, Juliana Krueger, As Golden Shares no Direito Brasileiro..., pp. 126-135.

<sup>672</sup> MUSSI, Luiz Daniel Haj, Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista..., pp. 248-251.

<sup>673</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, Conflito de Interesses e Benefício Particular..., pp. 43-45.

sócio que tivesse o maior quinhão do capital social teria a maior quantidade de direitos e de deveres, por exemplo. Nas sociedades por quotas, os votos são contados segundo o valor das quotas de cada sócio (art. 1.010, *caput*, CC). Nas sociedades por ações, diferentemente, a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral (art. 110, *caput*, LSA). Estas são hipóteses de proporcionalidade, mas há muitos casos em que algum tipo de desproporção é autorizado: pode-se estipular que os sócios não participem dos lucros e das perdas na proporção de suas quotas nas sociedades por quotas (art. 1.007, CC), as ações podem ser separadas em diferentes espécies ou classes (arts. 15 a 19, LSA), o direito de voto das ações preferenciais pode ser suspenso de maneira condicional (art. 17, §2º, LSA), o número das ações preferenciais com voto suspenso ou de algum modo restrito pode ir até a metade do total das ações emitidas (art. 15, §2º, LSA), o número de votos de cada ação ordinária pode ser limitado (art. 110, §1º, LSA), é admitida a criação de uma ou mais classes de ações ordinárias com a atribuição de voto plural dentro dos limites legais (art. 110-A, LSA) *etc.*

### 3.2.4. Órgãos das Sociedades

Alguns juristas possuem obsessão pela ideia de “órgão”. O Prof. O. von Gierke, por exemplo, associava a personalidade jurídica à existência orgânica de grupos sociais e não à criação formal de pessoas jurídicas por autoridades estatais.<sup>674</sup> O Prof. F. C. Pontes de Miranda, por sua vez, inventou a palavra “apresentação” para cuidar de órgãos de pessoas jurídicas, porque ele entendia que, sendo as pessoas jurídicas capazes, seria inadequado falar em representação de pessoa jurídica por órgão.<sup>675</sup> “Órgão” poderia ser definido como ente dotado de competências que lhes foram atribuídas para a consecução ou para o exercício de função.<sup>676</sup> Trata-se de definição extremamente ampla a qual foi corretamente criticada pelo Prof. H. Kelsen:

“A Constituição pode determinar que todo cidadão do sexo masculino, são de mente e que não tenha sofrido condenação penal, usufrui de direitos eleitorais. A

---

<sup>674</sup> GIERKE, Otto von, *Community in Historical Perspective: a translation of selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht (the German Law of Fellowship)*, Cambridge University Press, 1990 (traduzido pela Profa. M. Fischer, selecionado e editado pelo Prof. A. Black), pp. 244-245, e GIERKE, Otto von, *Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800, Volume I*, Cambridge University Press, 1934 (traduzido pelo Prof. E. Barker), pp. 180-195.

<sup>675</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1970, pp. 412-415.

<sup>676</sup> ROMANO, Santi, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1947, pp. 146-147.

eleição do parlamento ou do chefe de Estado é, como criação de um órgão produtor do Direito, parte essencial de um processo de produção jurídica e, portanto, uma função eminentemente jurídica no estrito sentido da palavra. No entanto, o parlamento e o chefe de Estado eleitos são considerados órgãos do Estado, mas já o não é o eleitor; e a função do parlamento, bem como a do chefe de Estado, são consideradas funções estaduais, mas já o não é a função do eleitor, a eleição desses dois órgãos estaduais. Diz-se na verdade que o Estado edita – através do parlamento – leis, leis estaduais, que o Estado edita – através do chefe de Estado – decretos; mas o que se não diz é que o Estado elege o parlamento, se bem que, com referência ao conteúdo da função pela ordem jurídica regulada, o eleitor pudesse ser considerado órgão estadual com não menor fundamento que o parlamento ou o chefe de Estado, por ele eleitos, se bem que a função do eleitor, regulada na ordem jurídica pudesse ser atribuída ao Estado com o mesmo fundamento por que o são as funções do parlamento ou do chefe de Estado, igualmente reguladas pela ordem jurídica.”<sup>677 e 678</sup>

Fala-se de órgãos no direito das sociedades também<sup>679</sup> e, às vezes, as sociedades são conceituadas como organizações.<sup>680</sup> Se a definição amplíssima de órgão for adotada, qualquer acionista seria um órgão da sociedade. Para o Prof. F. K. Comparato, os

---

<sup>677</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, I Volume..., pp. 297-298.

<sup>678</sup> Pede-se que se ignore o fato de que o Prof. H. Kelsen aludiu tão somente ao sexo masculino. Horrivelmente, por exemplo, as mulheres apenas puderam votar na Suíça em 1971.

<sup>679</sup> ASCARELLI, Tullio, *Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas...*, p. 358: “Distingue-se, por isso, na organização interna da sociedade, o que respeita à orientação geral da sociedade; à gestão dela; ao controle desta e, respectivamente portanto, o que respeita à assembleia; aos diretores; aos fiscais.”

<sup>680</sup> SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Direito Societário: fundamentos* in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil*, Volume 1, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 57, nota de rodapé nº 15: “Contudo, entendemos que o fenômeno societário não pode ser reduzido ao contrato plurilateral (cf. a clássica e precisa lição de ASCARELLI. *O Contrato Plurilateral*), ou seja, à forma como é constituída a sociedade, devendo-se analisar o seu resultado. Isso é importante porque o art. 981 do Código Civil não traz o conceito de sociedade, mas sim define o que seja um contrato de sociedade. Dessa forma, a teoria do contrato-organização (ou da sociedade-organização, como preferimos) passa a explicar da melhor forma o fenômeno societário (inclusive a sociedade unipessoal – ou mesmo a eventual sociedade sem sócio – bem, como a sociedade criada por lei), uma vez que, ainda que as sociedades sejam criadas por um negócio jurídico plurilateral em sua imensa maioria, sociedades também podem ser constituídas por negócio jurídico unilateral e por lei; o ato constitutivo cria a organização societária.”

controladores seriam órgãos das sociedades<sup>681</sup>, mas os controladores possuem interesses próprios.<sup>682</sup> Órgão deve ser a assembleia geral.<sup>683</sup>

### 3.3. Elementos Contratualistas para a Interpretação do Contrato Social e do Estatuto Social

Os elementos contratualistas para a interpretação do contrato social e do estatuto social são muito mais modestos, menos surpreendentes, menos intrépidos e menos destemidos que os elementos institucionalistas para a interpretação do contrato social e do estatuto social. Significativamente, foram mencionados aspectos inderrogáveis do contrato de sociedade nos arts. 997, CC, e 109, LSA, por exemplo.

#### 3.3.1. *Status Socii*

A posição de sócio é um pressuposto de posições jurídicas ativas e passivas e é designada de estado de socio (*status socii*).<sup>684, 685 e 686</sup> A participação dos sócios na sociedade pode ser representada por quotas ou por ações. Quotas e ações podem circular; o *status socii*

---

<sup>681</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., p. 114.

<sup>682</sup> Peculiarmente, os controladores possuem a competência para autorizar o pedido de recuperação judicial ou a confissão de falência em caso de urgência na Lei das Sociedades por Ações (art. 122, parágrafo único). No Código Civil, não se faz referência à falência nos arts. 1.071 e 1.072, §4º, e ainda há menções à concordata nestes dispositivos legais.

<sup>683</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von, Das Competências Privativas Implícitas da Assembleia de Sócios e Acionistas..., p. 16, com os grifos do original: “Cada órgão é soberano no âmbito de sua própria esfera *privativa* de atribuição e, portanto, nenhum órgão (e, por maior razão, nenhum titular de órgão) pode usurpar competências alheias ou, o que a tanto equivale, *agir fora das atribuições que lhe foram legalmente deferidas*. Até porque a função precípua de cada qual é dar execução ao contrato ou ao estatuto social, e não o contravir por meio da subversão de suas regras de organização.”

<sup>684</sup> ASCARELLI, Tullio, Appunti di Diritto Commerciale: società e associazioni commerciali, Società Editrice del “Foro Italiano”, 3ª edição, 1936, pp. 114-117.

<sup>685</sup> “*Status*”, em Roma, era algo que tinha relação com personalidade e com capacidade. Posteriormente, “*status*” passou a ser discutido em termos teóricos quanto às relações jurídicas. Esta expressão também é usada no direito anglo-saxão. Para considerações sobre a história deste conceito, pode-se consultar MARINO, Daniela Ramos Marques, O *Status Socii* in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.), Direito Societário Contemporâneo I, São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 164-169. Para observações gerais sobre participações sociais, podem ser consultados ADAMEK, Marcelo Vieira von, Abuso de Minoria..., pp. 64-69, e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Direito Processual Societário..., pp. 152-162.

