

Atualidades

RACIOCÍNIO JURÍDICO FUNCIONAL A EXEMPLO DO DIREITO SOCIETÁRIO*

LORENZ FASTERICH

I – Introdução: 1. Raciocínio jurídico funcional – 2. Questionamento e sistemática da exposição. II – Importância do pensamento funcional e sua incompreensão em casos específicos: 1. Doutrina do núcleo temático: (a) Conceito e importância geral – (b) Exemplos para os argumentos do núcleo temático: (aa) Casos definidos em lei – (bb) Proibição de segregação – (cc) Cláusulas de exclusão – (dd) Princípio da igualdade de tratamento (Gleichbehandlungsgrundsatz) – (c) Inexistência de uma teoria do núcleo temático – 2. Decisões da maioria: (a) O problema do critério de controle – (b) Fundamentos do princípio da maioria: (aa) Fundamentação inadequada do princípio da maioria – (bb) Convergência de interesses (Interessen- gleichrichtung) através da participação conjunta (“estar no mesmo barco”) – (c) Limites funcionais do princípio da maioria e suas compensações: (aa) Considerações gerais – (bb) Exemplos: (1) Limitação de direitos de uma minoria de acionistas: decisão especial – (2) Conflitos de interesse graves: exclusão do direito de voto – (3) Situações de dependência e de grupo: indenização, compensação – (cc) Controle de decisões como reação a perturbações dos pressupostos de funcionamento do princípio da maioria? – 3. Empréstimos de sócios substitutos do capital social: (a) O problema – (b) Inexistente contradição do suposto comportamento contraditório – (c) Revogação da auto-regulação como razão decisiva: (aa) O pensamento funcional da regulamentação legal – (bb) Sinais de perturbação funcional – (cc) Revogação do controle externo por terceiro mutuante – (dd) Restauração da relação funcional por meio do direito do capital substitutivo. III – Sociedade como mecanismo funcional. Auto-regulação. A função freqüentemente ignorada: 1. Delimitação com a teoria das instituições – 2. Auto-regulação como elemento funcional: (a) O pensamento da auto-regulação – (b) Responsabilidade funcional – (c) Garantia de justiça – 3. Delimitação: (a) Distingüibilidade teórica entre falha sistêmica e falha individual: (aa) Falha do indivíduo em um sistema que, em si, funciona – (bb) Falha do sistema – (cc) Exemplo para a diferenciação básica – (b) Risco de banimento da auto-regulação em caso de confusão entre comportamento falho e falha sistêmica – (c) Problema da distingüibilidade prática. IV – Conseqüências para a aplicação do Direito e para a evolução jurisprudencial: 1. Conseqüências para a atribuição do risco e para os requisitos da intervenção – 2. Sistema gradual da evolução jurisprudencial com prioridade da manutenção ou reconstrução da auto-regulação: (a) Diferentes meios para manutenção e reconstrução da auto-regulação: (aa) Proteção das condições de funcionamento – (bb) Restauração das condições de funcionamento mediante evolução jurisprudencial – (cc) Introdução de me-

* Texto ampliado de conferência proferida perante a Sociedade Jurídica de Berlim em 21.6.2000, trad. para o português por Nilson Lautenschlager

Jr., sob autorização do autor, com base na publicação da editora Walter de Gruyter, Berlim/Nova York, 2001.

canismos complementares de auto-regulação – (b) Limitação de conteúdo da autonomia por meio do controle judicial – (c) Falta de uma declaração metodológica e dogmática eloqüente sobre a prioridade da auto-regulação – 3. Conclusões para o controle de decisões no direito acionário: (a) Necessidade de uma visão mais diferenciada – (b) Garantia de justa conformidade a uma visão funcional da lei – (c) Controle material de decisões como resposta a uma falha sistêmica. V – Panorama: 1. Direito econômico – 2. Direito contratual geral – 3. Direito do trabalho.

Abreviaturas

AktG – *Aktiengesetz* (Lei das Sociedades por Ações alemã)
 BAG – *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Superior do Trabalho)
 BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)
 BGH – *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal alemão)
 BGHZ – *BGH Zeitschrift* (Revista do BGH)
 GmbH – *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (Sociedade Limitada)
 GmbHG – *GmbH Gesetz* (Lei das Sociedades Limitadas)
 HGB – *Handelsgesetzbuch* (Código Comercial alemão)
 OHG – *Offene Handelsgesellschaft* (Sociedade Comercial Aberta)
 RG – *Reichsgericht* (Tribunal do Império)

I – Introdução

1. Raciocínio jurídico funcional

O que deve ser analisado a seguir, sob o raciocínio jurídico funcional, pode talvez ser melhor evidenciado, inicialmente, com um exemplo.

Podemos assumir que em um contrato social de uma sociedade de pessoas seja acordado que a maioria possa excluir outros sócios mediante decisão por maioria qualificada, sem que seja necessária prova de uma justa causa. Tal regra traz algo por si, pois deve permitir que os sócios, sem necessidade de uma prova morosa e complicada sobre determinadas faltas e da conhecida “lavagem-de-roupa-suja” em público, possam se separar de um determinado sócio, quando o trabalho em conjunto se torna problemático. Por muito tempo considerou-se absolutamente válida uma cláusula de tal tipo, pois se visualiza sua neces-

sidade.¹ Muitos foram surpreendidos à época quando no ano de 1977 o BGH, porém, a reprovou² e entendeu, a partir de então, que “cláusulas de exclusão” (*Hinauskündigungsklauseln*), como entretentes passaram a ser conhecidas, representavam uma violação dos bons costumes na forma do § 138 do Código Civil alemão.³

Tal decisão levou a uma longa controvérsia na doutrina, que não deve ser retratada aqui,⁴ que criticava o fato de não ser correto que não se pudesse, como só-

1. Assim ainda RG ZAKDR 1938, 818; BGH NJW 1973, 1.606; BGHZ 34, 80; representando a antiga doutrina A. Hueck, *OHG*, 4ª ed., 1971, § 29 I 2 b, com outras referências bibliográficas.

2. BGHZ 68, 212.

3. Tal a explicação dogmática desde BGHZ 81, 263.

4. Cf. sobretudo G. Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 19ª ed., 1991, § 10 II 1; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 3ª ed., 1997, § 50 III 4; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* I, 1980, § 7 III 2.

cio, no contexto da autonomia privada, submeter-se a uma cláusula tal, e ainda mais quando não era nem mesmo dito que no caso de exclusão não se receberia compensação.⁵ O que é, então, contra os bons costumes?⁶ O RG reconhecia, assim, de forma expressa, que a exclusão de um sócio pode ser submetida à vontade dos demais sócios, pois em sua aceitação do contrato social encontra-se um consentimento antecipado para uma eventual exclusão.⁷

O BGH não apresentou inicialmente – ainda que não exista razão objetiva especial para isto – qualquer fundamentação⁸ para sua decisão em sentido contrário, e que considerava nula tal “cláusula de exclusão”. Mais tarde, porém, uma fundamentação surpreendente: a liberdade de contratar seria obrigada a ter seus limites não só nos princípios gerais do ordenamento jurídico (com isto pensava o BGH claramente na proibição de violação dos bons costumes), mas também nos princípios gerais do direito societário. Cláusulas contratuais não poderiam ser formuladas de tal forma que atingissem o necessário trabalho em conjunto dos sócios em sua essência. Não poderiam colocar em risco o cumprimento das tarefas relativas a cada sócio ou em dúvida a colaboração leal à sociedade. Isto seria exatamente o problema em existir uma cláusula deste tipo, pois o sócio, sobre cuja cabeça estaria pairando constantemente a espada de Dâmocles da exclusão infundada, não poderia mais lançar mão de seus direitos como sócio de forma despreocupada.⁹ Não obstante algumas críticas, o BGH mantém tal opinião até hoje. Pode-se

falar, entretanto, em uma jurisprudência reiterada.¹⁰

Se analisarmos a fundamentação do BGH para o não-reconhecimento da “cláusula de exclusão”, então, torna-se claro que em tal jurisprudência não se trata – ou, em todo caso, não em primeira linha – da proteção do sócio contra um abuso de poder que viola os bons costumes, mas em essência da proteção da funcionalidade da sociedade como tal. É a funcionalidade interna da sociedade que é protegida. O BGH diz que cláusulas contratuais não podem colocar em risco o cumprimento das tarefas relativas a cada sócio ou em dúvida a colaboração leal à sociedade.¹¹ Com isto, a sociedade é claramente vista como um subsistema, cuja função se estrutura sob determinados pressupostos que não podem ser prejudicados por acordos contratuais. E o BGH visualiza tais pressupostos funcionais, entre outras coisas, na possibilidade do exercício dos direitos de sócio conforme necessário. Somente assim funciona a sociedade como sistema.

2. Questionamento e sistemática da exposição

Este aspecto, por mim denominado *funcional* (ou, se quiserem, *sistêmico-funcional*, por estar direcionado à funcionalidade do subsistema “sociedade”), é expressão de uma compreensão teleológica das respectivas regras jurídicas. Se perguntarmos, porém, sobre a tarefa de uma determinada regulamentação, então, o questionamento teleológico é ainda muito geral. Trata-se, na realidade, de investigar o sentido de uma determinada regulamentação. Este pode ser muito variado. Trata-se aqui, porém, do reconhecimento de que o sentido de uma regulamentação encontra-se muitas vezes não – ou não somente – na

5. BGH WM 1978, I 044; BGHZ 81, 263, 268.

6. Cf. G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 10, 1b, bb.

7. RG ZakDR 1938, 818; cf. também A. Hueck, *OHG* (nota 1 acima), § 29 I 2 b.

8. BGHZ 68, 212, 215 fundamenta simplesmente que (e não por que) uma regra tão grave, e que afeta a liberdade econômica e pessoal, somente poderia ser reconhecida sob circunstâncias muito especiais.

9. BGHZ 81, 263, 268.

10. BGHZ 81, 263; 104, 50, 57; 105, 213; 107, 351; para a sociedade limitada BGHZ 112, 103.

11. BGHZ 81, 263, 266 s.; cf. também BGHZ 105, 213, 217.

proteção direta do indivíduo, do sócio, do credor etc., mas também no funcionamento de um subsistema como o da sociedade de pessoas ou da sociedade de capitais, e que se deve considerar a manutenção da funcionalidade deste subsistema quando da aplicação do Direito ou de sua construção jurisprudencial (*Rechtsfortbildung*). Não é permitido que seja destruído, e para tanto é necessário que se conheçam as condições funcionais que não estão escritas.

Com o tema “Raciocínio Jurídico Funcional a Exemplo do Direito Societário”, gostaria, então, de perseguir este pensamento funcional e procurar descobrir do que se trata, pois estamos acostumados, em todo caso, no direito privado, a pensar a partir da proteção do indivíduo e de lá determinar os limites da ação. Para tanto disponibilizamos todo um arsenal de figuras e instrumentos dogmáticos. Cito somente o § 138 BGB, § 242 BGB etc. Ocupam mais e mais espaço os aspectos ético-jurídicos nos debates dos tribunais.¹² Conhecemos construções jurisprudenciais que consideram um princípio ético jurídico.¹³ Também sabemos que o ordenamento jurídico pode ser pensado como um sistema.¹⁴ O que nos falta, por outro lado, é, possivelmente, um fundamento metodológico¹⁵ e também dogmático claro para entender se e em que medida também é função da interpretação legal e da jurisprudência a proteção da função de um subsistema ou de uma organização como tal – como, por exemplo, uma sociedade –, e, em qualquer caso, como deve ocorrer. O que significa *garantir juridica-*

mente a funcionalidade da sociedade, quais instrumentos estão à disposição para tanto e como se deve proceder metodologicamente?

Não se pode olvidar que o subsistema é construído de forma a justificar as exigências de proteção do indivíduo, do credor etc. Não é hora ainda de discutirmos isto.¹⁶ Tal proteção, todavia, não é realizada por meio de comandos de conteúdo diretos, mas indiretamente, por meio da função apropriada do subsistema *sociedade*.

O aspecto funcional não se confunde, assim, com a indagação sobre se a um sócio em específico é injustamente negada uma informação necessária e se o mesmo pode impugnar a decisão tomada na sequência. Não é reconhecida a votação em todo caso, não somente por ser contrária aos bons costumes perante um sócio em específico, mas sim porque prejudica a funcionalidade da sociedade como organismo ou sistema. Ambas, a proteção do indivíduo e a proteção da funcionalidade do sistema, relacionam-se entre si, mas não são a mesma coisa.¹⁷

Gostaria de perseguir a importância do pensamento funcional em quatro etapas: na primeira gostaria de indagar se no caso do meu exemplo de raciocínio, a partir da função do sistema, se trata simplesmente de um caso específico ou, de fato, de uma área relevante (a seguir, II); na segunda gostaria de tentar explicitar esta análise funcional no sistema jurídico (III); na terceira gostaria de, ao final, avaliar se e quais regras podem ser formuladas para a aplicação do Direito e para a jurisprudência (a seguir, IV). Gostaria de encerrar, então, com uma breve incursão sobre se o pensamento funcional é algo específico do direito societário, ou se sua importância vai além (V).

12. Cf., paradigmático para o direito societário, Wiedemann, ZGR 1980, 147 ss.

13. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, pp. 240 ss.

14. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., 1983; Larenz/Canaris, *Methodenlehre* (nota 13, acima), pp. 263 ss.

15. Princípios, porém, em Larenz/Canaris, *Methodenlehre* (nota 13 acima), p. 310 (conceito jurídicos determinados pela função); sobre a importância teórico-jurídica do pensamento funcional, Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion*, Berlin, 1967.

16. Cf. abaixo III 2 c.

17. Sobre a diferenciação entre proteção individual e das funções em cláusulas de exclusão, Behr, ZGR, 1990, p. 375, 377; no contexto da proteção do investidor, por exemplo, também Kübler, *Gesellschaftsrecht*, 5ª ed., 1998, § 31 II 1 e 2.

