

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 30

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2022

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Ricardo Villela Mafra Alves da Silva, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Campinho e Prof. Vitor Augusto José Butruce).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTA NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Carlos Eduardo Koller (PUC-PR), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Versiani (UFLA), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida (UNIRIO), Marcelo de Andrade Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Raphaela Magnino Rosa Portilho (UERJ), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (UERJ), Rodrigo da Guia Silva (UERJ), Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri (UFJF), Thalita Almeida (UERJ) e Vitor Brutuce (UERJ).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 30 (janeiro/junho 2022)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

NORMA DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS E INTERESSE SOCIAL¹

RULE OF THE BINDING FORCE OF CONTRACTS AND THE INTERESTS OF CORPORATIONS

*Daniel Ochsendorf Portugal**

Resumo: Este artigo tem por objetivo atacar determinada compreensão do negócio jurídico de sociedade relacionada ao dever de lealdade. Diferentemente do que vem sendo defendido, por exemplo, pelos Professores M. V. von Adamek e E. V. A. e N. França, deseja-se enfatizar a norma da obrigatoriedade dos contratos ou – o que é equivalente a ela no âmbito do direito das sociedades – a norma do interesse social e não a norma da boa-fé objetiva. Para tanto, impugna-se a tese dos Professores M. V. von Adamek e E. V. A. e N. França de acordo com a qual o dever de agir em consonância com o interesse social seria uma decorrência do dever de lealdade. Embora a norma da boa-fé objetiva, efetivamente, seja uma norma do direito brasileiro, quer-se chamar a atenção para a importância prática da obrigatoriedade dos contratos por razões de segurança jurídica. Do ponto de vista do método, inicialmente, discorre-se sobre o direito contratual em geral. Posteriormente, explica-se como funciona, especificamente, o negócio jurídico de sociedade. Ao final, conclui-se que o acento tônico deve estar sobre a obrigatoriedade dos contratos e não sobre a boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Direito das sociedades. Norma da obrigatoriedade dos contratos. Interesse social. Deveres dos sócios. Dever de lealdade.

1 Artigo recebido em 19.05.2022 e aceito em 13.07.2022.

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, na área de concentração de Direito Comercial. Mestre em Direito pela UFRG com ênfase em direito privado. Bacharel em direito pela UFRGS. E-mail: daniel.portugal@alumni.usp.br

Abstract: The objective of this paper is to attack a certain understanding of corporations relative to the duty of loyalty. Unlike what has been defended, for example, by Professors M. V. von Adamek and E. V. A. e N. França, emphasis is given to the rule of the binding force of contracts or – what is equivalent to the binding force of contracts in corporate law – to the rule of the interests of corporations and not to the rule of objective good faith. The idea of Professors M. V. von Adamek and E. V. A. e N. França that the duty to act in accordance with the interests of the corporation derives from the duty of loyalty is criticized in order to achieve this goal. Even though the rule of objective good faith, effectively, is a binding instruction of Brazilian law, importance is attributed to the notion of binding force, because of the relevance of legal certainty. Methodologically, initially, contract law is explained generally. Afterwards, corporate law, specifically, is described. Finally, it is concluded that emphasis should be given to the rule of the binding force of contracts and not to the rule of objective good faith.

Keywords: Corporate law. Rule of the binding force of contracts. Interests of corporations. Duties of the shareholders. Duty of loyalty.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Contrato. 2. Consequências do Inadimplemento de Contrato. 3. Deveres dos Sócios. Conclusão. Bibliografia.

Introdução.

Passou a existir, recentemente, uma ênfase muito forte em boa-fé objetiva no direito das sociedades com o livro do Prof. M. V. von Adamek. Ele, acompanhado pelo Prof. E. V. A. e N. França,² de-

2 O Prof. E. V. A. e N. França manifestou esta ideia no Prefácio do livro do Prof. M. V. von Adamek em ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. São Paulo:

fende que o dever de perseguir o interesse social decorreria do dever de lealdade dos sócios.³ Com base na ideia de segurança jurídica, deseja-se atacar esta noção, porque se acredita que a norma da obrigatoriedade dos contratos esteja sendo indevidamente desmerecida. Assim, inicialmente, serão feitas algumas observações sobre o direito contratual em geral. Depois, serão abordados os deveres dos sócios. Ao final, apresentar-se-á uma conclusão.