<sup>686</sup> O Prof. D. C. Gonçalves utiliza a expressão *statuo viae* para tratar do *status socii* na fusão, cisão e na transformação de sociedades em GONÇALVES, Diogo Costa, Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais: a posição jurídica dos sócios e a delimitação do *statuo viae*, Almedina, 2008, pp. 372-374.

pode ser objeto de negócio. Desse modo, existe uma comparação que pode ser feita entre a posição de sócio e o bem com obrigação *propter rem*.<sup>687</sup>

O Prof. T. Ascarelli explica que as ações teriam surgido com as sociedades anônimas e que as sociedades anônimas, por sua vez, remontariam a condomínios navais; as ações, assim, em última análise, teriam se originado de quotas de comunhões navais. As quotas de sociedades em nome coletivo e de sociedades em comandita simples, por seu turno, derivariam de quotas de sociedades civis.<sup>688</sup>

Outros sujeitos podem vir a ser associados à quota através de contratos de agregação sem que isto gere qualquer efeito para a sociedade ou para os outros sócios (art. 1.003, CC, v. g.).<sup>689</sup>

Talvez a principal distinção prática entre quotas e ações diga respeito ao regime de circulação destas espécies. A disciplina da circulação das ações é muito mais sofisticada que a disciplina da circulação das quotas, porque se deseja, em certos casos, que as ações possam ser negociadas em mercado de capitais.<sup>690</sup>

Os títulos nominativos foram considerados como títulos de crédito (arts. 921 a 926, CC) e, atualmente, títulos de crédito podem ser emitidos a partir de caracteres criados em computadores ou em outros meios técnicos equivalentes contanto que haja registro na escrituração do emitente e que os demais requisitos legais sejam observados (art. 889, §3º, CC). Há autores importantes, com efeito, que acreditam que as ações seriam títulos de

---

<sup>687</sup> BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik, *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 93.

<sup>688</sup> ASCARELLI, Tullio, *Appunti di Diritto Commerciale...*, p. 84.

<sup>689</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLIX..., pp. 85-86: “Na espécie do art. 1.388, 1.ª parte, do Código Civil, de ordinário surge a figura jurídica da *participação subordinada*, ou *subparticipação* (Unterbeteiligung). Por exemplo: D deu a A a quantia ou parte da quantia necessária para A entrar na sociedade em que são membros A, B e C, com o vínculo de A a prestar a D fração da quota que receber nos lucros, e no que, em caso de liquidação, caiba a A. Uma vez que A se vinculou a considerar B como sócio na sua quota, há a sociedade de segundo grau ou participação subordinada ou subparticipação. Dá-se o mesmo se concorrem tais elementos do suporte fático no caso de A, que já era sócio, ter obtido parte do valor da sua quota, ou todo êle, com a comunhão nos lucros, e em caso de liquidação. Se há, na participação subordinada, três ou mais interessados, tem-se como administrador aquele que obteve a participação subordinada.

Lê-se no Código Civil, art. 1.388: “(...)”. O quinhão do sócio é unidade inserta no patrimônio do sócio, razão por que se lhe permite entrar com êsse bem em sociedade, sem que precise de consentimento dos outros sócios, porque os direitos perante a sociedade e os outros sócios somente êle os tem e pode exercer. A relação jurídica entre os participantes dos lucros e da quota, em caso de liquidação da sociedade, pode ser a de sociedade, dita, então, de participação subordinada ou de subparticipação (sociedade de segundo grau).”

<sup>690</sup> ASCARELLI, Tullio, *Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas...*, p. 343: “Essa mobilização, todavia, só é possível na medida em que a participação de cada socio seja facilmente circulável; esta circulabilidade, por seu turno, exige seja a posição de socio corporizada em um título de crédito (ação), pois a disciplina dos títulos de crédito se coaduna justamente com as exigências da circulação.”

créditos.<sup>691</sup> É verdadeiro que a transferência de títulos nominativos na Itália não ocorre da mesma maneira como acontece a transferência de títulos nominativos no Brasil, mas o direito brasileiro possui fontes próprias. É certamente estranho que os legisladores tenham trazido os títulos nominativos para dentro da categoria geral dos títulos de crédito. O conceito genérico de título de crédito foi previsto no art. 887, CC, porém é admitido que haja títulos de crédito eletrônicos<sup>692</sup> (art. 889, §3º, CC) e que o registro dos títulos nominativos atue como documento necessário para o exercício de direito literal nele mencionado – a tradicional cambial, paradigma dos títulos de crédito, é substituída, neste caso, pelo registro do emitente (art. 922, CC). As ações são títulos causais, mas a identidade dos sócios pode ser irrelevante para a sociedade em muitos casos diferentes. Além disso, os livros de registro de ações nominativas e de registro de transferência de ações nominativas<sup>693</sup> e o registro em conta de depósito de ações podem ser interpretados literalmente. Apesar destas circunstâncias, há duas grandes dificuldades para que as ações sejam consideradas como títulos de crédito: as ações são títulos causais e elas não dizem respeito sempre ao exercício

---

<sup>691</sup> LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, Valores Mobiliários *in* LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.), Direito das Companhias, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 2017, pp. 366 e 373: “A expressão “valores mobiliários” foi utilizada no Brasil pelas Leis nºs 4.728/1965, 6.385/1976 e 6.404/1976 para significar o gênero dos títulos de emissão da companhia, mas, como será exposto adiante, a legislação posterior ampliou o significado da expressão, que passou a representar conceito instrumental que abrange, além de títulos, outros negócios jurídicos que, quando ofertados ao público, ficam sujeitos à disciplina legal do mercado de valores mobiliários fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários. Não há, portanto, um conceito legal de valores mobiliários que sirva para definir a natureza jurídica dos títulos emitidos pela companhia. Essa natureza deve ser precisada a partir do conceito doutrinário de “títulos de crédito” e das normas gerais sobre esses títulos, constantes dos artigos 887 a 926 do Código Civil. (...) O Código adota a definição clássica de VIVANTE (“título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido...”, art. 887); regula como tal o título nominativo (arts. 921 e segs.); admite sua emissão a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente” (art. 889, §3º); e contém, no artigo 896, a regra básica do instituto – de que “o título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam sua circulação.””

<sup>692</sup> PARENTONI, Leonardo Netto, Documento Eletrônico: aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 36, sem a nota de rodapé nº 45, com os grifos do original: “Por tudo o que foi exposto, *pode-se definir documento eletrônico como o texto escrito que representa um fato e tem como suporte material uma mídia eletrônica.*”

<sup>693</sup> Atualmente, de acordo com a Instrução Normativa DREI/SGD/ME nº 82/2021, os livros sociais devem ser exclusivamente digitais.

de direito de crédito.<sup>694 e 695</sup> Ações, aliás, podem vir a ser valores mobiliários (art. 2º, I, Lei da CVM).<sup>696</sup>

### 3.3.2. Objeto Social e Capital Social

Os administradores têm o dever de levar a cabo o objeto da sociedade (arts. 1.015 e 138, *caput*, LSA); não convém, portanto, fazer-se distinção entre administração ordinária e administração extraordinária – a administração, em princípio, é limitada pelo objeto social e não, por exemplo, pela relevância econômica dos atos que os administradores devam praticar.<sup>697</sup>

Pode ser muito difícil de saber se um ato estaria de acordo com o objeto social ou não em abstrato. Se um administrador, representando uma sociedade que tem por objeto fabricar doces, compra um carro, ele teria atuado fora do objeto social (*ultra vires societatis*)? Os administradores da sociedade devem, em qualquer hipótese, agir para que a sociedade possa alcançar o seu fim (arts. 1.011, *caput*, CC, e 154, *caput*, LSA).<sup>698</sup>

Para o Prof. F. K. Comparato, o dever de capitalização de empresa seria um princípio geral de direito mercantil não submetido à norma da maioria; ele chama a atenção para a

---

<sup>694</sup> O Prof. N. De Lucca não acredita que as ações seriam títulos de crédito, porque o regime de transferência de títulos nominativos no Brasil é diferente do regime de transferência de títulos nominativos na Itália e porque faltariam os requisitos de cartularidade, literalidade e de autonomia dos títulos de crédito às ações conforme DE LUCCA, Newton, Comentários ao Novo Código Civil, Volume XII, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 299-309. Para comentários sobre a autonomia dos títulos de crédito, pode-se consultar DE LUCCA, Newton, Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito, São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979, pp. 52-57.

<sup>695</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, Negócio Jurídico e Declaração Negocial..., p. 158, sem as notas de rodapé de números 44 e 45 e com os grifos do original: “Para confundir um pouco mais o tema da legitimação, cumpre ainda dizer que, às vezes, a lei exige, para o exercício de um direito, uma determinada *prova do direito* (um título). Ora, a esse título, infelizmente, também se liga, freqüentemente, a palavra “legitimação”. Assim, a procuração legitima o representante a falar em nome do representado; o registro legitima o proprietário a dispor de seu imóvel; etc. Esse título, que legitima o declarante a realizar determinado ato, é a prova de seu direito. Diz Von Tuhr: *Esse título toma o nome de título de crédito quando é o único meio pelo qual o titular pode legitimar-se para exercer seu direito e, em especial, para dispor dele*. Nesse sentido, digamos, derivado, legitimado é, pois, quem está “titulado”, para exercer um direito.”

<sup>696</sup> Para observações sobre os elementos do contrato de investimento coletivo, pode-se consultar MATTOS FILHO, Ary Oswaldo, Direito dos Valores Mobiliários, Volume 1, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015, pp. 179-190.