II – Importância do pensamento funcional e sua incompreensão em casos específicos

1. Doutrina do núcleo temático

(a) Conceito e importância geral

Preleciona a teoria do núcleo temático que existem determinados direitos de sócio que não são dispositivos, mas que – isto, sim –, pertencendo a um núcleo da relação de participação (*Mitgliedschaft*), estão ligados a ela e também não podem ser restringidos para além de certos limites.

Todavia, não está claro, até hoje, quais são tais direitos. O argumento do núcleo temático é utilizado, na realidade, sempre de forma esporádica, mas o conteúdo completo da teoria do núcleo temático consiste substancialmente no reconhecimento da existência de casos nos quais a renúncia contratual de direitos de sócio não é permitida. Fundamenta-se em regra com o § 138 BGB, com a proibição de negócios contrários aos bons costumes,¹⁸ e poupa-se, assim o real fundamento. Muitas vezes são tratadas questões da teoria do núcleo temático também sob outros aspectos. Não temos uma teoria do núcleo temático realmente consistente.

Evidencia-se isto já no fato de que sob o conceito da teoria do núcleo temático são tratados dois questionamentos muito diferentes na doutrina e jurisprudência.¹⁹ Por um lado, a questão – que acabei de descrever como objeto da teoria do núcleo temático – sobre em que medida e por quê direitos de sócio não podem ser condicionados contratualmente.²⁰ Por outro lado, é

tratado também, sob o conceito da teoria do núcleo temático, um outro questionamento, a saber: em que medida direitos de sócio podem ser tomados de um sócio sem seu consentimento.²¹ Este último é uma questão da extensão do princípio da maioria, que gostaria de tratar posteriormente e que, em minha opinião, não dever ser resolvida com a questão do núcleo temático no sentido da incondicionalidade de direitos de sócio.

Para a questão do núcleo temático que nos interessa aqui, no sentido de um conteúdo mínimo incondicional de direitos de sócio, não há, como dito, uma teoria que seja útil. Isto ocorre essencialmente por ser o direito das sociedades de pessoas em grande extensão dispositivo, e pode-se questionar, por isso, de acordo com o princípio *volenti non fit iniuria*, por que deveria haver, então, um núcleo temático indisponível de direitos de participação (*Mitgliedschaftsrechten*). Não se pode renunciar, como sócio, aos direitos de sócio, como renuncia o doador a toda contrapartida? Para quê a proteção de um núcleo temático?

(b) Exemplos para os argumentos do núcleo temático

(aa) Casos definidos em lei

Não se questiona a existência de um núcleo temático. Prescreve a própria lei no § 723, III, BGB, por exemplo, para as sociedades de pessoas, que o direito à rescisão (denúncia) extraordinária não pode ser excluído. Para os direitos de fiscalizar dos sócios na sociedade de pessoas prescreve-se, também, segundo o § 118 II HGB para a OHG e o § 166 III HGB, em forma mais amena, também para a sociedade em comandita, que sua exclusão não é, de qualquer forma, válida em caso de suspeita de condução fraudulenta dos negócios. Estes

18. Cf. somente Ulmer in *MünchKomm BGB*, 3ª ed., § 705 margem 101, com outras referências.

19. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 III 3 b, bb; Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 705 margem 101, § 709 margem 83; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 7 I 1 b.

20. Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 705 margem 101.

21. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 III 3 b, bb; Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 709 margem 83.

são casos, como dito, definidos em lei, que em geral não são relacionados com o pensamento do núcleo temático, não obstante pertencerem, naturalmente, ao mesmo.

(bb) Proibição de segregação

O BGH acrescentou, então, em uma antiga decisão do ano de 1956, que uma procuração de voto em caráter irrevogável em uma sociedade de pessoas não merece ser reconhecida em razão de configurar, na prática, uma segregação do direito de voto.²² Tal proibição de segregação é fundamentada²³ com a natureza da identidade patrimonial da sociedade (*Gesamthandsgemeinschaft*), apesar de se poder, com o conceito de “natureza”, concluir tudo e nada. Propõe-se na doutrina, por outro lado, compreender a proibição de segregação como expressão da “natureza dos direitos participativos individuais”²⁴ ou do § 717, 2, BGB,²⁵ não sendo dada, ao certo, uma fundamentação para o que é a natureza dos direitos participativos individuais ou por que o § 717, 2, BGB proíbe uma segregação de direitos de sócio.

(cc) Cláusulas de exclusão

Mais injustamente não relacionado com a teoria do núcleo temático é o exemplo já mencionado no início da “cláusula de exclusão”. O direito de não ser excluído da sociedade de forma arbitrária pertence naturalmente ao núcleo temático da relação de participação na união associativa pessoal (*Personenverband*). Somente assim se explica por que o BGH não reconhece a

cláusula de exclusão como contrária à natureza da sociedade.

(dd) Princípio da igualdade de tratamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*)

Também gostaria de apontar o princípio societário da igualdade de tratamento como pertencente ao núcleo temático dos direitos de participação.²⁶ Reconhece-se, na realidade, que o sócio possa renunciar, no caso específico, ao tratamento igualitário. Não pode renunciar, entretanto, ao princípio em geral.²⁷ Pertence também, pois, aos direitos irrenunciáveis de sócio.

(c) Inexistência de uma teoria do núcleo temático

Quando mencionei sobre o conceito da teoria do núcleo temático uma certa coleção de casos específicos que não permitem estabelecer uma idéia fechada e que são fundamentados de forma muito diferente (com o argumento da segregação, com o § 138 BGB, com o raciocínio da espada de Dâmocles e com a natureza da sociedade), então, fica claro que, na realidade, conhecemos a palavra-chave da teoria do núcleo temático, mas que a “teoria” do núcleo temático não avançou para uma verdadeira teoria. É, de fato, tocada²⁸ nos respectivos manuais de doutrina de direito societário, mas não é nem suficientemente fundamentada,²⁹ nem se encontram referências para

26. Também K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 III b, dd, com remissão ali mesmo a § 16 II 4b ee.

27. Especialmente G. Hueck, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, 1958, p. 267.

28. Por exemplo em Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 3ª ed., 1999, I A 85; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 III 3 b aa; Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 709 margem 77 ss.; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 7 I 1 b.

29. Cf., e.g., a observação de Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 705 margem 101, sobre a importância do § 138 I BGB: “O conteúdo

22. BGHZ 20, 363, 364 s.

23. BGHZ 3, 354, 357.

24. ULMER in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 717 margem 7.

25. G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 7 II 3; Kraft/Kreuz, *Gesellschaftsrecht*, 11ª ed., 1999, C II 3 a; Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 717 margem 7, com outras referências. Sobre as diferentes fundamentações, Wiedemann, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten*, 1965, pp. 278 ss.

a construção de um sistema que mereça o nome. Não há ainda uma teoria do núcleo temático em certa medida fechada que pudesse se basear em um pensamento linear e que fornecesse a partir daí conclusões e delimitações claras.³⁰

Isto parece ser significativo para o meu tema, aqui. O pensamento funcional que se esconde por trás de toda a teoria do núcleo temático e que se evidencia de forma clara na decisão sobre a cláusula de exclusão mencionada no início (a saber, a cláusula deveria ser nula, pois do contrário um sócio não poderia mais exercer seus direitos de sócio adequadamente) este pensamento funcional não é suficientemente compreendido em sua real importância.

Então, por que não seria permitida, para lançarmos mão de um outro exemplo mencionado acima, a segregação de direitos de sócio? Com o conceito de proibição de segregação é indicado, pois sim, somente um resultado, mas nenhum fundamento. Somente pode ser que a segregação de direitos essenciais de sócio desestabilize tanto a sociedade, como associação de todos os sócios, que esta não seria mais funcional, como necessário.³¹ Parece-me, pois, correta a assertiva de Karsten Schmidt, que, em referência a Flume, formula que o pensamento é que a união associativa (*Verband*) não deveria colocar em risco a "garantia de justiça" (*Richtigkeitsgewähr*) da formação de vontade relativa a tal união associativa e do controle.³²

mínimo de direitos de sócio que deve ser respeitado é muitas vezes descrito com o conceito do núcleo temático irrenunciável".

30. Não obstante algumas considerações, por exemplo, H. P. Westermann, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970, pp. 176 s., 351 ss.; referências sempre em Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 7 I 1b, com referência ao "princípio da auto-defesa".

31. Com tendência semelhante Th. Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 2ª ed., 1992, § 12 margem 10; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 19 III 4 a.

32. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 19 III 4 a; Flume, *Allgemeiner Teil des*

E por que não se pode incluir no contrato social que os sócios renunciem ao tratamento igualitário?³³ Também isto somente pode ser compreendido se uma renúncia geral ao tratamento igualitário aluisse a cooperação entre os sócios e, com isto, a funcionalidade e os mecanismos de garantia da sociedade.³⁴ O porquê quero investigar imediatamente na seqüência, com base no exemplo da decisão majoritária.

2. Decisões da maioria

(a) O problema do critério de controle

O direito das sociedades de capitais, ao contrário das sociedades de pessoas, parte do princípio da maioria para as decisões sociais. Para situações que pertencem em sentido mais amplo à administração, vale o princípio da maioria simples, enquanto para as situações que se referem a modificações dos estatutos ou a outras questões dos fundamentos da sociedade é exigida uma maioria qualificada.

O problema é, naturalmente, que o que a maioria decide nem sempre é correto, e que a decisão da maioria pode ser determinada unilateralmente por interesses da maioria. Com isto, coloca-se a questão do controle do poder da maioria.

Enquanto a Lei alemã das Sociedades Limitadas surpreendentemente não apresenta qualquer assertiva a respeito, a Lei alemã das Sociedades por Ações contém em seus §§ 243 AktG e ss. uma regulamentação sobre a impugnação de decisões da assembleia-geral que conhece a questão do abuso do poder da maioria, mas que estabelece condições muito rígidas para que uma decisão possa ser atacada. Conforme o § 243 I AktG, uma decisão da assembleia-geral pode ser primeiramente impugnada

Bürgerlichen Rechts, vol. 1, 1, *Die Personengesellschaft*, 1997, § 14 IV e VII.

33. Para proibição, acima b dd com nota 27.

34. Também assim tendendo K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 II 4 b aa.

por ofensa à lei ou aos estatutos. Conforme o § 243 II AktG, pode ainda uma decisão da assembléia-geral “também”, como prescreve a lei, ser impugnada quando um acionista procura obter, com o exercício do direito de voto, para si ou para outrem, vantagem especial em prejuízo da sociedade ou dos demais acionistas, e a decisão está apta a servir a tal propósito. O abuso pela maioria, que me interessa, parece estar prescrito no § 243 II AktG como caso do acasamento de vantagens especiais. Não prevê a Lei alemã das Sociedades por Ações abaixo de tais limites, por outro lado, qualquer possibilidade de impugnar uma decisão da assembléia-geral. Constituem, de resto, razões para impugnação somente ofensas à lei ou aos estatutos.

Isto incitou o RG a equivocadamente lançar para o muito citado caso “Hibernia” ementa pela qual “as decisões da maioria tomadas sobre questões das sociedade com o número necessário de votos (...) [são] também aplicáveis à minoria ainda que pareçam equivocadas, economicamente desvantajosas ou prejudiciais aos interesses de proteção das minorias”. Isto seria – assim continua o RG – uma inevitável consequência do princípio reconhecido legalmente de que a maioria dos acionistas decide sobre a administração da sociedade e sobre o que deve ser feito, ou não, no interesse da sociedade e de seus acionistas. Todos que adquiram ações deveriam se conformar com tal fato.³⁵

Isto soa duro (e foi assim pensado), e citam-se com prazer, ainda hoje, tais frases do caso “Hibernia” como prova da visão puramente formal do RG, em nossa concepção hoje não mais sustentável, que o BGH, para utilizar as palavras do historiador do Direito Franz Wieacker, “reconverteu em uma ética material da responsabilidade social”.³⁶

35. RGZ 68, 235, 254 s.

36. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1952, p. 18.

É necessário indagar, porém, antes de se condenar definitivamente o caso “Hibernia” – como é comum hoje³⁷ –, o que se quer dizer, fundamentalmente, com o princípio da maioria. Como é que em uma sociedade – e penso, aqui, naturalmente, na sociedade no sentido do nosso direito societário, e me abstenho de um comentário da sociedade no sentido do direito de Estado – se pode colocar o destino da sociedade de capital nas mãos da maioria? Não há o risco de a minoria sempre ficar sem proteção? Não é necessário que decisões da maioria sejam submetidas a um controle judicial geral, indagando-se se a minoria não será prejudicada com tal decisão? Não é necessário que se afirme que as decisões da maioria – ao contrário do que o RG pensava – devem ser submetidas em geral a um controle judicial, de acordo com parâmetros da boa-fé e da equidade (*Treu und Glauben*),³⁸ e que não podem ser justificadas com a expressão “maioria é maioria”?

Com efeito, o atual desenvolvimento jurídico caminha nesta direção, na medida em que se incluiu a boa-fé como limite para a validade de decisões da maioria nos procedimentos de impugnação, paralelamente ao texto e sentido da regulamentação do direito acionário sobre a impugnação de decisões.³⁹ Muito simples do ponto de vista técnico-jurídico, na medida em que se diz que a violação da boa-fé seria uma violação da lei, e para violações da lei já pre-

37. Cf. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 8 I 2 pr.; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 21 II 3 a, com mais referências.

38. Cf. para o direito das sociedades de pessoas Ulmer in *MünchKomm BGB* (nota 18 acima), § 709 margem 85: “O aumento do poder da maioria, associado com a limitação do princípio da especificidade, decorrente das correspondentes decisões da maioria, exige como compensação um fortalecimento de conteúdo da proteção das minorias, que deve ser alcançado por meio do *controle de conteúdo das decisões da maioria* que violem os chamados ‘limites móveis’ do princípio da maioria” (grifos no original).