1. Conceito Jurídico de Contrato.

Segundo o Prof. A. Junqueira de Azevedo, a liberdade contratual, a obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) 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 e a função social dos contratos, por sua vez, seriam princípios novos do direito dos contratos.⁴

A leitura do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deixa claro que, para os constituintes brasileiros, havia direito no Brasil antes da Constituição Federal de 1988 (art. 34, §5º, ADCT, por exemplo); frequentemente, todavia, não é óbvio se teria ocorrido a recepção de direito anterior pela Constituição Federal ou não.⁵ Gene-

Malheiros Editores, 2014. p. 7: “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.”

3 ADAMEK, Marcelo Vieira von, *Op. Cit.*, p. 126: “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.”

4 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 e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 87, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. p. 115-116.

5 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito, II Volume*. Cidade: Editora, 1962. Tradução do Prof. J. B. Machado. p. 35-36:

ricamente, diz-se que o direito anterior teria sido recepcionado pela Constituição Federal quando ele não é materialmente contrário às normas constitucionais.⁶

Estas questões são importantes em termos de direito contratual, porque a palavra “contrato” consta da Constituição Federal, porque ela era usada em documentos anteriores relevantes – como o Código Civil de 1916 – e porque a Constituição Federal é a fonte de direito de maior hierarquia. O direito pode ser determinado tão somente a partir de suas fontes⁷, mas a relação entre a Constituição Federal e o direito anterior não é clara sempre.

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

“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.”

6 Exemplificativamente, a Lei Federal nº 5.250/67 (“Lei de Imprensa”) foi declarada como não recepcionada pela Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130 – DF. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 130. Relator: Ministro C. A. A. de F. Britto. *Diário de Justiça Eletrônico* nº. 208, Brasília, 06 nov. 2009.

7 RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, Cidade, v. 81, n. 5, p. 823-854, abr. 1972. p. 843-854; RAZ, Joseph. Legal Positivism and the Sources of Law. In: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford University Press, 2ª edição, 2009, p. 39-52, e RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the theory of legal system*. Oxford: Oxford University Press, 1980. p. 212-216.

de utilização de contratos atípicos foi manifestamente reconhecida (art. 425), há normas sobre 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, por exemplo, nunca tenha ficado expressamente registrado que os contratos seriam negócios jurídicos com características patrimoniais, vê-se que os contratos foram, efetivamente, definidos nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.⁸

2. Consequências do Inadimplemento de Contrato.

Infelizmente, a redação do art. 956, parágrafo único, do Código Civil de 1916 foi, substancialmente, repetida no art. 395, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Isto foi algo ruim, porque estes dispositivos legais querem dizer que a possibilidade de resolução de contrato não dependeria, unicamente, do inadimplemento do contrato. Se ainda for bom para o credor que o devedor cumpra com a sua parte, o credor fica, legalmente, impedido de resolver o contrato.⁹ Os legisladores permitem que as partes disciplinem a resolução por inadimplemento diferentemente entre si (art. 474, CC),¹⁰ mas isto trans-

8 Diferentemente, todavia, o Prof. C. de S. Zanetti defendeu que contratos não teriam sido definidos nos Códigos Civis de 1916 e de 2002 em ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito Contratual Contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 138-139 e 195.

9 ZANETTI, Cristiano de Sousa, A Perda de Interesse do Credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana *et al* (Orgs.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 767:

“Afigura-se, assim, de capital importância diferenciar a mora do inadimplemento definitivo. Para tanto, o critério encontra-se previsto no art. 395, parágrafo único, do Código Civil e consiste na utilidade da prestação para o credor. De acordo com o dispositivo legal, se, a despeito do incumprimento, a execução da prestação ainda for útil para o credor, haverá mora e o inadimplemento será passível de purgação pelo devedor. Diversamente, se a prestação não lhe for mais útil, o credor poderá rejeitá-la e obter a tutela própria ao inadimplemento definitivo.”

10 Para observações sobre a cláusula resolutiva expressa, pode-se consultar AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: resolução*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003. p. 182-184.

mite para as partes a dificuldade de redigir uma cláusula resolutiva boa.