<sup>697</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Vinculação da Sociedade..., p. 35. Em sentido contrário, o Prof. J. A. T. Guerreiro separa a administração ordinária, relacionada à consecução ordinária do objeto social, da administração extraordinária, referente à estrutura da sociedade e às interações fundamentais entre sócios e sociedade, em GUERREIRO, José Alexandre Tavares, Administração..., pp. 205-206 e 211.

<sup>698</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares, Sobre a Interpretação do Objeto Social *in* RDM, nº 54, Ano XXIII, abril-junho, 1984, p. 69.

ideia de que isto estaria de acordo com o art. 488, Código Comercial<sup>699</sup>, relacionado às parcerias marítimas.<sup>700</sup> Em tese, este dispositivo legal ainda estaria em vigor (art. 2.045, CC).<sup>701</sup>

Diverge-se do Prof. F. K. Comparato, porque não existe norma segundo a qual deva haver congruência entre o capital social e o objeto social ou que a sociedade deva encontrar-se capitalizada com uma proporção adequada entre capitais próprios e capitais de terceiros. Há um dever do liquidante que parece apontar neste sentido (arts. 1.103, V, CC, e 210, V, LSA)<sup>702</sup>.<sup>703</sup> No Brasil, há exigências de capital social mínimo em apenas alguns casos restritos. O capital social é o montante que os sócios estimam ser necessário para a prática da atividade<sup>704</sup> e há várias normas diferentes que, genericamente, protegem o capital social: arts. 1.009, 1.059, CC, 201, §1º, LSA, e 83, VIII, “b”, LREF, *v. g.*<sup>705</sup> Não se deve partir do pressuposto de que, se existe uma norma especial para as parcerias marítimas, a mesma norma existiria para as outras sociedades.

---

<sup>699</sup> “Art. 488 - Se o menor número entender que a embarcação necessita de conserto e a maioria se opuser, a minoria tem direito para requerer que se proceda a vistoria judicial; decidindo-se que o conserto é necessário, todos os compartes são obrigados a contribuir para ele.”

<sup>700</sup> O Prof. F. K. Comparato não transcreveu corretamente o art. 488, Código Comercial, em seu livro; ele trocou “minoría” por “maioría”. Para as observações do Prof. F. K. Comparato sobre este suposto dever de capitalização de empresa, pode-se consultar COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., parágrafo 136, pp. 388-389.

<sup>701</sup> Art. 122, Lei Federal nº 2.180/54: “Por preceitos legais e reguladores da navegação entendem-se todas as disposições de convenções e tratados, leis, regulamentos e portarias, como também os usos e costumes, instruções, exigências e notificações das autoridades, sobre a utilização de embarcações, tripulação, navegação e atividades correlatas.”

<sup>702</sup> “Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante: (...) V - exigir dos quotistas, quando insuficiente o ativo à solução do passivo, a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um e proporcionalmente à respectiva participação nas perdas, repartindo-se, entre os sócios solventes e na mesma proporção, o devido pelo insolvente;”

“Art. 210. São deveres do liquidante: (...) V - exigir dos acionistas, quando o ativo não bastar para a solução do passivo, a integralização de suas ações;”

<sup>703</sup> DINIZ, Gustavo Saad, Subcapitalização Societária: financiamento e responsabilidade, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 201.

<sup>704</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, A Proteção aos Credores e aos Acionistas no Aumento de Capital *in* Revista do Advogado, nº 96, Ano, XXVIII, março de 2008, p. 34.

<sup>705</sup> “Art. 1.009. A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade.”

“Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.”

“Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17. § 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber. (...)”

“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: (...) VIII - os créditos subordinados, a saber: (...) b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado; (...)”

### 3.3.3. Fim Social

O Prof. H. Wiedemann faz uma distinção entre uma ordem ou disciplina societária (*Recht der Verbandsordnung*), uma ordem ou disciplina do patrimônio (*Recht der Sondervermögensordnung*) e entre uma ordem ou disciplina da atividade negocial (*Recht der Unternehmensordnung*).<sup>706</sup>

Há inúmeras normas de ordem pública as quais dizem respeito às sociedades. As normas sobre o capital social, por exemplo, são normas imperativas; o aspecto negocial do direito das sociedades, todavia, deve ser diferenciado das normas indisponíveis que concernem às sociedades. Por exemplo, às vezes, é dito que o direito das sociedades deveria regular possíveis conflitos entre sócios, administradores e credores.<sup>707</sup> Isto não é exatamente verdadeiro, porque existe a distinção de que o Prof. H. Wiedemann fala entre os três regimes diferentes. Os interesses dos credores podem ser protegidos, por exemplo, no âmbito da ordem do patrimônio ou da atividade negocial, mas não, precisamente, no âmbito negocial do direito das sociedades. O fim social é a estrela polar da ordem ou da disciplina societária.<sup>708</sup> Assim, não convém confundir a esfera negocial, privada, com as determinações de ordem pública que devem incidir obrigatoriamente.

A propósito deste tema, existe controvérsia sobre a expressão “*affectio societatis*”. Os Professores T. Ascarelli<sup>709</sup>, F. K. Comparato<sup>710</sup>, E. V. A. e N. França e M. V. von Adamek<sup>711</sup> manifestam-se contrariamente à ideia de *affectio societatis*, porém, mesmo entre eles, há pequenas divergências. Por exemplo, segundo o Prof. F. K. Comparato, a noção de *affectio societatis* não serviria sequer para distinguir a sociedade da comunhão;<sup>712</sup> os Professores E. V. A. e N. França e M. V. von Adamek, entretanto, não concordam,

---

<sup>706</sup> WIEDEMANN, Herbert, Excerto do Direito Societário I – Fundamentos..., pp. 67-74.

<sup>707</sup> MARQUES, Evy Cynthia, A Proteção aos Credores na Lei n. 6.404/76: análise específica de alguns mecanismos, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 57-61.

<sup>708</sup> WIEDEMANN, Herbert, Excerto do Direito Societário I – Fundamentos..., p. 67.

<sup>709</sup> ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral..., p. 291, nota de rodapé nº 47, com os grifos do original: “Esse é, no fundo, o sentido da tese tradicional, que exige a *affectio societatis*. Essa tese costuma ser criticada (cf. SALVADORI, *Rivista di diritto civile*, 1911), observando que ela imagina quasi que uma duplicação do consentimento das partes. Essa tese é, no entanto, exata, quando põe em evidencia o objetivo comum e a necessidade de que o consentimento das partes vise à consecução desse objetivo comum.”

<sup>710</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., parágrafo 37, pp. 132-133.

<sup>711</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Affectio Societatis*..., pp. 129-130.

<sup>712</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima..., parágrafo 37, pp. 132-133.

especificamente, com este entendimento.<sup>713</sup> Entre os autores célebres que se manifestaram em benefício da noção de *affectio societatis*, encontram-se os Professores S. Marcondes<sup>714</sup> e W. Bulgarelli<sup>715</sup>. O termo “*affectio societatis*” não consta da legislação brasileira.

### 3.4. Resumo do Capítulo

Este Capítulo é semelhante em termos de tamanho ao primeiro Capítulo e também é bem menor que o segundo Capítulo. Quis-se discorrer sobre o direito das sociedades em geral aqui. Tratou-se de conceitos fundamentais no primeiro Capítulo – definição do que seja interpretação, lacuna, sociedade *etc.* No segundo Capítulo, cuidou-se das normas sobre a interpretação do contrato social e do estatuto social e das normas sobre o preenchimento de lacunas do contrato de sociedade. Neste terceiro e último Capítulo, desejou-se chamar a atenção para temas de direito das sociedades que não se enquadravam bem nos dois primeiros Capítulos (função social da atividade negocial, preservação da atividade negocial *etc.*). Estes assuntos podem ser relevantes em termos de interpretação, mas consistem em tópicos separados. Temas muito diferentes, de ordem pública e de ordem privada, dizem respeito ao negócio jurídico de sociedade. Conhecer os contornos destes assuntos é importante para o entendimento geral sobre o negócio de sociedade.

---

<sup>713</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Affectio Societatis...*, p. 110.

<sup>714</sup> MARCONDES, Sylvio, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo: Edição Saraiva, 1977, p. 14.

<sup>715</sup> BULGARELLI, Waldírio, *Sociedades Comerciais...*, pp. 26-27.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se deve dizer que o controlador ou que a maioria seria o intérprete do interesse social. Qualquer um, em princípio, pode interpretar o contrato social ou o estatuto social. Se o intérprete está certo ou não, é outra questão. “Interpretação” foi uma palavra que adquiriu uma certa aura mística no direito. O mesmo não ocorreu com “compreensão” ou com “entendimento”, por exemplo. Isto deve explicar, ao menos em parte, a razão pela qual há tantos trabalhos acadêmicos sobre interpretação no direito. Quis-se contribuir para este debate com a desmistificação da palavra “interpretação”. Para fazê-lo, foi necessário, na verdade, desmistificar o direito como um todo. Isto não é fruto de alguma visão pessimista sobre o direito. O direito, idealmente, deve ter o seu lugar, e o desmerecimento das fontes do direito tem contribuído para incompreensões e para confusões conceituais.