39. Sobretudo Hüffer, *AktG*, 4ª ed., 1999, § 243 margem 5; Zöllner in *Kölner Komm AktG*, 1ª ed., 1985, § 243 margem 69.

vê o § 243 I AktG uma possibilidade de impugnação.⁴⁰ Conforme o § 243 I AktG, são impugnáveis as violações da lei e dos estatutos. Melhorou-se, desta forma (aparentemente elegante), a proteção das minorias no direito acionário, na medida necessária. Serviu a integração da boa-fé no § 243 I AktG exclusivamente para tornar, de forma aparentemente fiel à lei, mais rigorosos os limites ineficazes do § 243 II AktG, no sentido de uma melhoria da proteção das minorias.⁴¹ E quem ousaria estar contra uma melhoria da proteção das minorias?

Entretanto, sob dois aspectos isso foi insuficiente. O primeiro pelo fato que a introdução da boa-fé como limite da tomada de decisão mal correspondia à dogmática do direito acionário. Isto é evidente e também não é questionado, em princípio, de forma séria,⁴² pois a concepção pela qual a boa-fé pertence às regras legais, cuja não-observância permitiria a impugnação da decisão, conforme o § 243 I AktG, em razão de violação da lei e dos estatutos, não é, naturalmente, conciliável em seu fundamento com a dogmática utilizada como base pelo legislador da Lei alemã das Sociedades por Ações. Isto decorre, por um lado, do fato de que o § 243 I AktG permite inferir que decisões podem ser impugnadas em razão de violação da lei ou dos estatutos e que a lei, então, acentua, em certa medida, como especificidade, que pode ocorrer a impugnação *também* – e a palavra “também” está assim na lei – em razão do acossamento de vantagens especiais. Trata-se, portanto, claramente, de uma regulamentação de exceção, e não, por exemplo, de um simples esclarecimento. Exatamente por isso, não seria possível que a lei pensasse

que a menção à lei e aos estatutos no § 243 I AktG incluiria de forma muito geral a falta da maioria cometida contra a minoria. Outrossim, o § 243 II AktG seria absolutamente inútil se o requisito de boa-fé já estivesse contido no § 243 I AktG.⁴³ Todos os casos de abuso pela maioria estariam contidos, assim, no § 243 I AktG. Por isso, o legislador partiu claramente de uma perspectiva dogmática outra que a da doutrina dominante, e fixou sua perspectiva dogmática com o § 243 II AktG.

Pode-se naturalmente indagar ao que se devem tais filigranas dogmáticas, já aparentemente ultrapassadas. A Lei alemã das Sociedades por Ações é de 1965, de 1937 o regulamento anterior que serviu de base para o § 243 II AktG, e neste íterim pode, mesmo, ter evoluído a compreensão.⁴⁴

Mas acrescenta-se o segundo aspecto: o que não se observa suficientemente com o atual entusiasmo com o controle de conteúdo material é que com isto se percorre um caminho que em outros lugares – a saber, no direito dos contratos – é visto sobretudo de forma crítica e muito diferenciada.⁴⁵ Chega-se, com a generalização do controle de decisões segundo os parâmetros da boa-fé, em um amplo controle material de decisões,⁴⁶ embora, de resto, nomeadamente no direito dos contratos, uma tal materialização ampla em forma de uma generalização do controle de conteúdo contratual seja, com justiça, vista de forma muito crítica e limitada de forma conseqüente a exceções e casos especiais, como na aplicação de condições gerais de negó-

40. Hüffer, AktG (nota 39 acima), § 243 margem 5.

41. Hüffer, AktG (nota 39 acima), § 243 margem 31; o mesmo in Gessler/Hefermehl, AktG, 1984, § 243 margem 89 s.; Zöllner in *Kölner Komm AktG* (nota 39 acima), § 243 margem 236.

42. Cf. Zöllner in *Kölner Komm AktG* (nota 39 acima), § 243 margem 206; Hüffer, AktG (nota 41 acima), § 243 margem 31.

43. Por exemplo Hüffer in Gessler/Hefermehl (nota 41 acima), AktG, § 243 margem 67: “(...) a norma parece ser completamente dispensável para o direito acionário”.

44. Neste sentido, por exemplo, Zöllner in *Kölner Komm AktG* (nota 39 acima), § 243 margem 206.

45. Zöllner, AcP 176 (1976), p. 221, 246.

46. Cf., e.g., Hüffer, AktG (nota 39 acima), § 243 margem 31, o qual fala de um controle material de decisões apoiado em relações de boa-fé de caráter participativo (*mitgliedschaftliche Treubindungen*).

cio.⁴⁷ Tal limitação do controle tem boas razões. E estas valem, em princípio, também para a questão do controle de decisões: a autonomia privada deve ser limitada, também na forma do controle de decisões, somente na medida de fato necessária. O controle material de decisões aumenta, ainda, a insegurança jurídica e contém, com isto, também o que o legislador da lei acionária já visualizara,⁴⁸ e o que ainda hoje é absolutamente atual:⁴⁹ um enorme potencial de extorsão contra a sociedade e a maioria acionária.

Permanece, por isso, a pergunta sobre se o desenvolvimento do controle material de decisões de forma tão geral foi acertado. Foi simplesmente falsa e há muito ultrapassada, como se pensa hoje, a decisão legislativa de limitar o controle material de conteúdo aos casos do § 243 II AktG?⁵⁰ Ou se trata, na realidade, tal como no controle de conteúdo de contratos, não de uma correção geral da lei, mas, sim, de correção parcial da falha de determinados pressupostos funcionais do princípio da maioria? O atual controle de decisões, o qual não é, de forma alguma, facilmente conciliável com a dogmática da Lei Acionária alemã, como foi exposto até aqui,⁵¹ e que conduz⁵² a um caos de diferentes parâmetros, de controle difícil de ser decifrado, é,

47. Para a questão da materialização e contra o crescimento do controle de conteúdo sobretudo Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273 e ss., 327 ss.; também Zöllner, AcP 176 (1976), 221 ss.

48. Sobre este aspecto já a fundamentação da lei acionária de 1894, impressa in Schubert/Hommelhoff, "Hundert Jahre modernes Aktienrecht", ZGR Sonderheft 4, 1985, p. 404, 467.

49. Recentemente Baums, *Empfiehl sich die Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, parecer F para a 63ª Conferência Alemã de Juristas, 2000, p. 155.

50. Neste sentido, por exemplo, Hüffer, AktG (nota 39 acima), § 243 margem 31.

51. Cf. somente Hüffer, AktG (nota 39 acima), § 243 margem 32.

52. Cf. a respeito K. Schmidt, *Großkomm AktG*, 4ª ed., 1995, margem 46-49: controle de adequação,

realmente, uma consequência necessária do princípio da maioria?

(b) Fundamentos do princípio da maioria

Para responder a tal questão, porém, é necessário que primeiramente se reflita sobre o que foi, pois, pensado pela Lei Acionária para estruturar de forma tão frágil a possibilidade de atacar decisões sob o aspecto da proteção de minorias. Isto leva à inevitável pergunta: por que é, até mesmo, possível aceitar no direito das sociedades de capital o princípio da maioria? Não é evidente o risco de a maioria cuidar somente de seus interesses e, com isto, prejudicar os interesses da minoria?

(aa) Fundamentação inadequada do princípio da maioria

O princípio da maioria não pode, certamente, ser justificado com a idéia de que a decisão da maioria, por participarem muitas pessoas inteligentes, tem uma garantia especial de justiça. Contra tal idéia já foi apresentada, há muito, a frase *pars maior pars sanior*.

Pode o princípio da maioria ser ainda menos justificado com o fato de que, como não se pode ser justo com todos, assim, a maioria, pois maior número é atingido, deve poder decidir. Exatamente isto levaria, nomeadamente, ao fato de que a respectiva maioria poderia enriquecer-se de forma legítima à custa da respectiva minoria, na medida em que tomasse amplas decisões em seu benefício e em prejuízo da minoria. Em um tal sistema de possibilidade de autodeterminação da maioria, a proteção da minoria haveria, de fato, de ser garantida na forma de um controle judicial amplo das decisões da maioria, o que levaria a uma imensa onda de processos, que paralisaria tudo.

controle material, controle material de conteúdo, controle institucional de conteúdo, abuso de direito individual e institucional, boa-fé.

(bb) Convergência de interesses
(*Interessengleichrichtung*)
através da participação conjunta
("estar no mesmo barco")

O fato de se poder partir do princípio da maioria para decisões em sociedade de capital e isto não levar constantemente a uma série de abusos tem uma outra razão, bem simples: com sua participação, todos os acionistas e sócios da sociedades de capital "estão no mesmo barco". Se a maioria tomar uma decisão nociva à sociedade, então, prejudicará seus interesses não menos que os da minoria. Portanto, a maioria deve se esforçar, no seu próprio interesse, em tomar decisões justas e no interesse da sociedade, com o quê inevitavelmente atentará, ao mesmo tempo, para os interesses da minoria. Com certeza, sempre existem diferenças de opinião sobre o que se encontra no interesse da sociedade. A maioria pode errar. Todavia, por meio de seus interesses de participação conjunta com a minoria, está garantido que a maioria tem de se esforçar por decisões justas. Erros não podem ser excluídos, o que também não pode ajudar a jurisprudência, pois, em regra, ela também não sabe mais que os próprios sócios⁵³ o que atende aos interesses da sociedade. Por isso deve ser negado à jurisprudência um controle material geral de decisões da maioria, como também um controle geral da justiça material (*Sachgerechtigkeit*) dos contratos. Muito mais a própria consternação na autonomia privada é ainda a melhor garantia para a justiça material, não a tutela judicial.

Contanto que esta convergência de interesses seja suficiente, e esta é a regra, o risco de violação dos interesses das minorias torna-se relativamente baixo.⁵⁴ O pro-

cesso de tomada de decisão em certa medida se auto-regula e não necessita de qualquer controle judicial mais rígido. Por isso, o Direito pode, de certa forma, limitar-se, no controle de decisões, ao "caso de exceção". E para isto está dirigido o § 243 II AktG, com seu controle de abuso de direito.

Portanto, totalmente correto o RG ao ressaltar, no já citado caso "Hibernia", que a maioria da propriedade de ações decide sobre a administração da sociedade e o que deve ser feito, ou não, no interesse da sociedade e dos seus acionistas. Todo aquele que adquire ações deveria se conformar com tal fato.⁵⁵

(c) *Limites funcionais do princípio da maioria e suas compensações*

(aa) Considerações gerais

Tudo isto, porém, somente vale quando se parte do fato de que existe a convergência básica de interesses dada pelos interesses participativos. Esta convergência fundamental de interesses é, em certa medida, o princípio funcional do sistema de maioria. Se não existir, como no caso de decisões sobre o deslocamento interno na sociedade de direitos e obrigações ou quando interesses externos da maioria, que contrariam os interesses comuns, se sobrepõem à convergência de interesses dentro da sociedade, então, não se pode mais partir da regra segundo a qual os interesses da minoria são perseguidos juntamente com os interesses convergentes da maioria. Há, muito mais, o risco evidente de a maioria decidir às custas da minoria. Conseqüentemente, o Direito deve, aqui, apresentar uma outra solução, e não pode simplesmente

53. Diferente Leenen, 2. *Festschrift Larenz*, 1983, p. 385 com nota 50.

54. Para a convergência de interesses como fundamento do princípio da maioria já de forma incidental, Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 8 I 1; também Kropff in Lutter/Semler, *Rechtsgrundlagen freier Unternehmer-*

wirtschaft, 1991, p. 71, 73 s.; Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, 6ª ed., 1997, § 1 III 5 a. Sobre o efeito compensador de interesses da formação de maioria, ao qual é atribuída uma "garantia de justiça" (*Richtigkeitsgewähr*) semelhante como em um contrato negociado, Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 8 I 1.

55. RGZ 68, 235, 254 s.

remeter ao controle de abuso de direito conforme o § 243 II AktG.

(bb) Exemplos

Isto ocorre de muitas formas.

(1) *Limitação de direitos de uma minoria de acionistas: decisão especial* – Quando a convergência de interesses está ameaçada em razão do fato de a relação dos tipos ou classes de ações entre si dever ser modificada, como, por exemplo, os direitos dos preferencialistas devem ser cortados em favor dos detentores de ações ordinárias, então, haveria o risco evidente de a maioria dos acionistas ordinários “passar a perna” na minoria dos acionistas preferencialistas. Por isso, a Lei alemã das Sociedades por Ações exige, neste caso, que não só os acionistas ordinários tomem a decisão correspondente, mas também o consentimento dos preferencialistas atingidos na forma de uma assim chamada decisão especial com maioria qualificada. Somente quando os preferencialistas – que, em regra, se encontram na minoria – também dão seu consentimento em votação em separado e com maioria qualificada passa a existir a correspondente decisão que altera os estatutos.

Reconhece a lei, portanto, muito bem os limites funcionais do puro princípio da maioria. Para além de tais limites, todavia, não aplica simplesmente o controle material de decisões segundo os parâmetros da boa-fé, mas, sim, procura por soluções substitutivas adequadas, que possam existir sem apoio em um rígido controle judicial de decisões. Procura manter o mecanismo funcional ou, melhor, o mecanismo de auto-regulação, como resultante da fundamental convergência de interesses dos acionistas, por meio da correção da exigência de decisão especial.

Esta primazia aqui indicada da manutenção ou adaptação do mecanismo de auto-regulação perante o controle judicial de decisões segundo os parâmetros da boa-fé

parece-me extraordinariamente importante, pois mostra que nesta área do pensamento funcional do princípio da maioria os tribunais devem procurar, primeiramente, soluções que mantenham o mecanismo de auto-regulação.

O caminho da decisão especial é, porém, adequado e acessível somente no caso apresentado, da modificação da relação dos grupos acionários entre si. Não funciona no segundo campo de problemas que mencionei,⁵⁶ a saber, a sobreposição de interesses participativos por meio de outros, nomeadamente, interesses externos, que são contrários no momento ou potencialmente. Portanto, a convergência de interesses entre os acionistas ou sócios como garantidora do funcionamento do modelo de maioria corre o risco de ser desmontada quando a maioria, paralelamente aos interesses participativos dentro da sociedade, que são em si convergentes, persegue interesses externos à sociedade que lhe são muito mais importantes financeiramente, e quando esses interesses externos, em caso de colisão, compensam muito pouco a vítima dos interesses participativos próprios. Então, a maioria irá se comportar em votações segundo seus interesses preponderantes, e isto às custas da minoria.