O interesse do credor não foi definido no art. 395, parágrafo único, CC. Desse modo, ao menos teoricamente, poderia haver dúvida quanto ao que realmente seria melhor para o credor ou não. Assim, pode ser necessário que haja a intervenção de magistrado ou de árbitro para que o interesse do credor seja definido na prática. Em vez de prever o que seria mais intuitivo para as partes, os legisladores estabeleceram uma norma vaga no art. 395, parágrafo único, CC, e atribuíram às partes o custo para se lidar com este regime obscuro no art. 474, CC.

A violação do contrato permite que o credor se valha, basicamente, de três alternativas distintas. Ele pode exigir o cumprimento do contrato ou ele pode resolver o contrato. Ele pode, também, em qualquer um destes dois casos, ser indenizado por perdas e danos.¹¹ O conjunto destas alternativas – previsto no art. 475, CC – é compatível com a norma do art. 395, parágrafo único, CC. Mencionou-se “inadimplemento” no art. 475, CC, e não “inadimplemento com prestação inútil para o credor”; o inadimplemento, por conseguinte, em conformidade com a norma do art. 395, parágrafo único, CC, que autoriza a resolução do contrato é o inadimplemento com prestação inútil para o credor quando se trata de contrato em que as partes não disciplinaram a resolução por inadimplemento entre si.

Já se escreveu muito sobre estes tópicos, porque o direito contratual é muito importante em termos econômicos; far-se-á referência,

11 MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo, Responsabilidade Contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria Geral dos Contratos*, São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 417:

“Parece amplamente preferível, portanto, conceito de responsabilidade contratual apto a enfiar todas as posições jurídicas passivas a que o devedor da prestação inadimplida se encontra sujeito, isto é, não somente a obrigação de indenizar, mas também a sujeição à execução forçada e ao direito potestativo de resolução do contrato sinalagmático.”

aqui, no entanto, apenas ao trabalho da Profa. R. C. Steiner,¹² pois ela escreveu um livro recentemente sobre a responsabilidade contratual que é um texto completo sobre este assunto. Para ela, ressalvado o caso da cláusula resolutiva expressa (art. 474, CC), na hipótese de inadimplemento de contrato, apenas poderia existir oposição entre o cumprimento pelo equivalente pecuniário e a resolução, porque, quando a prestação ainda é útil ao credor, não poderia haver resolução por descumprimento de contrato. Quando não há cláusula resolutiva expressa e a prestação se tornou inútil para o credor, não faria sentido falar-se em cumprimento *in natura*. Logo, para a Profa. R. C. Steiner, a oposição no art. 475, CC, deveria ser entre o cumprimento pelo equivalente pecuniário e a resolução. Ela interpreta o “se não preferir exigir-lhe o cumprimento” do art. 475, CC, como uma referência ao cumprimento pelo equivalente pecuniário. Apesar disso, ela reconhece que o seu argumento é inconsistente com a interpretação literal do Código Civil.¹³

As divergências sobre os arts. 395, parágrafo único, e 475, CC, querem dizer que o Código Civil não ficou bem organizado quanto a um dos pontos mais vetustos da ordem jurídica brasileira, a saber, quanto à norma da obrigatoriedade dos contratos. Isto não deve surpreender ao leitor deste artigo, porque o direito é algo artificial, criado por seres humanos. O conceito de tributo do art. 3º, CTN, *v. g.*, outro ponto supostamente augusto do direito brasileiro, traz consigo um conhecido erro de regência verbal.

12 Todas as referências que serão feitas aqui ao livro da Profa. R. C. Steiner podem ser encontradas em STEINER, Renata C. *Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 344-351.

13 *Idem*, p. 349: “Em verdade, eventuais leituras discrepantes quanto ao alcance do art. 475 do CC são significativamente minoradas pelo reconhecimento de que a possibilidade de escolha pela resolução não é dependente apenas da vontade do credor lesado. A interpretação da opção ali conferida ao credor pelo legislador é feita com cautela. Ou seja, mesmo que se admita a possibilidade de escolha entre cumprimento *in natura* e resolução – o que, de fato, parece[re] ser extraível da literalidade do dispositivo –, isso não importaria afirmar a existência de um direito potestativo puro e, muito menos, de um direito absoluto de escolha do credor.”