O direito das sociedades também não deve ser visto como algo verdadeiramente extraordinário. Parte do problema do institucionalismo é que o negócio de sociedade termina por ser de algum modo enaltecido exageradamente. As sociedades, certamente, têm um impacto muito forte na vida das pessoas em geral, porém os aspectos negociais das sociedades não devem ser deixados de lado – eles são a origem das sociedades.

Todos os argumentos que foram defendidos nesta tese talvez deem a impressão ao leitor de que o autor desta monografia seria excessivamente conservador. Isto não é verdadeiro. Acredita-se que o “jeitinho brasileiro”, genericamente, tenha sido levado longe demais. A ideia de Estado de Direito, por conseguinte, ganha importância adicional. Quando a relevância do Estado de Direito for adequadamente percebida, a interpretação no direito, em geral, e do contrato social e do estatuto social, em particular, será melhor realizada.

## **BIBLIOGRAFIA**

Acta da 1ª Reunião da Comissão Revisora nomeada pelo Governo em 1900 *in* Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos á sua elaboração, Volume I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917.

ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Abuso de Minoria em Direito Societário*, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_, Anotações sobre a Exclusão de Sócios por Falta Grave no Regime do Código Civil *in* RDM, nº 158, Ano L, abril-junho, 2011.

\_\_\_\_\_, Das Competências Privativas Implícitas da Assembleia de Sócios e Acionistas *in* Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários, nº 13, maio de 2021.

\_\_\_\_\_, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio, *A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro*, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Contratos Relacionais, Existenciais e de Lucro* *in* Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 12, Vol. 45, janeiro a março de 2011.

\_\_\_\_\_, *Interpretação* *in* AJURIS, nº 45, ano 16, março de 1989.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2008.

\_\_\_\_\_, *A Theory of Legal Argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford University Press, 1989 (traduzido do alemão para o inglês pelos Professores R. Adler e N. MacCormick).

ALMEIDA, Marco La Rosa de, *Interpretação do Estatutos das Sociedades por Ações*, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_, *Interpretação dos Estatutos das Sociedades por Ações. A posição dos acionistas minoritários* in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Cord.), *Direito Societário Contemporâneo II*, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, José Romeu Garcia do, *Dever de Lealdade dos Acionistas nas Sociedades Anônimas*, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

ANGELICI, Carlo, *Appunti sull'Interpretazione degli Statuti di Società per Azioni* in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Volume 91, Fascículo 11-12, novembro-dezembro, 1993.

ARAUJO COSTA, Salustiano Orlando de, *Código Commercial do Brazil*, Rio de Janeiro: Laemmert & Co Editores-Proprietarios, 6ª edição, 1896.

ASCARELLI, Tullio, *Appunti di Diritto Commerciale: società e associazioni commerciali*, Società Editrice del "Foro Italiano", 3ª edição, 1936.

\_\_\_\_\_, *Contratto Plurilaterale; Comunione di Interessi; Società di Due Soci; Morte di un Socio in una Società Personale di Due Soci* in *Saggi di Diritto Commerciale*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955.

\_\_\_\_\_, *Corso di Diritto Commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*, Dott. A. Giuffrè Editore, 3ª edição, 1962.

\_\_\_\_\_, *Fideiussione; Conflito di Interessi e Deliberazioni di Consiglio; Oggetto e Capacità Sociale* in *Problemi Giuridici*, Tomo Secondo, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959.

\_\_\_\_\_, Interesse Sociale e Interesse Comune nel Voto *in* Studi in Tema di Società, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1952.

\_\_\_\_\_, L'Interesse Sociale dell'art. 2441 Cod. Civile. La Teoria dei Diritti Individuali e il Sistema dei Vizi delle Deliberazioni Assembleari *in* Problemi Giuridici, Tomo Secondo, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959.

\_\_\_\_\_, O Contrato Plurilateral *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945.

\_\_\_\_\_, Os Vícios de Constituição das Sociedades Anônimas e a Prescrição *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945.

\_\_\_\_\_, Panorama do Direito Comercial, São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1947.

\_\_\_\_\_, Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945.

\_\_\_\_\_, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945.

\_\_\_\_\_, Teoria della Concorrenza e Interesse del Consumatore *in* Saggi di Diritto Commerciale, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1955.

\_\_\_\_\_, Teoria Geral dos Títulos de Credito, São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia Editores, 1943 (tradução do Prof. N. Nazo).

\_\_\_\_\_, Usos e Abusos das Sociedades Anônimas *in* Revista Forense, Vol. LXXXVIII, Ano XXXVIII, Fascículo 460, outubro de 1941 (tradução do Prof. A. Sousa).

\_\_\_\_\_, Vícios das Deliberações Assembleais – Direitos Individuais dos Acionistas – Prescrição *in* Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva & Cia, 1945.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert S., Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions, Oxford University Press, 1987.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C., Game Theory and the Law, Harvard University Press, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 32ª edição, 2015.

BARRETO FILHO, Oscar, Teoria do Estabelecimento Comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil, São Paulo: Max Limonad, 1969.

BECCARIA, Cesare, Dei Delitti e delle Pene, Letteratura Italiana Einaudi, 1973 (a primeira edição foi publicada em 1764; a edição de referência estava aos cuidados do Prof. R. Fabietti).

BEN-SHAHAR, Omri, Fixing Unfair Contracts *in* Stanford Law Review, Volume 63, Issue 4, abril de 2011.

\_\_\_\_\_, The Tentative Case against Flexibility in Commercial Law *in* The University of Chicago Law Review, Vol. 66, Issue 3, Article 12, 1999.

BENOÎT, Jean-Pierre; KORNHAUSER, Lewis A., Game-Theoretic Analysis of Legal Rules and Institutions *in* AUMANN, Robert; HART, Sergiu (editores), Handbook of Game Theory with Economic Applications, Volume 3, North-Holland, 2002.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C., The Modern Corporation and Private Property, Transaction Publishers, 1991.

BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, reimpressão corrigida da 2ª edição, 1994.

BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Volume I*, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 7ª edição, 1944.

BERNSTEIN, Lisa, *Merchant law in a Merchant Court: rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms* in *The University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996.

\_\_\_\_\_, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: a preliminary study* in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, Issue 3, 1999.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz *et al*, *Recuperação Empresarial e Falência* in *CARVALHOSA, Modesto (Coord.)*, *Tratado de Direito Empresarial*, Vol. V, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de, *A Exceção de Contrato Não Cumprido no Direito Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

BIX, Brian, *Contract Law: rules, theory, and context*, Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, 1993 (reimpressão de 2003).

BLOOM, Paul, *Against Empathy: the case for rational compassion*, HarperCollins Publishers, 2016.

\_\_\_\_\_, *The Sweet Spot: suffering, pleasure and the key to a good life*, The Bodley Head, 2021.

BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, 1960.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *A Função Social do Contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ* in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021

\_\_\_\_\_, *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRINK, David O., *Mill's Deliberative Utilitarianism* in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 21, No. 1, inverno, 1992.

BULGARELLI, Waldírio, *As Sociedades em Comandita: simples e por ações* in *RDM*, nº 33, Ano XVIII, janeiro-março, 1979.

\_\_\_\_\_, *Deliberar não Deliberar é Deliberar?* in *Questões de Direito Societário*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_, *Sociedades Comerciais: sociedades civis, sociedades cooperativas, empresas e estabelecimento comercial*, São Paulo: Editora Atlas, 10ª edição, 2001.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik, *Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

\_\_\_\_\_, *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CAMPBELL, Tom D., *Prescriptive Legal Positivism: law, rights and democracy*, UCL Press, 2004.

\_\_\_\_\_, The Legal Theory of Ethical Positivism, Routledge Taylor & Francis Group, 2ª edição, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2008 (tradução da 2ª edição de 1983 para o português pelo Prof. A. Menezes Cordeiro).

CARRIÓ, Genaro R., Notas sobre Derecho y Lenguaje, Abeledo-Perrot, 3ª edição, 1986.

CARVALHOSA, Modesto, A Nova Lei das Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1976.

\_\_\_\_\_, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2º Volume, São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2009.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder, A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi, Interpretation Without Truth: a realistic enquiry, Springer, 2019.

\_\_\_\_\_, Tecnica dell'Interpretazione Giuridica, Il Mulino, 2007.

COMIRAN, Giovana Cunha, Os Usos Comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder, A Fixação do Preço de Emissão das Ações no Aumento de Capital da Sociedade Anônima *in* RDM, nº 81, Ano XXX, janeiro-março, 1991.

\_\_\_\_\_, A Natureza da Sociedade Anônima e a Questão da Derrogabilidade das Regras Legais de Quorum nas Assembléias Gerais e Reuniões do Conselho de Administração *in* Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

\_\_\_\_\_, A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988 *in* RDM, nº 80, Ano XXIX, outubro-dezembro, 1990.

\_\_\_\_\_, A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico *in* Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

\_\_\_\_\_, A Reforma da Empresa *in* Direito Empresarial: estudos e pareceres, São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_, Estado, Empresa e Função Social *in* Revista dos Tribunais, v. 732, Ano 85, outubro de 1996.