(2) *Conflitos de interesse graves: exclusão do direito de voto* – O caso mais evidente, mas de forma alguma o mais importante, de reação do Direito ao perigo do sobrepeso de interesses externos é a exclusão do direito de voto em conflitos de interesses. Regulado nos §§ 136 I AktG e 47 IV GmbHG, não atinge, porém, de forma alguma, todos os casos de conflito de interesses, mas tão-somente casos bem específicos nos quais se trata da decisão sobre desoneração da administração, exoneração de uma dívida ou pleito de uma pretensão do ou contra o respectivo sócio ou acionista. O atingido é totalmente privado, pelo

56. Acima, aa.

direito das sociedades de capital, de seu direito de voto, pois não se pode esperar que ele persiga aqui os interesses sociais na votação quando isto ocorre à custa de seus interesses externos. Portanto, a defesa contra desvantagens pessoais, que ele deve assumir em sua integralidade, corre em prejuízo de seus interesses sociais, nos quais ele somente participa parcialmente.

Entretanto, a exclusão do direito de voto é uma medida radical, pois traz como conseqüência a obrigação de um acionista ou sócio, mesmo majoritário, deixar a decisão da sociedade aos demais acionistas, possivelmente somente uma pequena minoria. Por isso, Zöllner mostrou muito cedo que não se pode encontrar na exclusão do direito de voto uma solução para os conflitos de interesse, nomeadamente não para os negócios das sociedades de capital, mas que a extensão do tipo legal (*Tatbestand*) da exclusão do direito de voto somente é possível para medidas que devem ser tomadas contras os acionistas ou sócios por uma razão relevante.⁵⁷

Importante neste contexto é, porém, que a lei das sociedades por ações alemã não aplica também aqui o controle de decisões como remédio, mas sim uma regra que mantém a auto-regulação da sociedade.

(3) *Situações de dependência e de grupo: indenização, compensação* – Outra constelação na qual os interesses externos podem ameaçar os pressupostos funcionais do princípio da maioria constitui o caso típico da dependência de um sócio ou acionista majoritário que, paralelamente a seus interesses participativos na sociedade em questão, tem interesses empresariais potencialmente contrários. Portanto, existe o risco evidente de o acionista majoritário sa-

crificar seus interesses participativos na companhia em questão em favor dos seus interesses empresariais contrários, externos a esta sociedade.⁵⁸ O risco aumenta quando a dependência é suportada por uma administração única.⁵⁹ Como exemplo, quero mencionar, aqui, somente o caso do preço de compensação de grupo (*Konzernverrechnungspreis*), conhecido por todos.

Conhece também o problema a Lei das Sociedades por Ações alemã. Trata o caso como uma situação de grupo e disponibiliza, para tanto, regras próprias (§§ 291 ss., 311 AktG). Como foram criadas e se são suficientes para a questão da formação de grupo (proteção de formação de grupo)⁶⁰ não dever ser tratado aqui em detalhes, pois me interessa, neste ponto, somente o reconhecimento de que o Direito disponibiliza regras especiais para o caso no qual as condições de funcionamento do modelo da maioria não podem mais ser suficientemente asseguradas.

(cc) Controle de decisões
como reação a perturbações
dos pressupostos de funcionamento
do princípio da maioria?

Uma outra possibilidade de reação contra perturbações funcionais do princípio da maioria, primeiramente reprimida nas considerações anteriores, é submeter as decisões da maioria a um controle rígido.⁶¹ O BGH exigiu, para que determinadas questões decididas pela assembléia-geral da sociedade por ações pudessem ser válidas, uma razão objetiva no interesse da socie-

58. Cf. somente Kropff in Lutter/Semler, *Rechtsgrundlagen freier Unternehmensewirtschaft* (nota 54 acima), 1991, p. 73. Para os problemas de direito societário da dependência também Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht* (nota 54 acima), § 1 III 5b.

59. Sobretudo Wiedmann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 6 IV 2 a.

60. Por exemplo, Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 8 III 3 a.

61. Assim já Leenen, 2. *Festschrift Larenz* (nota 53 acima), p. 392.

57. Zöllner, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963, p. 267; o mesmo in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 17ª ed., 2000, § 47 margem 51; cf. também Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 8 I 4b.

dade. O BGH incluiu⁶² inicialmente entre tais questões, sobretudo, a exclusão do direito de preferência dos acionistas sobre novas ações, e, então, também a permissão da diretoria para emitir novas ações com a exclusão do direito de preferência⁶³ e, ainda, também para a liberação de um sócio na qualidade de gerente de uma sociedade limitada da proibição de concorrência.⁶⁴ Entretanto, até hoje não foram explicados o fundamento e a base legal para tal decisão. Embora grande parte doutrina se inclinasse para a intensificação do controle,⁶⁵ ultimamente encontram-se novamente tons críticos.⁶⁶ O BGH, sob nova presidência da seção de direito societário, parece “retroceder” também, aos poucos.⁶⁷

Os fundamentos⁶⁸ apontados pela jurisprudência para a intensificação do controle de decisões nunca foram, de fato, efetivamente convincentes, pois também valem para a maioria e, por isso, não explicam por que a maioria deveria assumir o risco das desvantagens potenciais associadas à exclusão do direito de preferência, quando tais desvantagens não podem ser compensadas pelo apoio dos interesses comuns da empresa. Os acionistas também estão fundamentalmente “no mesmo barco” nas decisões sobre a exclusão do direito de

preferência. O objeto da decisão, exclusão do direito de preferência, portanto, nada diz sobre o funcionamento ou não-funcionamento do princípio da maioria. Sua função será, muito mais, somente prejudicada quando a maioria obtém vantagens às custas da minoria ou dos interesses da empresa, as quais excedem o peso das desvantagens associadas à decisão de exclusão do direito de preferência que também afetam a maioria com relação aos seus interesses participativos. Tal poderia ser o caso quando a exclusão do direito de preferência ocorre em favor da maioria ou de uma empresa por ela controlada, mas não quando a exclusão do direito de preferência serve, por exemplo, somente para a emissão de ações para os empregados.

Quando, portanto, não é a periculosidade do objeto que justifica o controle de decisões, então, em razão da análise funcional do princípio da maioria, deve-se, sobretudo, indagar se para os fatos apresentados ao Judiciário não se dá a típica proteção da convergência de interesses por meio da participação comum. Isto pode, mas não obrigatoriamente, necessariamente depender do objeto da decisão, mas também se basear em uma constelação de interesses passível de ser tipificada, a qual permite, em certa medida, que a garantia do princípio da maioria seja “destruída”.

Também aqui se evidencia, em minha opinião, que se poderia ir tranqüilamente adiante com a forma funcional de raciocinar.⁶⁹

3. Empréstimos de sócios substitutos do capital social

Permitam-me, ainda, testar o valor, ou não, do pensamento funcional em mais uma área do direito societário: na questão dos empréstimos de sócios substitutos do capital social.⁷⁰

62. BGHZ 71, 40, 45 (Kali & Salz).

63. BGHZ 83, 319, 325 (Holzmann).

64. BGHZ 80, 69, 74 (Süßen); também BGHZ 89, 162, 166.

65. Lutter, ZGR 1979, 401, e ZGR 1981, 171; o mesmo, in *Kölner Komm AktG*, 2ª ed., 1995, § 186 margem 61; Wiedemann, ZGR 1980, 147, 156 ss.; o mesmo, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 8 III 2 b; o mesmo, *Großkomm AktG*, 4ª ed., 1994, § 186 margem 134 s.; Zöllner, *Schranken* (nota 57 acima), pp. 352 s.; Hüffer, *AktG* (nota 39 acima), § 186 margem 25.

66. Kübler, WM 1994, 1970; Mülbert, *Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe e Kapitalmarkt*, 2ª ed., 1996, pp. 310 ss.; sob a perspectiva do direito comunitário também Kindler, ZHR 158 (1994), p. 339, 358 ss.

67. BGHZ 125, 239; ZIP 1997, 1499 (Siemens/Nold).

68. Risco de diluição, mudança das quotas do direito de voto, perda de bloco de veto, cf. BGHZ 71, 44 ss.

69. Cf. abaixo IV 3.

70. Cf. já Fastrich, *FS Zöllner* 1998, pp. 143 ss.

(a) *O problema*

Trata-se da questão da impossibilidade de um sócio que realiza empréstimos a uma limitada que se encontra em crise poder exigir o pagamento até que a crise esteja superada. Não lhe é permitido, sobretudo quando a sociedade se torne insolvente, inscrever seu crédito com a mesma ordem de preferência de outros credores da sociedade.

Hoje, isto se encontra no regulamento do § 32a GmbHG, mas refere-se a uma jurisprudência anterior do BGH que durante anos foi desenvolvida e aprimorada.

Ponto de partida foi o conhecido caso "Lufttaxi".⁷¹ Uma sociedade limitada operava vôos de linha, vôos promocionais e vôos medicinais de alta altitude. Foi constituída com o capital mínimo da época de DM 20.000. Como os negócios caminhavam claramente mal, o capital mínimo foi consumido logo nos três primeiros meses. Ela pôde continuar suas operações somente em razão do dinheiro que um sócio disponibilizava constantemente na forma de empréstimo. O sócio disponibilizou para a sociedade, até a abertura de falência da mesma, um total de DM 56.000. Todavia, uma parte deste valor, cerca de DM 25.000, foi paga de volta para o sócio. Tratava-se, então, da questão sobre se o sócio poderia exigir o restante do empréstimo como crédito falimentar ou se ele, ao contrário, deveria devolver ao síndico os DM 25.000 recebidos em pagamento do empréstimo, bem como os correspondentes juros pagos.

(b) *Inexistente contradição do suposto comportamento contraditório*

Não havia à época uma regulamentação especial na Lei alemã de Limitadas sobre empréstimos de sócios. Poder-se-ia, por isso, supor, inicialmente, que um sócio deveria ser tratado como qualquer outro mutuante também: na medida em que recebeu

antes da decretação da falência os juros e o pagamento do empréstimo, teve sorte. Com relação ao restante de seu crédito decorrente do empréstimo, participaria do processo falimentar como um credor falimentar e receberia sua quota, que geralmente estaria próxima de zero.

O BGH decidiu diferente, e com isto iniciou uma jurisprudência que até hoje não está pacífica. Ponderou o BGH,⁷² e mais tarde reiterou diversas vezes,⁷³ que um sócio que tenha disponibilizado dinheiro para a sociedade na forma de empréstimo para evitar a obrigação de pedir falência (*Konkursantragspflicht*) deve deixar com a sociedade até que o objetivo seja alcançado. Ele age de forma contraditória quando exige o pagamento do empréstimo antes da eliminação da crise.

O que é efetivamente contraditório quando se dá um empréstimo como sócio para a sociedade e se o exige de volta nunca ficou, todavia, claro para mim, pois é evidente que um sócio não está obrigado a financiar sua sociedade de determinada forma ou maneira. Isto também sempre foi acentuado pelo BGH. Quando se pode decidir livremente, como sócio, entre aumentar o capital da sociedade ou disponibilizar capital de terceiro para a mesma, por meio de empréstimo, e quando se opta, por razões fiscais, pelo empréstimo, por ser o empréstimo, como capital de terceiro, menos arriscado, então, não é, pois, contraditório que se exija o pagamento do empréstimo de volta ao reconhecer que a sociedade não pode mais ser mantida. Qualquer terceiro credor faria o mesmo, e com o reconhecimento principiológico da liberdade de financiamento do sócio lhe deveria ser permitido, conseqüentemente, comportar-se como um terceiro credor. Contraditório não é, portanto. É simples postergação de falência (*Konkursverschleppung*).

Não é, simplesmente, correta a fundamentação do BGH. Ela é, porém, até hoje,

71. BGHZ 31, 258 ss.

72. BGHZ 32, 272.

73. BGHZ 67, 174; 75, 336; 90, 385.

base da regulamentação estabelecida também em lei desde 1980 sobre a desclassificação do empréstimo do sócio na falência.

(c) *Revogação da auto-regulação como razão decisiva*

Gostaria de tentar encontrar um fundamento plausível para a jurisprudência do BGH e a atual regulamentação da lei, com ajuda do pensamento funcional. Para tanto, gostaria de investigar, primeiramente, o mecanismo funcional que serviu de base para o legislador da Lei das Limitadas, e, então, indagar, se for o caso, por que este mecanismo funcional foi perturbado e como o mesmo pode ser colocado novamente em funcionamento. Início minhas reflexões, assim, sobre a situação anterior à entrada em vigor da regulamentação do empréstimo de sócio conforme os §§ 32a e 32b GmbHG.

(aa) O pensamento funcional da regulamentação legal

Permitam-me, primeiramente, indagar por que é efetivamente possível constituir-se sociedade de capital sem responsabilidade creditícia (*Schuldhaftung*) dos sócios e sem que os credores sejam muito prejudicados. Seu fundamento reside claramente na idéia de que, por um lado, deve-se disponibilizar para as sociedades um capital próprio robusto, de forma a que suas atividades iniciais, que estão associadas a despesas e não geram logo de início as correspondentes receitas, não terminem em falência. Precisa a sociedade de certo suporte de capital próprio. Por outro lado, o procedimento falimentar e a obrigação de pedir falência levam ao fato de que sociedades que não têm mais chances de sobreviver, que estão excessivamente endividadas (*überschuldet*), sejam retiradas o mais rápido possível de circulação, de forma a restar para os credores, com isto, a maior quota possível.