Há diferentes dispositivos legais que podem ser invocados para demonstrar que contratos seriam obrigatórios. Significativamente, há normas processuais sobre o cumprimento de decisões judiciais e sobre o processo de execução; estas normas, entretanto, são normas de direito processual e a norma da obrigatoriedade dos contratos é uma norma de direito material. Substancialmente, a norma da obrigatoriedade dos contratos foi prevista no art. 475, CC.¹⁴ Se a proposta é aceita, surge o contrato (as normas sobre a formação dos contratos em geral foram previstas nos arts. 427 a 435, CC).¹⁵

3. Deveres dos Sócios.

O capital social não é um elemento essencial do contrato de sociedade. As sociedades em comum, as sociedades em conta de participação e as sociedades cooperativas (art. 1.094, I, CC) podem não ter capital social;¹⁶ os sócios, porém, devem contribuir para o exercício da atividade social em qualquer espécie de sociedade (art. 981, *caput*, CC).¹⁷ Os sócios que contribuem com serviços para a socieda-

14 Para o Prof. A. Junqueira de Azevedo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório Brasileiro sobre Revisão Contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *In*: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 182.), por outro lado, não havia referência expressa à norma da obrigatoriedade dos contratos no Código Civil de 2002, porque não está escrito no Código Civil que os contratos fazem lei entre as partes ou algo próximo disso.

15 Diferentemente, todavia, para o Prof. L. R. F. da Silva (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 98), em contratos sinalagmáticos, a prestação de uma parte apenas encontraria razão para poder ser exigida na contraprestação da contraparte.

16 SCALZILLI, João Pedro. *Confusão Patrimonial no Direito Societário e no Direito Falimentar*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 32, nota de rodapé nº 28.

17 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 doutri-

de não possuem quotas do capital social, mas participam dos lucros e das perdas sociais (art. 1.008, CC).¹⁸ O capital social é o montante que os sócios estimam ser necessário para a prática da atividade social.¹⁹ Nas sociedades que devem ter capital social, destaca-se o dever dos sócios ou de alguns dos sócios de contribuir para a formação do capital social.²⁰ Doravante, ter-se-á em mente apenas sociedades que devem ter capital social e em que a contribuição com serviços é proibida (arts. 1.055, §2º, CC, e 7º, LSA).

Além do dever de contribuir para o capital social, os sócios podem ter deveres acessórios previstos no contrato social ou no estatuto social, por exemplo.²¹ Há deveres, adicionalmente, que são atribuídos aos sócios pela Lei; os sócios, *v. g.*, “são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422, CC).

Entre os deveres dos sócios, é muito relevante o dever de agir

nário antes de ser um conceito legal. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 183, com os grifos do original:

“Na *sociedade*, duas ou mais pessoas vinculam-se, recíprocamente, a promover e realizar, mediante cooperação, o fim comum, ou os fins comuns. [...] No contrato parciário, a remuneração é sóbe os lucros, e pode não haver nenhuma. Falta, porém, a atuação comum dos interessados.”

18 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, p. 302.

19 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, A Proteção aos Credores e aos Acionistas no Aumento de Capital. *Revista do Advogado*, n. 96, Ano, XXVIII, mar. 2008. p. 34.

20 Para a defesa da tese de que o dever de contribuir para o capital social seria o principal dever dos acionistas, pode-se consultar MUSSI, Luiz Daniel Haj. *Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 68-75.

21 Para considerações sobre deveres acessórios de sócios, pode-se consultar SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163-173.

de acordo com o interesse social.²² Ele manifesta-se, notadamente, quando os sócios votam em reuniões de sócios ou em assembleias gerais (arts. 1.010, CC, e 115, LSA); passou, todavia, a existir, recentemente, uma ênfase muito forte em boa-fé objetiva no direito das sociedades. O principal ponto desta ênfase é um destaque que se dá para o dever de lealdade. Defende-se, inclusive, que o dever de perseguir o interesse social decorreria do dever de lealdade dos sócios.²³ Agora, passa-se a tentar atacar esta ideia.