\_\_\_\_\_, Função Social da Propriedade dos Bens de Produção *in* Direito Empresarial: estudos e pareceres, São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_, O Direito de Subscrição em Aumento de Capital, no Fideicomisso Acionário *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 76, 1981.

\_\_\_\_\_; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

\_\_\_\_\_, Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: “Nova et Vetera” *in* RDM, nº 36, Ano XVIII, outubro-dezembro, 1979.

\_\_\_\_\_, Substitutivo ao Capítulo referente ao Contrato de Seguro no Anteprojeto de Código Civil *in* RDM, nº 5, Ano XI, 1972.

\_\_\_\_\_, Valor de Reembolso das Ações do Acionista Dissidente *in* Direito Empresarial: estudos e pareceres, São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, Law and Economics, Addison-Wesley, 6ª edição, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

CRAVEIRO, Mariana Conti, *Contratos entre Sócios: interpretação e direito societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

DE LUCCA, Newton, *A Atividade Empresarial no Âmbito do Projeto de Código Civil* *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.), *Direito Empresarial Contemporâneo*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

\_\_\_\_\_, *A Cambial-Extrato*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_; MACIEL, Renata Mota, *A Lei da Liberdade Econômica: sinalização para a atividade empresarial?* *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coords.), *Lei da Liberdade Econômica Anotada*, Vol. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

\_\_\_\_\_, *A Proteção Contratual no Código de Defesa do Consumidor* *in* RDM, nº 86, Ano XXXI, abril-junho, 1992.

\_\_\_\_\_, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979.

\_\_\_\_\_, *Comentários ao Art. 47* *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.), *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências: comentários artigo por artigo da Lei nº 11.101/2005*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_, *Comentários ao Novo Código Civil, Volume XII*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

\_\_\_\_\_, *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_, Direito do Consumidor: aspectos práticos perguntas e respostas, Bauru: EDIPRO, 2ª edição, 2000.

\_\_\_\_\_, Direito do Consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo, São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2008.

\_\_\_\_\_, Normas de Interpretação Contratual no Brasil *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez., 2006.

COSTA, Thiago Dias, Recuperação Judicial e Igualdade entre Credores, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DEMSETZ, Harold, Toward a Theory of Property Rights *in* The American Economic Review, Vol. 57, Nº 2, maio de 1967.

DENNETT, Daniel C., Darwin's Dangerous Idea: evolution and the meanings of life, Simon & Schuster, 1995.

DI PACE, Pasquale, Il Negozio Per Relationem, Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1940.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Forense, 29ª edição, 2016.

DIAMOND, Cora (editora), Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics Cambridge, 1939: from the notes of R. G. Bosanquet, Norman Malcolm, Rush Rhees, and Yorick Smythies, Cornell University Press, 1976.

DINIZ, Gustavo Saad, Subcapitalização Societária: financiamento e responsabilidade, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DOTTO, Bruno Di, Negócios da Companhia com Ações de sua Emissão, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_, *Judicial Discretion* in *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, nº 21, outubro de 1963.

ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000.

ESPINOLA, Eduardo, *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro (Lei n. 3071 de 1.º de janeiro de 1916)*, Volume Primeiro, Salvador: Editores Joaquim Ribeiro & Co. e Livraria das “Duas Americas”, 1918.

ESTRELLA, Hernani, *Apuração dos Haveres de Sócio*, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

FELÍCIO DOS SANTOS, Joaquim, *Projecto do Código Civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2010 (tradução dos Professores A. P. Z. Sica, F. H. Choukr, J. Tavares e L. F. Gomes).

FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo, *A Onerosidade Excessiva na Revisão e Extinção dos Contratos: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do Código Civil vigente*, Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

FERREIRA, Mariana Martins-Costa, *Buy or Sell e Opções de Compra e Venda para Resolução de Impasse Societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

FERRI, Giuseppe, *Società (Diritto Vigente): società (in generale) in Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 3ª edição, 1957.

FINNIS, John, *What is the Philosophy of Law?* in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 59, No. 2, 2014.

FONSECA, Hugo Duarte, Em Especial sobre os Elementos (Subsídios ou *Materiais*) Utilizáveis na Interpretação de Contratos de Sociedade *in* MARTINS, Alexandre de Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso; CUNHA, Carolina *et al* (Orgs.), Diálogos com Coutinho de Abreu: estudos oferecidos no aniversário do professor, Almedina, 2020.

\_\_\_\_\_, Sobre a Interpretação do Contrato de Sociedade nas Sociedades por Quotas, Coimbra Editora, 2008.

FORGIONI, Paula A., A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado, São Paulo: Thomson Reuters Revista os Tribunais, 5ª edição, 2021.

\_\_\_\_\_, Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2019.

\_\_\_\_\_, Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2020.

FRADERA, Véra Maria Jacob de, Interpretação dos Contratos *in* BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FRAGOSO, Daniella Maria Neves Reali, Sociedades por Ações: constituição, São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, A Conduta dos Associados como Regra de Interpretação dos Estatutos de uma Associação *in* Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_; ADAMEK, Marcelo Vieira von, A Proteção aos Credores e aos Acionistas no Aumento de Capital *in* Revista do Advogado, nº 96, Ano, XXVIII, março de 2008.

\_\_\_\_\_, A Sociedade em Comum, São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_, A Sociedade em Comum (Uma Malcompreendida Inovação do Código Civil de 2002) *in* RDM, nº 164/165, Ano LII, janeiro-agosto, 2013.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social *in* RDM, nº 149/150, Ano XLVII, janeiro-dezembro, 2008.

\_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_ , Aproveitamento de Oportunidades Comerciais da Companhia pelo Acionista Controlador (*Corporate Opportunity Doctrine*) *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coords.), Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos: em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_ , Competência do Conselho de Administração para Autorizar a Doação de Bens ou Serviços pela Companhia *in* Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_ , Conflito de Interesses e Benefício Particular: uma distinção que se impõe definitivamente dirimir *in* RDM, nº 161/162, Ano LI, janeiro-agosto, 2012.

\_\_\_\_\_ , Conflito de Interesses nas Assembléias de S. A. (e outros escritos sobre conflito de interesses), São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2014.

\_\_\_\_\_ , Considerações sobre o Art. 147, §3º, da Lei de S.A. – a consulta e os quesitos *in* VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.), Lei das S.A. em seus 40 Anos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

\_\_\_\_\_ , Da Assembléia-Geral de Credores *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.), Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e de Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Da Invalidade da Deliberação Assemblear contrastante com as Regras de Fixação de Preço de Emissão de Ações (LSA, Art. 170, §1º) *in* RDM, nº 161/162, Ano LI, janeiro-agosto, 2012.

\_\_\_\_\_, Dever de Lealdade do Acionista Controlador por Ocasão da Alienação do Controle – Dever de Maximização do Valor das Ações dos Acionistas Não Controladores – Interpretação de Estatuto de Companhia Aberta – Possibilidade de Cumulação de OPAs *in* RDM, nº 158, Ano L, abril-junho, 2011.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Direito Processual Societário: comentários breves ao CPC/2015, São Paulo: Editora Juspodivm e Malheiros Editores, 2ª edição, 2021.

\_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_ , Dos Juros de Mora na Ação de Dissolução Parcial para Retirada Judicial, em que o Sócio Pretendia Receber Ações de Sociedades Controladas em Pagamento dos Haveres *in* SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida, Direito Empresarial: estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, São Paulo: Editora IASP, 2015.

\_\_\_\_\_ , Empresa Empresário e Estabelecimento. A nova disciplina das sociedades *in* Revista do Advogado, Ano XXIII, nº 71, agosto de 2003.

\_\_\_\_\_ ; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e Sociedades de Pessoas *in* CARVALHOSA, Modesto (Coord.), Tratado de Direito Empresarial, Vol. II, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei nº 12.441/2011): Anotações *in* RDM, nº 163, Ano LI, setembro-dezembro, 2012.

\_\_\_\_\_, Invalidade das Deliberações de Assembleia das S/A e Outros Escritos sobre o tema da Invalidade das Deliberações Sociais, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2017.

\_\_\_\_\_, Invalidade das Deliberações Sociais *in* Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 57, janeiro de 2000.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Notas sobre a Sociedade Perpétua *in* RDM, nº 157, Ano L, janeiro-março, 2011.

\_\_\_\_\_ ; TANNOUS, Thiago Saddi, O Acionista Controlador tem o Dever de Sacrificar os Próprios Interesses em Favor dos Interesses da Companhia, no Contexto de uma Relação Contratual? *in* TAVARES BORBA, Gustavo; TAVARES BORBA, Rodrigo; ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel (Orgs.), Comissão de Valores Mobiliários: precedentes comentados, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

\_\_\_\_\_ , O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial *in* Revista Jurídica Consulex, Nº 400, Ano XVII, 15 de setembro, 2013.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, O Crédito por Dividendos Declarados e a sua Intangibilidade Intrassocietária na Lei de Sociedades por Ações Brasileira *in* MARTINS, Alexandre de Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso; CUNHA, Carolina *et al* (Orgs.), Diálogos com Coutinho de Abreu: estudos oferecidos no aniversário do Professor, Almedina, 2020.