(bb) Sinais de perturbação funcional

Este sistema que dá fundamento à lei nunca funcionou muito bem. O número de falências sempre foi, no caso das limitadas, terrivelmente alto. E mais terrível ainda é o fato de que as limitadas e a GmbH&Co.KG lideram em proporções assustadoras as estatísticas de falências sem ativos. Se procurarmos as causas, percebemos que são muitas e encontram-se em parte na falta geral de profissionalismo dos sócios e gerentes, em parte na crônica constituição com insuficiência de capital próprio, em parte na falta de controle externo dos resultados etc. O que chamava e ainda chama a atenção, além disso, é o fato de que, na maioria das falências de limitadas sem ativos, os empréstimos de sócios claramente prolongavam tanto a sobrevida, em parte por anos, da sociedade que já estava em situação falimentar, até que não houvesse mais nada lá, ocorresse a incapacidade de cumprir com pagamentos e o processo falimentar tivesse que ser rejeitado por não haver massa suficiente, pois os ativos não seriam suficientes nem mesmo para que pudessem ser cobertos os custos do processo.

(cc) Revogação do controle externo por terceiro mutuante

Está claro, assim também, que os empréstimos de sócios revogam de maneira especial o mecanismo idealizado pelo legislador do capital próprio e da obrigação de pedir a falência. E penso que deveria valer a pena investigar as razões disto, pois pode-se analisar onde estão as possibilidades de correção e cura. Por que os empréstimos de sócios revogam o mecanismo do capital próprio e da obrigação de pedir falência?

Primeiramente, isto não é claramente explicável. A destinação de empréstimos de sócios leva, na realidade, a uma melhoria da liquidez e posterga, com isto, o momento da incapacidade de pagamento. Todavia, em si, muda muito pouco a obrigação de

pedir falência em razão de excessivo endividamento.⁷⁴ Quando uma limitada que fora mantida em vida por meio de empréstimos de sócios finalmente tem sua falência decretada perante um imensa montanha de dívidas, então, pode-se partir do pressuposto que ela estava excessivamente endividada há mais tempo, e o pedido de falência foi postergado.

Seria diferente somente se o sócio mutuante tivesse declarado uma renúncia de preferência para seu empréstimo no caso de falência. Então, esses empréstimos não deveriam mais ser considerados para a questão do pedido de falência em razão de excessivo endividamento.⁷⁵ Não seria também necessária uma regulamentação especial com relação a estes empréstimos, pois já não poderiam ser exigidos na falência, em razão de fundamento decorrente da autonomia privada. Toda essa construção do direito do capital substituto (*Kapitalersatzrecht*) seria, nesta medida, supérflua.

Possivelmente exista, todavia, uma outra razão para a falha do mecanismo de capital próprio e da obrigação de pedir falência. O sistema do financiamento empresarial não funciona em um espaço livre, mas está assentado no sistema da economia de mercado. Tal como no contrato, onde as falhas funcionais podem⁷⁶ ser explicadas muitas vezes somente perante o contexto do mercado, que os progenitores do BGB simplesmente utilizaram como fundamento sem refletir, a completa relação funcio-

nal entre capital próprio e obrigação de pedir falência resulta somente perante o contexto do controle externo exercido pelo mercado.

O problema fundamental do financiamento mediante empréstimo na crise é, de fato, o da revogação do controle externo:⁷⁷ o sistema do capital fixo com exclusão de uma responsabilidade mais extensa dos sócios baseia-se na expectativa, não escrita, de que as forças do mercado financeiro e das exigências administrativas irão propiciar, por si mesmas, que a sociedade seja munida com o capital próprio necessário para as operações da empresa ou, no caso de insuficiência de capital próprio por reversos da economia, seja levada à falência em tempo hábil a permitir que reste massa patrimonial suficiente para atender aos credores. Uma limitada que não pode mais cobrir sua necessidade de capital no mercado, porque o mutuante não lhe dá mais chance suficiente, em breve se tornará, caso os sócios não intercedam, ilíquida, e deverá apresentar, em prazo razoável, pedido de falência. Como, em regra, os mutuantes externos analisam e observam seu risco,⁷⁸ agem os mecanismos do mercado financeiro em si contra um eterno arrastar de uma sociedade não mais rentável. Os credores “fecham as torneiras” quando os sócios não melhoram, por meio de complementos de capital próprio, a situação financeira da sociedade. Propiciam ao mesmo tempo, com isto, que a sociedade sem sucesso não acumule eternamente mais dívidas, mas sim que seja forçada à liquidação.

Tal mecanismo da regulamentação é perturbado e, em parte, revogado quando a necessidade de capital próprio da socieda-

74. Neste ponto devem ser desconsideradas ainda as possíveis consequências excepcionais que derivam da desclassificação legal do empréstimo de sócio nos §§ 32a GmbHG, 39 InsO.

75. Cf. sobretudo K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 37 IV 5 b; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, *GmbHG*, 17ª ed., 2000 (nota 57 acima), § 64 margem 18 ss.

76. Cf. Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, p. 86, 218. Sobre a importância da concorrência no contexto da problemática das condições gerais de negócio, Drexl, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, pp. 332 ss. A importância da concorrência para a garantia procedimental da justiça contratual acentua ainda Canaris, *AcP* 200 (2000), p. 273, 294.

77. Nos seguintes já referencialmente Lutter, “Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft”, in *Problem de GmbH-Reform*, 1970, pp. 76 s.; Hueck/Lutter/Mertens/Rebbinder/Ulmer/Wiedemann/Zöllner, *Arbeitskreis GmbH-Reform. Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform*, vol. II, 1970, p. 18.

78. Cf. somente Drukarczyk, *Festschrift Moxter*, 1994, pp. 1.231, 1.239.

de é suprida por empréstimo dos sócios, pois aos sócios falta com freqüência, por um lado, a objetividade do credor externo perante as chances de sucesso da própria sociedade. O sócio perde, sobretudo, com um comportamento crítico ao risco, próprio dos demais credores, o valor de sua participação, e freqüentemente também sua base de existência. Em geral, ambas levam o sócio a se comportar de forma não exatamente idêntica ao credor externo, mas sim a apoiar a sociedade mesmo quando credores externos não estariam mais dispostos a fazê-lo e, com isto, forçariam a sociedade à liquidação.

Por isso, através do financiamento mediante empréstimo dos sócios não é, sem as regras da substituição do capital próprio, fortalecida a base de capital próprio dos sócios, nem colocado em funcionamento na crise o mecanismo de mercado do capital de terceiro. É muito mais garantida a continuidade de existência da sociedade com a exclusão da regulação de mercado. Isto ocorre, por fim, à custa dos outros credores, cujas chances de serem pagos pioram ainda mais por meio da condução financeira da sociedade, que não seria mais capaz de sobreviver segundo os parâmetros de mercado.

(dd) Restauração da relação funcional por meio do direito do capital substitutivo

Onde está a solução? E em que medida se permite que seja implementada no contexto dos limites da jurisprudência?

Seria evidente sua aplicação legal no direito falimentar. Como capital de terceiros, os empréstimos de sócios devem aparecer, pois, na conta de endividamento excessivo como passivo. Se não forem considerados, então, há uma renúncia declarada de preferência ou procrastinação de insolvência (*Insolvenzverschleppung*). No primeiro caso o sócio não pode mais exigir seu empréstimo; no último, responde o gerente responsável pelo pedido de falência.

Surpreendentemente, não percorreu a jurisprudência este caminho evidente. Possivelmente em razão da experiência negativa com a efetividade da responsabilidade por procrastinação de falência. Percorreu, muito mais, outro caminho.

O BGH apresentou em inúmeros casos o princípio de que o sócio deveria ter a possibilidade de escolha, na crise, entre permitir que a sociedade se arruine, por não conceder ou retirar o capital de terceiros, e, com isto, seja forçada à liquidação, ou manter os recursos que entregou à sociedade para saneamento da crise até que a crise esteja permanentemente superada.⁷⁹ Com isto, o BGH apóia-se, no caso, sobre a relação funcional entre capital próprio, controle externo do mercado de crédito e necessidade do pedido de falência. Exige, nomeadamente, que o sócio, quando quer manter o caráter de capital de terceiros de seu empréstimo de sócio, se comporte como um terceiro credor. Se não se comportar como um terceiro credor, que força a sociedade, na crise, à liquidação, então, no interesse dos credores, torna-se bem da massa falida, sem preferência, a quantia de sustentação (*nachrangigem Haftkapital*). Esta última deve assegurar que a sociedade limitada não possa ser operada desde o início da crise às custas dos credores, na medida em que acumula dívida em cima de dívida, mas sim que a continuidade da atividade empresarial após o início da crise corra por conta do sócio que dá suporte à sociedade.⁸⁰

Isto mostra que, de fato, o BGH pensa conforme a relação funcional aqui tratada. É, assim, de relevância o momento da crise. O BGH determina o momento, conseqüentemente de forma funcional, como aquele da incredibilidade creditícia, quer dizer, o momento no qual terceiros não da-

79. BGHZ 109, 55, 57 s.; 90, 381, 389; 81, 252, 257; 76, 326, 329; 75, 334, 336 s.; 67, 171, 174 s.; Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, 8ª ed., 1992, §§ 32 a/b margem 8.

80. BGHZ 76, 326, 335; Hachenburg/Ulmer, *GmbHG* (nota 79 acima), §§ 32 a/b margem 8.

riam mais crédito algum para a sociedade sob condições normais.⁸¹ Com isto, remete a critérios de mercado de crédito, em uma espécie de “análise do como se fosse”, a saber, a determinação da situação da empresa através de mutuantes atuantes no mercado financeiro. Cabe ao sócio, para evitar a desclassificação de seu financiamento, comportar-se como um terceiro credor.⁸² Quando se comporta assim, evita-se que o mecanismo do mercado de crédito de terceiros seja perturbado. Se, ao contrário, protege a sociedade na crise e, com isto, desarticula em parte o mecanismo do mercado de crédito de terceiros, então, isto somente lhe é permitido por meio de real aumento de capital ou, ao menos, pela assunção do risco do capital próprio, mediante desclassificação na falência. Ou a sociedade é liquidada tempestivamente, ou o apoio é dado como capital que responde perante os credores.

Isto foi bastante ousado como jurisprudência frente à falta inicial de referência na lei vigente. Pode-se realmente esperar de um sócio o comportamento de um terceiro credor? E tem chance suficiente de funcionar, por sua vez, o postulado, desenvolvido a partir disso, da responsabilidade de financiamento ou responsabilidade pelas conseqüências do financiamento, quer dizer, de colocar a combinação de capital próprio, controle de mercado e pedido de falência em funcionamento para os empréstimos de sócios? Tenho lá minhas dúvidas.⁸³ Não é, porém, este o meu questionamento, aqui. Importa para mim, aqui, somente mostrar que a visão funcional pode, efetivamente, remeter a referências na jurisprudência, que somente não são reconhecidas como tal e, por isso, estão encobertas por postulados ético-jurídicos da boa-fé e

comportamento contraditório. Este recurso em certa medida à crítica individual esconde que não se trata, em absoluto, de uma crítica individual, de um comportamento contraditório dos sócios individualmente, os quais se comportam muito mais de forma inteiramente conseqüente. As exigências de comportamento desenvolvidas pela jurisprudência resultam, muito mais, exclusivamente do reconhecimento da disfunção e tentam desenvolver regras que lhe parecem necessárias para recolocar em operação a função perturbada do controle externo. Portanto, já se fala, hoje, de um sistema de proteção⁸⁴ do direito do capital substitutivo.

III – Sociedade como mecanismo funcional. Auto-regulação. A função freqüentemente ignorada

Uma vez vistos tais exemplos de pensamento funcional, coloca-se, naturalmente, a pergunta sobre a teoria que está por trás de tudo isto.

Se o raciocínio jurídico funcional deve dizer algo sobre a manutenção e defesa da funcionalidade das sociedades como subsistemas do nosso ordenamento jurídico, então, parece que meu questionamento pressupõe uma teoria institucional das formas societárias, pois somente quando se conhece uma função das formas societárias se pode proteger a função.

1. Delimitação com a teoria das instituições

Sobretudo nos anos 70 foram defendidas teorias para a função das diferentes formas societárias,⁸⁵ as quais eram critica-

81. BGHZ 76, 326, 330; 81, 255; 90, 390; 105, 184 e freq.

82. Rowedder, *GmbHG*, 3ª ed., 1997, § 32 a margem 43.

83. Para mais detalhes Fastrich, *FS Zöllner* 1998 (nota 70 acima), pp. 155 ss.

84. Assim, por exemplo, Lutter/Hommelhoff, *GmbHG*, 15ª ed., 2000, §§ 32 a/b margem 1.

85. Sobre tudo Teichmann, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, 1970, pp. 17 ss.; já também Ludwig Raiser, “Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht”, in “*Summum ius summa ini-*

das por sofrerem de uma falta constante de fundamentação. Seria praticamente impossível verificar quais os objetivos que o ordenamento jurídico atribui a um instituto de direito societário.⁸⁶ Tal crítica é, de certo, justificada,⁸⁷ mas atinge somente as teorias das instituições que procuraram submeter o direito societário diretamente aos objetivos jurídicos da ordem econômica e, assim, extrair os limites das instituições. Corre-se o risco, nesta medida, de concepções de ordem política, bem como objetivos sociais ou de política econômica serem, sem suficiente legitimação, transportados para o direito societário.⁸⁸

2. Auto-regulação como elemento funcional

Entretanto, o fato é que, independentemente de todas as teorias, a funcionalidade das respectivas formas societárias é um *tópos*, a partir do qual não só a doutrina – amiga das teorias – mas também, como os exemplos anteriores mostraram, a jurisprudência – não muito amiga das teorias – podem extrair conseqüências. Com isto coloca-se a pergunta sobre qual concepção funcional fundamenta, em realidade, os argumentos do núcleo temático utilizados pela jurisprudência e o argumento segundo o qual a cooperação dos sócios na sociedade seria prejudicada.

ria”, Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus, semestre de Inverno 1962/1963, Tübingen, 1963, pp. 145, 148 s.

86. Assim a crítica de Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 1 IV 1 b aa; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 5 III 2 b; mais rígido Flume, *Personengesellschaft* (nota 32 acima), § 13 I e § 14 VIII; geral também Rüthers, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, pp. 49 s.