Suponha-se, por hipótese, que alguém desejasse doar determinada quantidade de dinheiro para a USP para que fossem feitos reparos na Faculdade de Direito. Imagine-se, adicionalmente, que esta pessoa não possuísse o numerário no presente, mas tivesse certeza de que, no futuro próximo, iria adquirir a soma para a doação à USP. A USP deseja que esta pessoa possa obrigar-se no presente a doar dinheiro no futuro, porque a USP tem interesse em realizar consertos na Faculdade de Direito. A pessoa que quer realizar a doação tem interesse em poder se obrigar no presente a entregar dinheiro no futuro à USP, porque ela sabe que a Universidade poderia tomar precauções no presente e planejar com maior segurança os reparos a serem feitos na Faculdade de Direito caso houvesse um acordo dotado de força vinculante.²⁴

A possibilidade de firmar avenças obrigatórias pode permitir que partes diversas cooperem com segurança. Além disso, contratos são, sob certo aspecto, relativamente impessoais. Por exemplo, suponha-se que o Erasmo tivesse prometido dar R\$ 10,00 ao José Alexandre. Deveria o Erasmo dar R\$ 10,00 ao José Alexandre? Sim, porque,

22 Para os sócios, a norma do interesse social equivaleria à norma da obrigatoriedade dos contratos. Para 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.

23 ADAMEK, Marcelo Vieira von (2014), *Op. Cit.*, p. 7 e 126.

24 Este exemplo baseia-se em exemplo apresentado em COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 282.

tendo a promessa sido feita, presumivelmente, o José Alexandre teria a expectativa de que a promessa seria cumprida. Se o Erasmo faltar com a sua palavra, projetos ou planos de José Alexandre que estivessem baseados na promessa de Erasmo poderiam vir a ser frustrados. Quando, contudo, há norma de obrigatoriedade dos contratos, pelos menos teoricamente, José Alexandre poderia, até certo ponto, confiar no direito em vez de confiar em Erasmo.²⁵

Em princípio, contratos são bons para as partes. Do contrário, elas não os celebrariam. O fim do direito dos contratos, em última análise, é permitir que as próprias partes busquem alcançar os seus próprios objetivos.²⁶

Dizer que os sócios devem cumprir o contrato de sociedade é a mesma coisa que dizer que os sócios devem agir de acordo com o interesse social. 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 atuaria (art. 116, parágrafo único, LSA), os legisladores teriam reconhecido, no acionista controlador, em princípio, o verdadeiro intérprete do interesse social.²⁷ Outrora, o próprio Prof. T. Ascarelli – um contratualista – manifestou a ideia de que a maioria seria o intérprete do interesse social.²⁸ O Prof. F. K. Comparato tem razão. O institucionalismo brasileiro²⁹ relativiza a importância dos

25 Este exemplo baseia-se em exemplo apresentado em SEARLE, John R. *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. p. 177.

26 Para observações sobre o fim do direito dos contratos, pode-se consultar POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 95-102.

27 COMPARATO, Fábio Konder. Valor de Reembolso das Ações do Acionista Dissidente. *In: Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 225.

28 ASCARELLI, Tullio. Fideiussione. Conflitto di Interessi e Deliberazioni di Consiglio; Oggetto e Capacità Sociale. *In: ASCARELLI, Tullio. Problemi Giuridici, Tomo Secondo*. Milão: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 669.

29 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 intérpre-

acionistas e, conseqüentemente, diminui a relevância do estatuto das sociedades por ações.³⁰⁻³¹

O interesse social pode ser alcançado, pelo menos às vezes, a partir da interpretação do contrato social ou do estatuto social.³² Os controladores também podem vir a violar o contrato de sociedade e, em tese, qualquer pessoa poderia interpretar o contrato social ou o estatuto social – se a interpretação está correta ou não, é outra questão.

tes do interesse social em CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 450-451.

30 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 na Lei das S.A.* São Paulo: Almedina, 2014. p. 227-229.

31 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 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.

32 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.

Frequentemente, a norma da maioria é associada ao institucionalismo,³³ 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).³⁴

A tese de que o dever de agir de acordo com o interesse social decorreria do dever de lealdade parece tornar a obrigatoriedade do contrato de sociedade dependente da boa-fé objetiva, mas isto não está correto. Trata-se de duas normas distintas. A boa-fé objetiva é uma norma para que se aja de maneira correta, proba, honesta, leal, cooperativa, com honradez e com consideração para com os demais sujeitos.³⁵ Poderia, em abstrato, 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

33 CARVALHOSA, Modesto, *Op. Cit.*, p. 749, e SALOMÃO FILHO, Calixto. *Sociedade Anônima: interesse público e privado*. RDM, São Paulo, n, 127, Ano XLI, p. 7-20, jul./set., 2002. p. 10.