\_\_\_\_\_ , Parecer Sobre: a natureza jurídica dos fundos de investimento; conflito de interesses apurado pela própria assembleia de quotistas; *quorum* qualificado para destituição de administrador de fundo *in* Revista de Direito Empresarial, N. 6, julho/dezembro, 2006.

\_\_\_\_\_ , Sociedade Anônima II: assembleia de acionistas, direito de voto e conflito de interesses *in* JORGE, André Lemos; PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz; DE LUCCA, Newton *et al* (Orgs.), Coletânea da Atividade Negocial, São Paulo: Universidade Nove de Julho – UNINOVE, 2019.

\_\_\_\_\_ ; ADAMEK, Marcelo Vieira von, Vinculação da Sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil *in* RDM, nº 146, Ano XLVI, abril-junho, 2007.

FRANCO, Vera Helena de Mello, Aspectos da Integração dos Contratos no Direito Comercial: contribuições para uma reconstrução teórica, São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1979.

\_\_\_\_\_, O Triste Fim das Sociedades Limitadas no Novo Código Civil *in* RDM, nº 123, Ano XL, julho-setembro, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, Desapropriação, São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

FULLER, Lon L., The Morality of Law, Yale University Press, 2ª edição, 1969.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral, Interpretações – Art. 113 do Código Civil *in* MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs.), Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

GIERKE, Otto von, Community in Historical Perspective: a translation of selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht (the German Law of Fellowship), Cambridge University Press, 1990 (traduzido pela Profa. M. Fischer, selecionado e editado pelo Prof. A. Black).

\_\_\_\_\_, Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800, Volume I, Cambridge University Press, 1934 (traduzido pelo Prof. E. Barker).

GOMES, Orlando, Contratos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 11ª edição, 1986.

\_\_\_\_\_, Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_, Transformações Gerais do Direito das Obrigações, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1980.

GONÇALVES, Diogo Costa, Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais: a posição jurídica dos sócios e a delimitação do *statuo viae*, Almedina, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Os Contratos Mercantis e o Código Civil *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coords.), Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GORGA, Érica, Changing the Paradigm of Stock Ownership from Concentrated towards Dispersed Ownership? Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries *in* Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 29, Issue 2, primavera de 2009.

GRASSETTI, Cesare, L'Interpretazione del Negozio Giuridico con Particolare riguardo ai Contratti, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1983.

\_\_\_\_\_, Sull'Interpretazione degli Statuti delle Società Commerciali *in* Il Foro Italiano, Volume LXIV, Parte I, 1939.

GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 2015.

\_\_\_\_\_; FORGIONI, Paula A., Os Contratos e as Cláusulas Uniformes: a Lei 6.404, de 1976, e a organização do poder “*interna corporis*” da sociedade por ações *in* O Estado, a Empresa e o Contrato, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_, Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), São Paulo: Editora Juspodivm e Malheiros Editores, 10ª edição, 2021.

GREZZANA, Giacomo, A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D., The Costs and Benefits of Ownership: a theory of vertical and lateral integration *in* Journal of Political Economy, vol. 94, no. 4, 1986.

GUASTINI, Riccardo, *Dalle Fonti alle Norme*, G. Giappichelli Editore, 2ª edição, 1992.

\_\_\_\_\_, *Interpretare e Argomentare*, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Administração: ordinária e extraordinária* in VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.), *Lei das S.A. em seus 40 Anos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

\_\_\_\_\_, *Sobre a Interpretação do Objeto Social* in RDM, nº 54, Ano XXIII, abril-junho, 1984.

\_\_\_\_\_, *Sociedade Anônima: dos sistemas e modelos ao pragmatismo* in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (Coords.), *Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_, *Sociologia do Poder na Sociedade Anônima* in RDM, nº 77, Ano XXIX, janeiro-março, 1990.

HARRIS, Sam, *The Moral Landscape: how science can determine human values*, Free Press, 2010.

HART, H. L. A., *American Jurisprudence Through English Eyes: the nightmare and the noble dream* in *Georgia Law Review*, Vol. 11, nº 5, setembro de 1977.

\_\_\_\_\_, *Bentham and the Demystification of the Law* in *The Modern Law Review*, Vol. 36, nº 1, janeiro de 1973.

\_\_\_\_\_, *Positivism and the Separation of Law and Morals* in *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, fevereiro de 1958.

\_\_\_\_\_, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 3ª edição, 2012.

HART, Oliver, An Economist's Perspective on the Theory of the Firm *in* Columbia Law Review, Vol. 89, No. 7, novembro de 1989.

HAURIOU, Maurice, La Théorie de L'Institution et de la Fondation (essai de vitalisme social) *in* Aux Sources du Droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté, Librairie Bloud & Gay, 1933.

HAWKING, Stephen, A Brief History of Time, Bantam Books, 10ª edição, 1998.

HUME, David, An Enquiry concerning the Principles of Morals, Hackett Publishing Company, 1983 (a primeira edição foi publicada em 1751).

\_\_\_\_\_, Treatise of Human Nature, Livro III, Oxford University Press (a primeira edição foi publicada entre 1738 e 1740, mas a primeira edição de Oxford University Press é de 1888; foi consultada a reimpressão de 1960).

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª edição, 1978.

IBBA, Carlo, L'Interpretazione degli Statuti Societari fra Criteri Oggettivi e Criteri Soggettivi *in* Rivista di Diritto Civile, Volume 41, Ano XLI, Primeira Parte, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, Derecho Penal del Enemigo, Thomson Civitas, 2003.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, A Liberdade de Contrato. Contratos Típicos e Contratos Atípicos. *in* Revista do Advogado, nº 8, Ano II, janeiro a março, 1982.

\_\_\_\_\_, Entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo *in* Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 9, vol. 34, abril a junho de 2008.

\_\_\_\_\_, Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé objetiva nos Contratos *in* Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, Vol. 1, jan./mar. de 2000.

\_\_\_\_\_, Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato *in* Revista dos Tribunais, Ano 94, v. 832, fevereiro de 2005.

\_\_\_\_\_, Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia, São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2002.

\_\_\_\_\_, Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial), Tese defendida para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

\_\_\_\_\_, (parecer) Interpretação do contrato pelo Exame da Vontade Contratual. O Comportamento das Partes Posterior à Celebração, interpretação e Efeitos do Contrato conforme o Princípio da Boa-Fé Objetiva. Impossibilidade de *Venire contra Factum Proprium* e de Utilização de Dois Pesos e de Duas Medidas (*Tu Quoque*). Efeitos do Contrato e Sinalagma. A Assunção pelos Contratantes de Riscos Específicos e a Impossibilidade de Fugir do “Programa Contratual” Estabelecido *in* Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual *in* Revista dos Tribunais, Ano 87, v. 750, abril de 1998.

\_\_\_\_\_, Relatório Brasileiro sobre Revisão Contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant *in* Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

KASSIS, Antoine, *Théorie Générale des Usages du Commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986 (tradução do Prof. J. F. Duarte).

\_\_\_\_\_, *Teoria Pura do Direito, I Volume*, Arménio Amado – Editor, 2ª edição, 1962 (tradução do Prof. J. B. Machado).

\_\_\_\_\_, *Teoria Pura do Direito, II Volume*, Arménio Amado – Editor, 2ª edição, 1962 (tradução do Prof. J. B. Machado).

\_\_\_\_\_, *What is Justice? in Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing Company, 1973 (traduzido pelo Prof. P. Heath).

KIRCHNER, Felipe, *Interpretação Contratual: hermenêutica e concreção*, Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, *Obrigações: exposição systematica desta parte do direito civil patrio em seguimento aos “direitos de família” e “direito das cousas” do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, Porto Alegre: Typographia de Cesar Reinhardt, 1897.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração e modificações, 1º volume*, Rio de Janeiro: Renovar, 3ª edição, 1997.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_, *Valores Mobiliários in LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.), Direito das Companhias*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 2017.

LAPORTA, Francisco J., *El Imperio de la Ley: una visión actual*, Editorial Trotta, 2007.

LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997 (tradução para o português do Prof. J. Lamego da 6ª edição em alemão de 1991).

LAZARI-RADEK, Katarzyna de; SINGER, Peter, The Point of View of the Universe: Sidgwick and contemporary ethics, Oxford University Press, 2014.

\_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_ , Utilitarianism: a very short introduction, Oxford University Press, 2017.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro *in* RDM, nº 128, Ano XLI, outubro-dezembro, 2002.

\_\_\_\_\_ , Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 2º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_ , Conflito de Interesses *in* Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_ , Do Direito do Acionista ao Dividendo, São Paulo: Obelisco, 1969.

LEITER, Brian, Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis *in* COLEMAN, Jules (editor), Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law, Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_ , The Demarcation Problem in Jurisprudence: a new case for scepticism *in* Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, nº 4, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz, A Interpretação dos Negócios Jurídicos na Lei da Liberdade Econômica *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coords.), Lei da Liberdade Econômica Anotada, Vol. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

LOBO, Jorge, Interpretação do Direito Comercial *in* RDM, nº 115, Ano XXXVII, julho-setembro, 1999.

LOBO XAVIER, Vasco da Gama, Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas, Livraria Almedina, 1976 (reimpressão de 1998).