87. Profunda apresentação das preocupações em Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 1 IV 1 b, aa.

88. Cf. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 5 III 2 b.

(a) O pensamento da auto-regulação

Penso que um aspecto essencial é aquele da autodeterminação⁸⁹ e auto-regulação. As diversas formas societárias, a ampla liberdade de escolha de tipos e a liberdade de conformação (*Gestaltungsfreiheit*) servem à autonomia privada. Extraem suas tarefas de lá, e não de uma idéia qualquer da ordem econômica. As formas societárias devem possibilitar, com suas respectivas características, a colaboração dos sócios para a consecução de diferentes objetivos. Para isto disponibilizam as formas societárias estruturas adequadas que estão direcionadas para a possibilidade de os participantes tomarem sua organização em suas próprias mãos e não precisarem de direcionamento estatal. Trata-se, neste sentido, de organizações que foram criadas para que sua autodeterminação ocorra na colaboração dos participantes. Gostaria, neste sentido, de descrever as sociedades, em certa medida, como mecanismos auto-reguladores, que podem, em essência, adequadamente cumprir com seu objetivo de autonomia privada sem ajuda estatal.

(b) Responsabilidade funcional

Pode-se, assim, sob esta perspectiva, compreender, em certa medida, as sociedades como mecanismos de autodeterminação ou auto-regulação cujo funcionamento adequado, naturalmente dentro dos parâmetros legais aplicáveis, é, em primeiro plano, de responsabilidade dos participantes. Isto não pode e não deve ser-lhes tomado pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico depende, muito mais, da autodeterminação dentro do subsistema – cito como exemplo, novamente, a sociedade por ações. Nenhum ordenamento jurídico pode substituir a autodeterminação autônoma de 5.000 sociedades por ações

89. O aspecto da autodeterminação está citado por exemplo in K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 19 III 4 a.

ou mesmo 700.000 sociedades limitadas por meio de comandos heterônomos.

Permanece responsável, porém, o ordenamento jurídico pela funcionalidade básica do subsistema por ele disponibilizado. Lá onde o subsistema falha, em razão de um defeito no sistema, deve agir. É possível, em certa medida, compreender uma sociedade de pessoas ou de capital como um processo,⁹⁰ com certos papéis e competências predeterminados, para os quais o resultado do processo não está determinado, mas deve – isto, sim – ser encontrado e legitimado mediante o desenrolar regular do processo. O mesmo ocorre com a responsabilidade que o ordenamento jurídico tem para com o funcionamento das formas societárias por ele disponibilizadas, com relação à qual não se trata da justiça (material) do resultado individual, que é e deve ser de responsabilidade dos participantes, mas sim da justiça material da organização do processo. Esta não pode ser simplesmente refutada por resultados não adequados, pois o alcance dos resultados individuais no contexto do processo regular é de responsabilidade dos participantes, de parte de sua própria responsabilidade e do seu risco de errar. O processo em si, porém, deve ser adequadamente organizado.

(c) *Garantia de justeza*

Cabe, assim, ao ordenamento jurídico a tarefa de estruturar estas organizações, que cresceram preponderantemente de forma histórica e, em parte, também foram criadas pelo Estado,⁹¹ de modo a que funcionem quanto mais possível dentro da auto-regulação,⁹² sem, porém, colocar em

grande risco terceiros, como, por exemplo, credores, ou levar, de resto, a abusos ou conseqüências equivocadas. Guarda em si a autonomia privada, quando são dados os seus pressupostos de funcionamento, uma garantia de justeza.⁹³ Muito se discutiu sobre este conceito da *garantia de justeza*.⁹⁴ Dizem alguns que a autonomia privada daria somente uma chance de justeza.⁹⁵ Não quero discutir a respeito. É suficiente para mim também que a autonomia privada, e assim também seu sistema parcial, tenha por obrigação garantir ao menos uma chance de justeza, não em cada caso, mas de forma típica. Se não, o ordenamento jurídico deve agir.

Talvez soe pretensioso, mas não é. O direito privado tem, como sabemos hoje,⁹⁶ nomeadamente, uma dupla função: a da garantia de autonomia no interesse dos sujeitos de direito privado participantes e a criação e estabilidade de um ordenamento

Rechtstheorie 14 (1983), pp. 129 ss.; cf. ainda Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989; o mesmo, ARSP 1982, 13 ss.; Tonner, *Krit. Justiz* 1985, 107 ss. Em princípio o pensamento da autodeterminação já fundamenta o reconhecimento da garantia procedimental da justiça contratual; cf. sobre o caráter procedimental da justiça contratual sobretudo Canaris, AcP 200 (2000), p. 273, 283 s.

93. Básico, Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), pp. 132 ss. Sobre a importância da teoria da garantia de justeza para o direito privado também Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), pp. 51 ss.; concordando com limitações também Canaris, AcP 200 (2000), p. 273, 284; em princípio como aqui para as sociedades também K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 I 2 e § III 1 a; outras referências em Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), p. 52 nota 187.

94. Cf. Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), pp. 51 ss.; recentemente também Canaris, *Festschrift Lerche*, 1993, p. 884.

95. Assim já Ludwig Raiser, FS DJT (1960), vol. I, pp. 101, 118 s.; também Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, p. 94; Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, p. 49; outras referências em Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), p. 52 nota 188.

96. Sobre este aspecto duplo já Ludwig Raiser, *Rechtsschutz und Institutionenschutz* (nota 85 acima), p. 145, 148 s.; ainda por exemplo Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), pp. 48 s.

90. Em geral sobre a compreensão procedimental da justiça contratual na autonomia privada, Canaris, AcP 200 (2000), p. 273, 283 s.; Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*, pp. 19 s.

91. GmbH, EWIV, PartG.

92. Sobre o pensamento da autodeterminação no Direito, por exemplo, Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 15, 187 ss., 552 ss.; o mesmo,

de direito privado justo. O ordenamento de direito privado disponibiliza os parâmetros legais segundo os quais os sujeitos de direito privado podem regular suas relações jurídicas da forma mais independente possível. Como as regulam cabe, em princípio, à sua autonomia. Desta maneira, o ordenamento de direito privado constitui-se, em certa medida, por si mesmo. Isto é importante, pois o Estado não deve conduzir as transações privadas, nem poderia fazê-lo de forma completa. Entretanto, deve garantir que os parâmetros legais que disponibiliza possibilitem a autonomia e não propiciem conseqüências que não são compatíveis com o pensamento de justiça que também é imposto ao ordenamento de direito privado. Portanto, deve conformar, por exemplo, as formas societárias de tal forma que, por um lado, possam, em regra, se auto-administrar e, por outro lado, porém — como, por exemplo, na forma da proteção dos investidores em sociedades com apelo à poupança pública (*Publikumsgesellschaften*) —, ofereçam certa segurança contra abusos.

Está fora de discussão que o direito privado procura estabilizar unidades funcionais, como, por exemplo, as diversas sociedades. Com isto, o legislador, em diversas reformas do direito acionário, alterou a relação entre a diretoria (*Vorstand*), o conselho de supervisão (*Aufsichtsrat*) e a assembléia-geral, e modificou os pesos, por vezes com preponderância no sentido da diretoria,⁹⁷ então novamente mais para a direção do conselho⁹⁸ e, finalmente, também mediante a jurisprudência para casos especiais, no sentido da assembléia-geral.⁹⁹

97. Sobre o fortalecimento da diretoria na AktG de 1937 sobretudo G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 20 II 5.

98. Sobre o aumento de controle sobre a diretoria pelo conselho na AktG de 1965, G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 20 II 6; cf. recentemente também a regra da lei de controle e transparência (*KonTraG*).

99. BGHZ 83, 122 (Holzmüller). Sobre o fortalecimento da assembléia-geral pela AktG de 1965, G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 20 II 6.

Trata-se do equilíbrio de forças entre os órgãos sociais, que não é arbitrário, mas serve a um propósito: harmonizar¹⁰⁰ a funcionalidade da sociedade por ações como responsável por uma empresa com a necessária proteção dos participantes, investidores e credores. Trata-se de disponibilizar um sistema funcional e direcionado para uma organização justa dos interesses dos participantes, com efeito, o sistema das sociedades por ações, e garantir sua funcionalidade também no futuro, através de correções e adaptações necessárias. O ordenamento jurídico melhorou,¹⁰¹ assim, no passado, especialmente a proteção dos investidores nas sociedades por ações, e procurou coibir a constituição fraudulenta¹⁰² de empresas. Isto mostra com muita clareza que ele exerce sua função, estruturar a organização da sociedade por ações com preceitos legais de forma a que a proteção de investidores seja otimizada, com a manutenção da auto-regulação. Não é, de forma alguma, abstinente a tarefa de garantir a funcionalidade das formas societárias perante exigências de proteção material. Todavia, concretiza tais exigências de proteção resultantes do postulado da garantia de justiça, em primeira linha, não por ações individuais, mas sim, na medida do possível, pela otimização da forma de organização.¹⁰³

100. Sobre o equilíbrio de poder no direito acionário sob a perspectiva da reforma acionária de 1937: Hommelhoff, "Machtbalancen im Aktienrecht", in Schubert/Hommelhoff, *Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik*, 1986, pp. 71 ss.

101. Sobre isto, K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 57 IV; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 9 III 1.

102. Sobre a constituição fraudulenta no chamado período das constituições e seu combate na reforma seguinte do direito acionário, G. Hueck, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 20 II 3-6.

103. Sobre o pensamento da segurança da funcionalidade das uniões associativas (*Verbände*) perante a proteção de minorias derivada do instinto de proteção no caso em específico, também K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 III 1 a.

3. Delimitação

Falou-se muito, então, sobre o raciocínio funcional relacionado à manutenção e estabilização de organizações de autorregulação. Tanto, que há de ser indagado o que é, portanto, o conceito oposto. O raciocínio jurídico funcional pensa a partir da função do sistema, o raciocínio jurídico-material a partir da proteção e comportamento individuais. Como acentuado no início, trata-se de aspectos diferentes que se relacionam entre si, mas não são idênticos. Penso que o aspecto da garantia da funcionalidade da organização e sua adaptação a outras circunstâncias é algo diferente da questão sobre a proteção do indivíduo no contexto de uma organização que, em si, funciona. E quero crer que se deve diferenciar estas duas questões de forma muito mais clara que antes.

(a) *Distingüibilidade teórica entre falha sistêmica e falha individual*

Um resultado inadequado em um caso específico pode ter, de fato, duas razões diferentes:

(aa) Falha do indivíduo em um sistema que, em si, funciona

Primeiramente, uma falha individual do participante do sistema que, em si, funciona. Quando uma pessoa engana outra, então, não há, basicamente, um problema de sistema, pois contra estelionato não existe uma panacéia, mas sim um comportamento falho no caso específico. Para isto existem as regras legais comuns, que pressupõem, ao certo, a prova das condições subjetivas. A impossibilidade da prova – e, com isto, a fronteira entre mau negócio e estelionato – é, até certo grau, risco do respectivo participante, que o ordenamento jurídico, em princípio, não lhe pode poupar (e não deve poupar). No direito sobre a compra e venda vale, pois, *caveat emptor*, e para o direito societário vale naturalmen-

te também, em princípio, que todos são responsáveis pela defesa de sua posição jurídica. Somente quando se ultrapassa a fronteira dos bons costumes é que entra em ação o ordenamento jurídico. Em um sistema que, em si, funciona, o ordenamento jurídico pode e deve atribuir aos participantes do comércio jurídico uma ampla medida de responsabilidade e risco.

(bb) Falha do sistema

Por outro lado, o resultado inadequado também pode se basear em uma falha de sistema, que deve ser “reparada”, pois é de responsabilidade do ordenamento jurídico que o sistema que disponibilizou funcione de forma regular, isto é, de forma adequada e com suficiente “garantia de justiça”. Não se pode sobrecarregar um indivíduo por conseqüências de uma “falha de sistema” até o limite do § 138 BGB. Há de agir antes, pois, na realidade, ele responde em ampla medida por suas ações no contexto de um sistema que fora pensado para funcionar, não, porém, na mesma medida por resultados que se baseiam não em sua falha individual, mas sim em uma perturbação do sistema. O paradigma ainda é a exclusão da responsabilidade da parte contratual pelo conteúdo das condições gerais de negócio impostas pela outra parte do contrato.¹⁰⁴

(cc) Exemplo para a diferenciação básica

Se me permitirem, gostaria de tornar esta diferenciação mais clara através de uma comparação um tanto trivial e inevitavelmente, portanto, um tanto também claudicante, que me parece, porém, especialmente ilustrativa. Quando um carro, no trânsito em uma avenida com muita visão, derrapa em uma curva longa, então, é lamentável, mas não é razão para se estabelecer um limite de velocidade geral ou, mesmo, para endi-

104. Cf. a respeito Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), pp. 86 s.

reitar a curva, mesmo quando prevemos que, com o tempo, se repetirá um acidente assim. Isto faz parte do risco dos que participam do trânsito, contra o qual não se pode defender sem que se prejudique demais o trânsito como um todo. Um caso específico como este não é motivo para uma correção do sistema.

Quando, todavia, se percebe que nesta curva se repetem, em pouco tempo, acidentes semelhantes, então, se indaga se há algo de errado com o sistema, se a inclinação da curva foi calculada de forma equivocada, e se esta falha de sistema, que se tornou evidente, deve ser amenizada mediante uma limitação de velocidade ou corrigida mediante obras de reestruturação.

Temos, assim, aqui, o acidente de trânsito no contexto de um sistema, em si, intacto, e o acidente de trânsito em consequência de uma função falha do sistema. E as respostas para um ou para outro fenômeno são essencialmente diferentes.

Retornando ao assunto: penso, assim, que também no Direito ambos os problemas, um “acidente” no contexto de um sistema que, em si, funciona e um “acidente” em consequência de uma falha de sistema, devem ser obrigatoriamente distinguidos, e que se deve distinguir entre um acidente ocasionado por condições precárias e um acidente em decorrência de uma “falha de sistema”. Penso, assim, com o raciocínio jurídico funcional, em um questionamento dedicado ao funcionamento do sistema e que, com isto, possibilita distinguir “as condições precárias” no caso específico, que pertencem ao risco do participante, da correção de sistema necessária.