34 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Op. Cit.*, 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, p. 126-132.

35 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. p. 279-283.

normas. De resto, teoricamente, o dever de lealdade teria o demérito de aproximar-se mais do institucionalismo do direito das sociedades que do contratualismo do direito das sociedades e de poder ser relacionado mais facilmente à insegurança jurídica.³⁶

Dá-se exemplo sobre a relação entre as cláusulas do contrato social e o interesse social. As restrições negociais à possibilidade de cessão de quotas de sociedade limitada são estabelecidas por meio de cláusulas no contrato social. Estas cláusulas são acessórias, elas não são as principais cláusulas do contrato social.³⁷ Se alguém cede as suas quotas de sociedade limitada a outro sujeito em desrespeito a estas limitações negociais, a cessão será ineficaz em relação à sociedade limitada.³⁸ A despeito disso, a transgressão destas fronteiras é uma infração do contrato de sociedade. Ainda que haja a sanção de ineficácia e ainda que estas cláusulas sejam acessórias no contrato de sociedade, seria possível, eventualmente, até mesmo, expulsar o sócio inadimplente contanto que a violação ao contrato de sociedade seja “grave” à moda do art. 395, parágrafo único, CC.³⁹

4. Conclusão.

O negócio jurídico de sociedade é um contrato plurilateral.⁴⁰

36 Em resumo, contratualismo é a ideia de que o interesse social deveria corresponder ao interesse dos sócios. Institucionalismo, por outro lado, é a noção de que o interesse social deveria corresponder ao interesse público. Defende-se que o contratualismo seria uma alternativa melhor que o institucionalismo neste artigo, mas não se procurará demonstrá-lo, pois isto demandaria uma explicação relativamente longa. Para uma defesa do contratualismo em relação ao institucionalismo, pode-se consultar PORTUGAL, Daniel Ochsendorf. *Poder de Controle como Direito de Propriedade Indireto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 20-35.

37 Para a distinção entre bens acessórios e bens principais, pode-se consultar o art. 92, CC.

38 COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de Sócio, Independentemente de Específica Previsão Legal ou Contratual. In: *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 147-149.

39 SPINELLI, Luis Felipe. *Op. Cit.*, p. 173-178.

40 Para a descrição tradicional do negócio jurídico de sociedade como um contrato plurilateral,

Não há qualquer erro em chamar o negócio jurídico de sociedade de contrato. Em última análise, isto é algo que remonta ao direito romano⁴¹ 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.⁴²

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.⁴³⁻⁴⁴ Além disso,

pode-se consultar ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral. *In*: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1945, p. 284-332.

41 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, 2016. p. 531-534.

42 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 1-2.

43 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, 1972. p. 15-20.

ASCARELLI, Tullio, *Op. Cit.*, p. 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, *Contratto Plurilaterale; Comunione di Interesse; Società di Due Soci; Morte di un Socio in una Società Personale di Due Soci*. *In*: ASCARELLI, Tullio. *Saggi di Diritto Commerciale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 337-342.

“Parte”, “lado” ou “polo” são sinônimos; sujeito que é titular de interesse ou de interesses

também pode haver sociedade com apenas um único sócio⁴⁵⁻⁴⁶ e, qui-

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.

44 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. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 94, v. 832, p. 115-137, fev. 2005. p. 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.”

45 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 concen-

çã, sociedade sem sócio algum embora, neste último caso, a sociedade de deixe de ser um negócio jurídico.⁴⁷

Apesar dessas peculiaridades, a sociedade é um contrato. Logo, a norma da obrigatoriedade dos contratos também é aplicável ao negócio de sociedade. Acontece que, no âmbito do direito das sociedades, costuma-se utilizar a terminologia do dever de agir de acordo com o interesse social. A ênfase deve estar neste dever e não na norma da boa-fé objetiva. É verdadeiro que a norma da boa-fé objetiva existe, mas ela é uma norma diferente e menos segura que a norma do interesse social.

tração 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, Erasmu Valladolid Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei nº 12.441/2011): Anotações*. *RDM*, n. 163, Ano LI, p. 28-29, set./dez. 2012. p. 32-35.

46 FRANÇA, Erasmu Valladolid Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Direito Processual Societário: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Editora Juspodivm e Malheiros Editores, 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).”

47 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. p. 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. p. 179-191.