LUDWIG, Marcos de Campos, Usos e Costumes no Processo Obrigacional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LUHMANN, Niklas, Theory of Society, Volume 1 Stanford University Press, 2012 (traduzido para o inglês pelo Prof. R. Barrett).

LUPION, Ricardo, Boa-Fé Objetiva nos Contratos Empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LUZITANO, Simão Vaz Barbosa, Axiomas e Logares Communs de Dirêito *in* TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto (selecionador), Regras de Dirêito, Rio de Janeiro: B. L. Garnier - Livrêiro-Editôr, 1882.

MACEDO JR., Ronaldo Porto, Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007.

MACAULAY, Stewart, Changing a Continuing Relationship between a Large Corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers, and the legal system *in* Law and Society, Wisconsin Law Review, 483, 1965.

\_\_\_\_\_, Non-Contractual Relations in Business: a preliminary study *in* American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, fevereiro de 1963.

MACCORMICK, Neil, Institutions of Law: an essay in legal theory, Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_ ; RAZ, Joseph, Obligations and Normative Powers *in* Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Vol. 46, 1972.

MACIEL, Renata Mota, A Universalidade do Juízo da Recuperação Judicial, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, Análise Econômica do Direito, São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2015 (tradução para o português da Profa. R. Sztajn).

MACKINNON, D. M.; WAISMANN, F.; KNEALE, W. C., Verifiability *in* Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Vol. 19, 1945.

MACNEIL, Ian R., Relational Contract Theory: challenges and queries *in* Northwestern University Law Review, Vol. 94, No. 3, 2000.

\_\_\_\_\_, Restatement (Second) of Contracts and Presentiation *in* Virginia Law Review, Vol. 60, No. 4, abril de 1974.

\_\_\_\_\_, The New Social Contract: an inquiry into modern contractual relations, Yale University Press, 1980.

\_\_\_\_\_, Whither Contracts? *in* Journal of Legal Education, Vol. 21, No. 4, 1969.

MARCONDES, Sylvio, Questões de Direito Mercantil, São Paulo: Edição Saraiva, 1977.

MARINO, Daniela Ramos Marques, O *Status Socii* *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.), Direito Societário Contemporâneo I, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, Contratos Coligados no Direito Brasileiro, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Interpretação do Negócio Jurídico, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa, São Paulo: Almedina, 2020.

MARMOR, Andrei, Interpretation and Legal Theory, Hart Publishing, 2ª edição, 2005.

\_\_\_\_\_, Positive Law and Objective Values, Oxford University Press, 2001.

MARQUES, Evy Cynthia, A Proteção aos Credores na Lei n. 6.404/76: análise específica de alguns mecanismos, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_, 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 Editores, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2018.

\_\_\_\_\_, A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 (2ª tiragem de 2000).

\_\_\_\_\_, As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico *in* Revista dos Tribunais, Ano 81, Vol. 680, junho de 1992.

\_\_\_\_\_, Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos *in* Estudos de Direito do Consumidor, nº 7, 2005.

\_\_\_\_\_, O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro *in* Revista dos Tribunais, Ano 87, v. 753, julho de 1998.

\_\_\_\_\_, O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação” *in* Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, Volume II, Número IV, junho de 2004.

\_\_\_\_\_, Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé *in* TEPEDINO, Gustavo (Org.), Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_, Pessoa, Personalidade, Dignidade. (ensaio de uma qualificação), Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo, Direito dos Valores Mobiliários, Volume 1, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 14ª edição, 1989.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, Da Boa Fé no Direito Civil, Volume II, Livraria Almedina, 1984.

\_\_\_\_\_, Manual de Direito das Sociedades: das sociedades em geral, I Volume, Almedina, 2004.

MESSINEO, Francesco, Il Contratto in Genere, Tomo Primo *in* CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco (Diretores), Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Volume XXI, t. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, Contrato de Adesão, São Paulo: Editora Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_, Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MITIDIERO, Daniel, Precedentes: da persuasão à vinculação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge at the University Press, 2ª reimpressão/edição, 1922.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 17ª edição, 2016.

\_\_\_\_\_, *O Favor Debitoris* como Princípio Geral de Direito *in* Revista do Advogado, Ano XXVI, nº 88, novembro, 2006.

MOSCO, Luigi, *Principi sulla Interpretazione dei Negozi Giuridici*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão da Posição Contratual*, Livraria Almedina, reimpressão de 1982.

MUNHOZ, Eduardo Secchi, *Aquisição de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_, *Empresa Contemporânea e Direito Societário: poder de controle e grupos de sociedades*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MUSSI, Luiz Daniel Haj, *Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista*, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 2012.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro, *Colmatação de Lacunas Contratuais: insuficiências do Código Civil, Deficiências da Lei da Liberdade Econômica e o Trabalho de Doutrina* *in* BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

\_\_\_\_\_, Lacunas Contratuais e Interpretação: história, conceito e método, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NOBRE, Marcos; José Marcio Rego, Conversas com Filósofos Brasileiros, São Paulo: Editora 34, 2000.

NORONHA, Fernando, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

OIOLI, Erik Frederico, A Compatibilização entre Persecução de Práticas ESG e o Interesse Social *in* Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários, nº 13, maio de 2021.

\_\_\_\_\_, Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_, Regime Jurídico do Capital Disperso na Lei das S.A., São Paulo: Almedina, 2014.

OPPO, Giorgio, Contratti Parasociali, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1942.

\_\_\_\_\_, I Contratti di Durata *in* Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Parte Prima, Volume XLI, 1943.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, Contratos Atípicos, Almedina, 2ª edição, 2009.

PARENTONI, Leonardo Netto, Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (*jurimetria/Empirical Legal Studies*), São Paulo: Quartier Latin, 2014.

\_\_\_\_\_, Documento Eletrônico: aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário, Curitiba: Juruá Editora, 2007.

PARFIT, Derek, On What Matters, Volume Um, Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, 1984.

PATELLA, Laura Amaral, *Controle Conjunto nas Companhias Brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

PELA, Juliana Krueger, *As Golden Shares no Direito Brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo, *Integração de Contratos Incompletos*, Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2013.

PENTEADO, Mauro Rodrigues, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª edição, 1999.

\_\_\_\_\_, *Lesão nos Contratos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 6ª edição, 1999.

PERRY, Stephen R., *Interpretation and Methodology in Legal Theory* in MARMOR, Andrei (editor), *Law and Interpretation: essays in legal philosophy*, Oxford University Press, 1995.

PETERS, Christopher J., *Equality Revisited* in *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 6, abril de 1997.

\_\_\_\_\_, *Foolish Consistency: on equality, integrity, and justice in stare decisis* in *Yale Law Journal*, Vol. 105, No. 8, junho de 1996.

PINKER, Steven, *The Better Angels of our Nature: why violence has declined*, Penguin Books, 2011.

PONTES, Evandro Fernandes de, Esgarçando o Direito Societário *in* Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários, Edição Comemorativa dos 45 anos das Leis nº 6.385 e 6.404, Volume I, dezembro de 2021.

\_\_\_\_\_, Incorporação de Ações no Direito Brasileiro, São Paulo: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_, O Conselho Fiscal nas Companhias Abertas Brasileiras, São Paulo: Almedina, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado, Tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1970.

\_\_\_\_\_, Tratado de Direito Privado, Tomo XLV, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1972.

\_\_\_\_\_, Tratado de Direito Privado, Tomo XLIX, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1972.

PORTUGAL, Daniel Ochsendorf, Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

POSNER, Richard A., Economic Analysis of Law, Wolters Kluwer Law & Business, 9ª edição, 2014.

POTHIER, Robert-Joseph, Traité des Obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur, Tomo Primeiro, Paris: Chez Debure e l'aîné, Quai des Auguftins, à l'Image S. Paul, 2ª edição, 1764.

Projecto Primitivo do Codigo Civil *in* Codigo Civil Brasileiro: trabalhos relativos á sua elaboração, Volume I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917.

PUGLIESI, Adriana Valéria, Direito Falimentar e Preservação da Empresa, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RAZ, Joseph, *Authority, Law, and Morality in Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford University Press, 2ª edição, 1995.

\_\_\_\_\_, *Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, *Can There Be a Theory of Law? in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, *Facing Up: a reply in Southern California Law Review*, Vol. 62, Numbers 3 & 4, março-maio de 1989.

\_\_\_\_\_, *Intention in Interpretation in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, *Interpretation: pluralism and innovation in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, *Interpretation without Retrieval in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, *Legal Positivism and the Sources of Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *Legal Principles and the Limits of Law in The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5, abril de 1972.

\_\_\_\_\_, *Legal Reasons, Sources, and Gaps in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *Legitimate Authority in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *On the Autonomy of Legal Reasoning in Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford University Press, 2ª edição, 1995.

\_\_\_\_\_, *On the Nature of Law in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 3ª edição, 1999.

\_\_\_\_\_, *The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *The Concept of a Legal System: an introduction to the theory of legal system*, Oxford University Press, 2ª edição, 1980.

\_\_\_\_\_, *The Functions of Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *The Identity of Legal Systems in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *The Institutional Nature of Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *The Law's Own Virtue in Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, No. 1, 2019.