(b) *Risco de banimento da auto-regulação em caso de confusão entre comportamento falho e falha sistêmica*

Mostrou a “discussão da materialização” nos anos 70 a necessidade de tal distinção. Esta se opõe a uma visão puramen-

te formal; contrato é contrato; não depende de questões de conteúdo até a fronteira do § 138 BGB. E para tanto conduz em especial a problemática das condições gerais de negócios e conclui, porém, de forma muito ampla, que o sistema formal estaria ultrapassado e precisaria de uma completa limitação de caráter ético-jurídico.¹⁰⁵ Não se notou ainda nisto, que se falou sobre diferentes questionamentos.

Nenhum dos dois estavam corretos em seu absolutismo, nem a visão exclusivamente formal, nem a exigência de materialização geral; ambos tinham, entretanto, um núcleo de verdade. Não percebia suficientemente o RG, com sua visão formal, que existem áreas nas quais os pressupostos de funcionamento para o modelo contratual do BGB não eram dados, e, por isso, nestas áreas – como, por exemplo, na utilização de condições gerais de negócios – era necessária uma materialização como é realizada hoje através do controle de conteúdo.¹⁰⁶ Os propugnadores da materialização geral não percebem que os elementos procedimentais da teoria dos contratos como também os elementos procedimentais das diversas formas de sociedades têm no caso comum sua própria garantia de justiça e que se perturba tal sistema de auto-regulação quando se impõe muito cedo, lá, onde, em princípio, os pressupostos de funcionamento estão presentes, o controle judicial,¹⁰⁷ pois, com isto, se retira dos participantes sua responsabilidade, e esta é constitutiva para o mecanismo imaneente de auto-regulação do contrato como, também, das formas societárias.

105. Cf. a respeito, crítico, Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), p. 44, com outras referências; sobre a materialização da liberdade contratual e da justiça contratual ainda Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273, 276 ss.

106. Em princípio já Ludwig Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935.

107. Sobre ameaça da liberdade contratual e da justiça contratual mediante aumento excessivo do controle de conteúdo, Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273, 327 ss.; contra o controle ético também Zöllner, AcP 176 (1976), pp. 221, 246.

Por isso, abrandou-se, entretantes, a discussão sobre a materialização e se reconheceu que a proteção e a restauração da garantia de justeza que emana do sistema representam uma alternativa (melhor) à materialização.¹⁰⁸

(c) *Problema da distinguibilidade prática*

Não deixo de reconhecer, naturalmente, que não é sempre possível a imediata diferenciação entre comportamento falho do indivíduo e estabilização de sistema ou correção de sistema. As relações funcionais são complexas, e não é possível reconhecer logo de início se um “acidente” se baseia em uma falha individual ou em uma falha do sistema. O desenvolvimento da jurisprudência sobre as condições gerais de negócio mostrou como demora, por vezes, até que se reconheça o defeito de sistema como tal.¹⁰⁹ Nunca poderemos descrever todos os pressupostos de funcionamento em sua coordenação.¹¹⁰ O que podemos tentar é simplesmente reconhecer casos específicos em que ocorre evidente disfunção. Mesmo assim, é difícil encontrar o remédio adequado. Procurei ilustrar isto com o exemplo do empréstimo de sócios que substitui o capital próprio.

Isto tudo – isto é, os problemas difíceis que estão associados com isto – não torna, porém, a análise funcional dispensável, o que foi demonstrado com os citados exemplos e também decorre da reflexão teórica. Deve-se, muito mais, continuar trabalhando com paciência nisto, bem como procurar reconhecer ao menos em linhas gerais os aspectos funcionais. O retorno aos

simples argumentos da boa-fé não é um caminho.

IV – Conseqüências para a aplicação do Direito e para a evolução jurisprudencial

Permitam-me, por isso, contribuir ao menos com algumas considerações sobre o que se poderia concluir metodológica e dogmaticamente quando se leva a sério o aspecto funcional:

1. Conseqüências para a atribuição do risco e para os requisitos da intervenção

É evidente que a distinção entre falhas funcionais do sistema e comportamento falho no caso específico tem de gerar conseqüências para a atribuição do risco e seus limites. Enquanto – para ficar no quadro ilustrado – o motorista que sofreu acidente em uma curva construída sem defeitos assume este risco, pode valer outra coisa quando o acidente é devido a um defeito da pista. Se transportarmos para nosso questionamento, pode ser que a atribuição do risco para o indivíduo em um sistema que funciona é maior que em casos de uma perturbação funcional.

Portanto, o risco da celebração sob condições inadequadas em um contrato individual, em relação ao qual sempre se supôs em nosso Direito que as condições funcionais para sua celebração estão presentes, é atribuído em maior medida ao indivíduo que na celebração sob aplicação de condições gerais de negócio. E se questiona se isto não poderia ser aplicado a outros casos, como, por exemplo, ao princípio da maioria. Isto significaria que os sócios ou acionistas gozam, no contexto do princípio da maioria, de menor proteção material onde os pressupostos funcionais para a “garantida de justeza” de decisões da maioria estão presentes do que lá onde os pressupostos funcionais do princípio da maioria tipicamente não estão presentes ou estão

108. Cf. somente Teubner, ARSP 1982, 13 ss.

109. Para análise em detalhes da jurisprudência, Ludwig Raiser, *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (nota 106).

110. Correspondente, em minha opinião tentativa não levada adiante, Eisenberg, “The limits of cognition and the limits of contract”, *Stanford Law Review* 47, 2, janeiro/1995, pp. 211 ss.; M. Wolf, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, 1970.

ameaçados. Então, talvez tivesse razão o RG com sua declaração no caso “Hibernia” para a hipótese normal da presença dos pressupostos funcionais do princípio da maioria: maioria é maioria. Até a fronteira do § 243 II AktG. E a crítica deveria limitar-se aos casos nos quais os pressupostos funcionais do princípio da maioria tipicamente estão prejudicados.

2. *Sistema gradual da evolução jurisprudencial com prioridade da manutenção ou reconstrução da auto-regulação*

(a) *Diferentes meios para manutenção e reconstrução da auto-regulação*

Como segunda consequência que se pode extrair das considerações anteriores para a aplicação do Direito e para a evolução jurisprudencial sob aspectos funcionais, tem-se que o direito societário – e possivelmente não só o direito societário – não reage necessariamente e imediatamente a distúrbios funcionais com limites materiais, como o controle de conteúdo, mas procura, primeiramente, coibir os distúrbios funcionais e, quando isto não é possível, compensar o distúrbio e, onde isto também não tem chance de sucesso, encontrar uma outra solução auto-regulatória.¹¹¹

(aa) *Proteção das condições de funcionamento*

Primeiramente, a proteção das condições de funcionamento se deu como objetivo dos argumentos do núcleo temático. Mostrou-se, neste contexto, que o princípio do tratamento igualitário não tem só um aspecto de justiça,¹¹² mas que também tem

um significado funcional,¹¹³ o que somente esclarece que os sócios não podem renunciar de forma geral no direito societário ao princípio de tratamento igualitário. Deve-se assegurar a auto-regulação contra a autodissolução. Tal como o mercado que cresce sob a competição inclina-se para a autodissolução quando não se o estabiliza juridicamente com a proibição de cartel etc., assim se inclinam também os sistemas de auto-regulação para a autodissolução quando não são impostos determinados limites.

(bb) *Restauração das condições de funcionamento mediante evolução jurisprudencial*

Onde a proteção das condições de funcionamento não é possível ou suficiente, pode-se considerar, em um passo seguinte, se as condições de funcionamento não podem ser restabelecidas pela jurisprudência. Pertence a esta área, por exemplo, a extensão de obrigações de informação e esclarecimento,¹¹⁴ quando e na medida em que é apropriada para eliminar ou compensar distúrbios do exercício responsável de direitos e, com isto, recolocar os participantes do comércio jurídico novamente em posição de enfrentarem sob sua própria responsabilidade os riscos da autonomia privada. Também o direito de retratação,¹¹⁵ como, por exemplo, na Lei de Crédito ao Consumidor (*VerbKrG*) ou na Lei das Vendas de Porta em Porta (*HaustürWG*), que, em regra, poderia ser introduzido certamente somente por dispositivo legal, gostaria de

113. Assim tendencialmente também K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 II 4 b aa.

114. Cf. sobre a importância para o apoio da liberdade de decisão da outra parte Zöllner, *Festschrift Söllner* 2000, pp. 1.297, 1.313; sobre a qualificação de prioridade de uma solução de informação perante uma de controle, também Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273, 303 s.

115. Sobre isto e sua função, também Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273, 344; Fuchs, AcP 196 (1996), pp. 313, 343; também Zöllner, *Festschrift Söllner* (nota 114 acima), p. 1.313.

111. Neste sentido já Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), p. 92; Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273, 303.

112. Sobre isto sobretudo G. Hueck, *Gleichbehandlung* (nota 27 acima); Canaris, *iustitia distributiva* (nota 95 acima), pp. 35 ss.

apontar como pertencente a esta categoria do restabelecimento das condições de funcionamento da auto-regulação, aqui, no campo do direito geral dos contratos.

(cc) Introdução de mecanismos complementares de auto-regulação

Onde este também não apresenta chances de sucesso, parece procurar o Direito restabelecer a auto-regulação de outra maneira. Havia mencionado o exemplo da decisão de maioria e sua complementação mediante a regulamentação sobre decisões especiais de determinados grupos de acionistas, que são necessárias, pois nos referidos casos as condições de funcionamento não estão presentes para a pura decisão de maioria.

Também apontaria, com prazer, como pertencendo à categoria mencionada, da tentativa de compensar o distúrbio funcional por meio de uma outra solução de auto-regulação, as regras sobre empréstimos de sócios substitutivos do capital próprio. Poder-se-ia também apontar, no campo do direito do trabalho, o direito das convenções coletivas (*Tarifrecht*), o qual compensa um distúrbio funcional do contrato individual do trabalho com outros recursos, a saber, a transposição da auto-regulação para o nível coletivo.

Este modelo da transposição da autonomia para um nível superior tem, entretanto, por seu lado, pressupostos de funcionamento, cuja garantia depende de uma representação de interesses convincente de ambos os parceiros sociais e da *ultima ratio* do litígio coletivo do trabalho, e por isso o modelo também não foi utilizado pelo legislador para a área das condições gerais de negócio.¹¹⁶

Pode-se, por fim, também apontar como pertencendo à tentativa de compen-

sar um distúrbio funcional com uma outra solução de auto-regulação a correlação com processos paralelos que não sofreram distúrbio, assim um modelo do "como se", que procura correlação com resultados autônomos encontrados em outro lugar. Mencionei o exemplo do empréstimo de sócio, para o qual a jurisprudência tenta impor ao sócio um comportamento "como se", pelo qual ele deve agir *como se fosse* um credor externo. Este modelo do "como se" não é, em princípio, novo. É conhecido por nós no direito econômico,¹¹⁷ como, por exemplo, contra monopolistas e empresas que dominam mercados. E conhecemos, de lá, também suas fraquezas.¹¹⁸

(b) Limitação de conteúdo da autonomia por meio do controle judicial

Os desenvolvimentos legais descritos anteriormente serviram para a manutenção e o restabelecimento da auto-regulação e, com isto, da autonomia. São marcados por sua relação procedimental e por sua abstinência frente à avaliação dos resultados materiais do processo.

Deve-se distinguir disto a área de restrição da autonomia por meio da limitação do reconhecimento material dos resultados no caso específico. Paradigma é o limite material do § 138 BGB,¹¹⁹ o qual, todavia, baseia-se nas premissas da garantia de justiça, em princípio dadas, e, por conseqüência, aplica-se somente muito tarde, em certa medida sobre casos evidentes, e, assim, reserva maior espaço para a autonomia procedimental.

117. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, vol. II, 1983, § 22 IX 2 d, bb, com outras referências; Wiedemann, ZGR 1980, p. 147, 171.

118. Möschel in Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 2ª ed., 1992, § 22 margem 152 ss.; cf. também Canaris, *iustitia distributiva* (nota 95 acima), p. 53; Wiedemann, ZGR 1980, p. 147, 172.

119. Não é necessário discorrer neste contexto sobre as peculiaridades da distinção do direito acionário entre nulidade (§ 241, IV) e anulabilidade (§ 243, I).

116. Cf. considerações correspondentes em Wolf in Wolf/Horn/Lindcher, *AGBG*, 3ª ed., 1994, introdução margem 9.

Compensações de garantias de justiça perturbadas ou faltantes contêm, ao contrário, o controle de adequação de cláusulas contratuais, como também o controle de decisões e demais controles de exercício. Têm, com isto, uma função complementar à auto-regulação. Todavia, foram muitas vezes preferidas às outras garantias da auto-regulação, em razão de sua grande elasticidade e relação com o caso concreto.¹²⁰ Não se reconheceu ali, todavia, que restrições gerais e formais, como contidas na teoria do núcleo temático, no requisito de decisão especial ou na exclusão do direito de voto, têm por objetivo a garantia da auto-regulação, enquanto o controle individual relacionado a resultados transfere o risco da responsabilidade pelo ato específico para o juiz. Isto não depõe, em princípio, contra o controle de decisões, mas, sim, contra sua antelação indiferenciada.

(c) *Falta de uma declaração metodológica e dogmática eloqüente sobre a prioridade da auto-regulação*

Os pressupostos e formas dogmáticos e metodológicos da garantia e restabelecimento de uma função de auto-regulação com distúrbio são, entretanto, ainda extraordinariamente obscuros.¹²¹ É completamente possível, na realidade, classificar metodologicamente o questionamento funcional sob a categoria da teleologia, pois o raciocínio finalístico da função de auto-regulação é uma questão do *telos* da área regulada. Tal afirmação é, entretanto, muito geral. Não existem, em princípio, diretrizes sustentáveis para dizer se o Direito deve reagir ao problema da cláusula de exclusão com uma limitação da permissibilidade da cláusula ou com o exercício do

controle, e por que uma, e não o outro. Não temos, por assim dizer, em princípio, qualquer “manual de reparação” para o restabelecimento da função de auto-regulação de subsistemas, e não temos até agora uma metodologia que nos diga em qual seqüência devemos proceder. Isto decorre, em parte, do fato de que o questionamento funcional, como tal, não é compreendido suficientemente.