\_\_\_\_\_, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.

\_\_\_\_\_, *The Obligation to Obey the Law in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *The Rule of Law and its Virtue in The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009.

\_\_\_\_\_, *Why Interpret? in Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford University Press, 2009.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Editora Saraiva, 27ª edição, 2002 (tiragem de 2010).

\_\_\_\_\_, *O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica*, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1992.

\_\_\_\_\_, *Visão Geral do Novo Código Civil in Revista da EMERJ, Número Especial, Parte I*, fevereiro a junho, 2002.

REQUIÃO, Rubens, *A Sociedade Anônima como “Instituição” in RDM, nº 18, Ano XIV*, 1975.

RIBEIRO, Renato Ventura, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODOTÀ, Stefano, *Le Fonti di Integrazione del Contratto*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.

ROMANO, Santi, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1947.

\_\_\_\_\_, *L’Ordinamento Giuridico*, Biblioteca Sansoni, 2ª edição, 1946 (reimpressão de 1967).

ROPPO, Enzo, *Contratti Standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975 (reimpressão de 2017).

SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_, Análise Estruturalista do Direito Societário *in* O Novo Direito Societário, São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, 2011.

\_\_\_\_\_, Breves Acenos para uma Análise Estruturalista do Contrato *in* RDM, nº 141, Ano XLV, janeiro-março, 2006.

\_\_\_\_\_, Direito Empresarial Público *in* RDM, nº 112, Ano XXXVI, outubro-dezembro, 1998.

\_\_\_\_\_, Função Social do Contrato: primeiras anotações *in* RDM, nº 132, Ano XLII, outubro-dezembro, 2003.

\_\_\_\_\_, Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito? *in* Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 926, dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_, Poder de Controle: ética e corrupção *in* BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (Orgs.), Governança Corporativa e Integridade Empresarial: dilemas e desafios, São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.

\_\_\_\_\_, Recuperação de Empresas e Interesse Social *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.), Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e de Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007.

\_\_\_\_\_, Sociedade Anônima: interesse público e privado *in* RDM, nº 127, Ano XLI, julho-setembro, 2002.

\_\_\_\_\_, Uma Nova Empresa: interesses envolvidos e sua forma de inclusão *in* O Novo Direito Societário: eficácia e sustentabilidade, São Paulo: Editora Saraiva, 5ª edição, 2019.

SCALZILLI, João Pedro, Mercado de Capitais: ofertas hostis e técnicas de defesa, São Paulo: Quartier Latin, 2015.

\_\_\_\_\_ ; SPINELLI, Luis Felipe, *Sociedade em Conta de Participação*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SCHAUER, Frederick, Formalism *in* *The Yale Law Journal*, Vol. 97, nº 4, 1988.

\_\_\_\_\_ , *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford University Press, 1991.

\_\_\_\_\_ , *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_ , Rules and the Rule of Law *in* *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, No. 3, 1991.

\_\_\_\_\_ , *Second-Order Vagueness in the Law* *in* KEIL, Geert; POSCHER, Ralf (editores), *Vagueness and Law: philosophical and legal perspectives*, Oxford University Press, 2016.

\_\_\_\_\_ , *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015.

\_\_\_\_\_ , *Thinking like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, 2009.

SCOTT, Robert E., A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts *in* *The Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2, junho de 1990.

\_\_\_\_\_ , Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts *in* *California Law Review*, Vol. 75, No 6, dezembro de 1987.

\_\_\_\_\_ , The Case for Formalism *in* *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, No. 3, 2000.

SEARLE, John R., Literal Meaning *in* *Erkenntnis*, 13, 1978.

\_\_\_\_\_, *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*, Cambridge University Press, 1969.

SHAPIRO, Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SILVA, Luis Renato Ferreira da, *A Interpretação Contratual e sua Sistemática no Código Civil de 2002 após o Advento da Lei 13.874/2019* in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, *A Propriedade Agrária e suas Funções Sociais* in SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (Orgs.), *O Direito Agrário em Debate*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SPINELLI, Luis Felipe, *Administração das Sociedades Anônimas: lealdade e conflito de interesses*, São Paulo: Almedina, 2020

\_\_\_\_\_, *Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada*, São Paulo: Quartier Latin, 2015.

\_\_\_\_\_; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Direito Societário: fundamentos* in BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil, Volume 1*, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_, *Intervenção Judicial na Administração de Sociedade*, São Paulo: Almedina, 2019.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_, *Introdução ao Direito Empresarial*, Porto Alegre: Editora Buqui, 2020.

\_\_\_\_\_, O Conflito de Interesses na Administração da Sociedade Anônima, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STEINER, Renata C., Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SUMMERS, Robert S., Form and Function in a Legal System: a general study, Cambridge University Press, 2006.

SZTAJN, Rachel, Associações e Sociedades *in* RDM, nº 128, Ano XLI, outubro-dezembro, 2002.

TANNOUS, Thiago Saddi, O Aluno do Aluno: a controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

\_\_\_\_\_, Proteção à Liquidez no Mercado de Capitais Brasileiro, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TARELLO, Giovanni, Formalismo *in* Novissimo Digesto Italiano, Volume Settimo, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1964-1975.

\_\_\_\_\_, L'Interpretazione della Legge, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda, Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, São Paulo: Max Limonad, 1956.

TELLECHEA, Rodrigo, Arbitragem nas Sociedades Anônimas: direitos individuais e princípio majoritário, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

\_\_\_\_\_, Autonomia Privada no Direito Societário, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís, Notas sobre as Alterações Promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos arts. 50, 113 e 421 do Código Civil *in* SALOMÃO, Luis Felipe;

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.), *Lei de Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, *A Preservação da Empresa, Mesmo na Falência* in DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.); ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Org.), *Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_, *Modificações Introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à Disciplina da Administração das Companhias* in LOBO, Jorge (Coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

\_\_\_\_\_, *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores*, São Paulo: Editora Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_, *Recuperação Judicial – Sociedades Anônimas – Debêntures – Assembléia Geral de Credores – Liberdade de Associação – Boa-Fé Objetiva – Abuso de Direito – Cram Down – Par Condicio Creditorum* in RDM, nº 142, Ano XLV, abril-junho, 2006.

TOMASETTI JR., Alcides, *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 Editores, 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, *O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil*, São Paulo: Almedina, 2020.

VALVERDE, Trajano de Miranda, *Sociedades por Ações, Vol. I*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 1959.

\_\_\_\_\_, *Sociedades por Ações, Vol. II*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 1959.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Direito Comercial: teoria geral*, Volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2014.

VIO, Daniel de Avila, *Grupos Societários: ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

VIVANTE, Cesare, *Trattato di Diritto Commerciale: i commercianti*, Volume I, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 5ª edição, 1922.

\_\_\_\_\_, *Trattato di Diritto Commerciale: le società commerciali*, Volume II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 5ª edição, 3ª impressão, 1935.

WAISBERG, Ivo, *Direito de Preferência para a Aquisição de Ações: conceito, natureza jurídica e interpretação*, São Paulo: Quartier Latin, 2016.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_, *Normative (or Ethical) Positivism* in COLEMAN, Jules (editor), *Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001.

WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *Teoria Geral da Empresa* in CARVALHOSA, Modesto (Coord.), *Tratado de Direito Empresarial, Vol. I*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018.

WESTEN, Peter, *Speaking of Equality: an analysis of the rhetorical force of 'equality' in moral and legal discourse*, Princeton University Press, 1990.

WIEDEMANN, Herbert, *Excerto do Direito Societário I – Fundamentos* in RDM, nº 143, Ano XLV, julho-setembro, 2006 (tradução do Prof. E. V. A. e N. França).

\_\_\_\_\_, *Gesellschaftsrecht: ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I - Grundlagen*, Beck, 1980.

\_\_\_\_\_, *Interpretação Jurídica e Musical – um ensaio in Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, nº 12, novembro de 2020.

\_\_\_\_\_, *O Pequeno Acionista é Acionista?* in RDM, nº 170/171, Ano LV, agosto de 2015-julho de 2016 (tradução dos Professores E. V. A. e N. França e B. Di Dotto).

\_\_\_\_\_, *Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas in RDM*, nº 157, Ano L, janeiro-março, 2011 (tradução do Prof. O. C. V. R. von Adamek).

WILLMAN, Robert, *Blackstone and the ‘Theoretical Perfection’ of English Law in the Reign of Charles II in The Historical Journal*, Vol. 26, nº 1, março de 1983.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, 3ª edição, 1967 (reimpressão de 1986 e traduzido pela Profa. G. E. M. Anscombe).

World Development Report, *Governance and the Law*, do Banco Mundial, de 2017.

WRIGHT, Georg Henrik von, *Norm and Action: a logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, 1963.

ZANCHIM, Kleber Luiz, *Responsabilidade Contratual: case and materials*, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

ZANETTI, Cristiano de Sousa, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

\_\_\_\_\_, *Direito Contratual Contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo: Editora Método, 2008.

ZANINI, Carlos Klein, *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ZUCKERT, Michael, *The Fullness of Being: Thomas Aquinas and the Modern Critique of Natural Law* *in* *The Review of Politics*, Vol. 69, nº 1, 2007.