Evoluções jurisprudenciais baseadas em um princípio ético-jurídico são, em realidade, conhecidas;¹²² entretanto, uma evolução jurisprudencial baseada na manutenção ou restabelecimento da função de um sistema de auto-regulação não é reconhecida ainda, como tal, na metodologia do Direito.

Parece-me – ainda que, de forma surpreendente, seja raramente mencionada até agora – uma coisa seja evidente: a manutenção da funcionalidade de um sistema tem de existir como tarefa da jurisprudência, e tem de haver uma seqüência dos instrumentos de compensação. O controle de conteúdo somente tem vez quando não se pode garantir as condições de funcionamento de forma mais próxima à autonomia.¹²³ Com relação a isto, gostaria de pedir licença para retornar mais uma vez à inadmissível renúncia geral ao tratamento igualitário: evidentemente, o Direito não reage incontinenti a um distúrbio funcional causado pela renúncia geral ao tratamento igualitário com um controle de conteúdo mais rígido, o que seria até possível, para proteger o sócio, mas, sim, com a proibição de perturbar a função. Cláusulas contratuais que tiram de esquadro a garantia de justiça são rejeitadas como “contrárias aos bons costumes”. Está aqui uma avaliação que me parece importante: o Direito procura primeiramente conservar a auto-regulação. Somente quando isto não funciona, reage com uma

120. Sobre a priorização de controle de exercício de direitos, K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 50 III 4 a, com referência sobre doutrina e jurisprudência mais antigas.

121. Colocações esclarecedoras, porém, em Canaris, AcP 200 (2000), pp. 273 ss.

122. Larenz/Canaris, *Methodenlehre* (nota 13 acima), p. 240.

123. Assim em princípio Canaris, AcP 200 (2000), p. 273, 303; também já Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), p. 92.

compensação. Tem prioridade, assim, a garantia, e, com isto, possivelmente também o restabelecimento do autocontrole; e a compensação judicial torna-se somente um último recurso.

Pode-se, claro, desenvolver, a partir disto, uma seqüência da reparação, bem como de soluções substitutivas, que, simplificando de forma extrema, diz: reparação antecede substituição.

3. Conclusões para o controle de decisões no direito acionário

(a) Necessidade de uma visão mais diferenciada

Se procurarmos, com cautela, extrair conclusões do exposto anteriormente, então, mostra-se que para a indagação sobre se deveria haver no direito acionário, com base no desenvolvimento do controle de conteúdo no direito contratual, um reforçado controle material de decisões no interesse da proteção das minorias, a resposta deve ser obrigatoriamente mais diferenciada do que poderia indicar a atual pugna por um controle material de decisões estrito e direcionado para a boa-fé.

Com muita razão, indica nomeadamente Karsten Schmidt, em contexto semelhante, o fato de que o problema político-jurídico da proteção de minorias no direito da união associativa (*Verbandsrecht*) aflora um instinto de proteção que poderia, exatamente em razão da falta de unidade institucional da proteção de minorias no direito societário, se tornar independente e paralisar, imperceptivelmente, o poder de comando da maioria por várias fronteiras.¹²⁴ Isto deveria – assim continua Karsten Schmidt – ser impedido não só por amor à funcionalidade das uniões associativas, mas também porque uma proteção excessiva às minorias entregaria, ao final, o processo de

formação de vontade e as ações de uma união associativa nas mãos dos tribunais, aos quais não restaria outra coisa senão a decisão conforme seu arbítrio.¹²⁵

Isto significa que a evolução jurisprudencial do controle material de decisões somente pode ser justificada na medida que é necessária, e isto significa que primeiro deve ser analisado em que medida a garantia de justeza do princípio da maioria falha.

(b) Garantia de justeza conforme a visão funcional da lei

Resulta a garantia de justeza das decisões, segundo a concepção funcional da Lei Acionária alemã,¹²⁶ basicamente da convergência de interesses dos sócios ou acionistas, para os quais, em princípio, o bem da sociedade deve igualmente interessar.¹²⁷ Tão-somente quando tais premissas são cumpridas pode a lei impor aos sócios ou acionistas, basicamente até o limite do § 138 BGB, o risco de decisões falhas.¹²⁸

Exatamente esta foi a intenção do § 243 II AktG. Haveria de ser enfrentada, assim, com o § 197 II AktG de 1937, o antecessor do § 243 II AktG de 1965, somente a dificuldade de que o acoçamento de vantagens especiais não se reflete no conteúdo da decisão e, por isso, sua nulidade não pode ser fundamentada com fulcro no § 138 I BGB.¹²⁹ Não se busca, com isto, o distanciamento do controle, que é relativamente afastado, do § 138 BGB, mas,

125. Idem, *ibidem*.

126. Sobre isto também Hüffer in Gessler/Hefermehl, AktG, 1984 (nota 41 acima), § 243 margem 65.

127. Sobre isto, acima II 2 b, bb.

128. Sobre isto, acima IV 1.

129. Cf. fundamentação oficial, *Reichsanzeiger* 1937, 28, 2. Beilage, p. 1; sobre o histórico do desenvolvimento também Hüffer in Gessler/Hefermehl, AktG, 1984 (nota 41 acima), § 243 margem 65; o mesmo, AktG (nota 39 acima), § 243 margem 30, com outras referências.

124. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (nota 4 acima), § 16 III 1 a.

sim, sua adaptação às peculiaridades da sociedade por ações.

Tal garantia procedimental da justeza – e a limitação, com ela associada, da intervenção judicial – é totalmente desconhecida quando se lê que o pensamento da “garantia de justeza” corresponderia a um controle material do conteúdo da decisão e que justificaria, a partir disso, um controle de decisões amplo.¹³⁰

O amplo controle material de decisões também não pode ser justificado com o pensamento dogmático de que o controle de decisões representaria um caso de controle de exercício de direitos no contexto de uma relação especial; que o exercício de direitos no contexto de tal relação especial se submeteria, em regra, aos limites do § 242 BGB; e que, por isso, os votos da maioria também devem ser apreciados conforme os parâmetros do § 242 BGB e da lealdade social (*gesellschaftliche Treupflicht*).¹³¹

Tal conclusão, desenvolvida a partir do pensamento da proteção individual da parte contratual, desconhece o segundo pensamento sistemático colocado aqui em destaque, o qual permite que o Direito primeiramente procure assegurar, também no contexto do exercício de direito, lá, onde é possível, a garantia de justeza mediante auto-regulação. Exatamente por isso a argumentação com a natureza do controle de exercício de direitos não percebe o aspecto funcional, que justifica, conforme o modelo concebido pela lei, que se troque, como regra, o limite de controle baseado em limite correspondente ao § 138 BGB pelo § 243 II AktG. Com isto deveriam ser atingidos, aqui como lá, com fulcro na identidade de interesses básica e na responsabilidade dos sócios ou acionistas, exclusivamente os “casos de exceção”.

130. Assim, porém, K. Schmidt in *GroßKomm AktG* (nota 52 acima), § 243 margem 45.

131. Assim, tendencialmente, Zöllner in *Kölner Komm AktG* (nota 39 acima), § 243 margem 144; o mesmo, *Schranken* (nota 57 acima), p. 292, 335 ss.

(c) *Controle material de decisões como resposta a uma falha sistêmica*

Possivelmente se oporá ao que foi dito até agora que a concepção funcional da lei seria refutada por fatos jurídicos, que o sistema que a lei tem por fundamento não funcionaria sem o controle de decisões. Todavia, isto seria, primeiramente, uma afirmação que necessitaria da prova dos fatos jurídicos. Tal prova nunca foi produzida. O controle material de decisões desenvolveu-se muito mais em casos específicos de abuso de direito, onde não se distinguia, porém, entre um caso normal de decisão da maioria ou casos especiais. A realidade, que se constitui não só dos casos “doentios” que chegam à jurisprudência, mas também da grande maioria dos casos nos quais as decisões da maioria são tomadas de forma adequada, não refuta, em minha opinião, a concepção funcional da lei como tal. Se, assim, a garantia de justeza do princípio da maioria falhasse de forma geral, então, dever-se-ia esperar que praticamente toda decisão de maioria fosse atacada, pois a maioria utilizaria a chance para obter as vantagens disponíveis. É outra, porém, a realidade.

Em comparação com o número de assembleias-gerais realizadas anualmente, somente um número relativamente pequeno é impugnado, pois se pressupõe que, em regra geral, a garantia de justeza funciona muito melhor que os casos “doentios” tratados pela jurisprudência poderiam deixar transparecer.

Poder-se-ia, naturalmente, ponderar se isto é a consequência do reconhecimento do controle material de decisões, pois de sua existência poderia haver um efeito preventivo no comportamento da maioria. Poderia ser, todavia, o contrário, também. O controle de decisões é dispensável ao menos parcialmente, e talvez numa área relativamente grande, pois, como sempre, demonstram os casos, em regra, que os sócios ou acionistas estão “no mesmo barco” nas votações, e, por isso, a maioria, ao per-

seguir os interesses da empresa, persegue também os interesses da minoria. O último parece-me evidente, pois, por que a maioria, enquanto não tem interesses externos especiais, haveria de prejudicar seus próprios interesses participativos? Enquanto e na medida em que maioria e minoria estão “no mesmo barco”, os pressupostos da garantia de justiça estão presentes.

Partindo-se destas premissas, que fundamentam a lei e são, como sempre, corretas, impõe-se, por isso, a questão do controle material de decisões dentro dos limites do § 243 II AktG somente quando e onde pressupostos de funcionamento da garantia de justiça do princípio da maioria tipicamente falham.¹³² O problema é que o sistema da auto-regulação, colocado como fundamento pela lei, não falha em geral, mas sim parcialmente, quando a convergência de interesses deixa de existir excepcionalmente ou é eliminada pelos interesses externos da maioria.¹³³

Isto significa que, antes de uma generalização do controle de decisões, devem ser investigados primeiramente os pressupostos e limites da solução procedimental que fundamenta a lei, a saber, a convergência de interesses que fundamenta o princípio da maioria, e somente lá onde a garantia de justiça da solução procedimental tipicamente (“estruturalmente”) falha, e não pode ser restabelecida de outra forma – como, por exemplo, através da obrigação de esclarecer – pode ser colocada a questão do controle material de decisões. Está por ser feita, ainda, uma melhor identificação dos grupos de casos relacionados a isto.

132. Neste sentido o controle de decisões foi avaliado, muito mais, como caso do abuso de direito institucional, assim em Hüffer in Gessler/Hefermehl, AktG, 1984 (nota 41 acima), § 243 margem 50; desistiu, entretanto, in *Festschrift Steindorff*, 1990, p. 59, e AktG (nota 39 acima), § 243 margem 21. Recentemente aparece a visão institucional novamente em Mülbert, *Aktiengesellschaft* (nota 66 acima), pp. 229, 232 ss.

133. Sobre isto, acima II 2 c.

Todavia, mesmo assim o controle de decisões não precisa ser necessariamente a primeira ou única alternativa. Pelo contrário. Cabe avaliar qual a relação sob os aspectos funcionais entre outros mecanismos de compensação, como, por exemplo, soluções de compensação de desvantagens (§§ 243 II 2 e 311 AktG) ou indenização,¹³⁴ e o controle de decisões.¹³⁵

Por tudo isto, o controle de decisões não é, de qualquer forma, a solução nem mais próxima, nem mais generalizante, mas deve ser considerado somente lá onde soluções auto-reguladoras próximas do sistema não são aplicáveis e não podem ser criadas ou melhoradas pela evolução jurisprudencial. Isto não pode ser desenvolvido com mais detalhes neste ponto.

V – Panorama

Com o rascunho anterior, que não pode aspirar a ser completo nem no direito societário,¹³⁶ deve-se ter explicitado a importância do pensamento funcional, como exemplo, na área do direito societário, pois lá a relação funcional me parece tornar-se especialmente evidente. Não se trata de sobrevalorizar, nisto, a relação funcional. A relação funcional é um, de muitos aspectos. Os outros mantêm, paralelamente, sua validade. Importa-me somente que o aspecto funcional também seja reconhecido como tal, e, assim, considerado.

134. Sobre este, Mülbert, *Aktiengesellschaft* (nota 66 acima) pp. 338 ss., 347 ss.

135. Sobre a prioridade das pretensões de compensação e indenização perante o controle de decisões, Th. Raiser, *Kapitalgesellschaften* (nota 31 acima), § 16 margem 128.

136. Poderia ser tratada, ainda, a importância funcional do bloqueio de registro (*Registersperre*), como utilizada recentemente de forma crescente para a incorporação de determinações legais modificadas nos estatutos de sociedades existentes (§ 86 GmbHG), bem como a importância da boa-fé para a implementação de alterações de estatutos contra sócios que formam blocos.

Entretanto, a própria colocação do tema já indica meu convencimento de que o raciocínio jurídico funcional ultrapassa, e muito, o campo do direito societário. Isto já foi referenciado nas considerações anteriores, e, para encerrar, deve ser retomado, aqui, de forma breve.

1. Direito econômico

O raciocínio jurídico funcional tem, desde muito, peso no direito econômico. Fazem parte, assim, de seu tradicional objeto de análise a função do mercado e sua manutenção.¹³⁷

2. Direito contratual geral

Um dos subsistemas procedimentais com caráter auto-regulatório¹³⁸ mais importantes é, como se sabe, também nossa teoria contratual. Para ela também deveria valer, em idêntica medida ao direito societário, que a manutenção da auto-regulação deve preceder a intervenção do juiz no caso específico em razão de deficiência de conteúdo.¹³⁹ Tal como no direito societário,¹⁴⁰ aqui, o controle judicial de conteúdo somente se justifica quando faltam soluções próximas à autonomia. É este o caso nas condições gerais de negócio.¹⁴¹

Exemplos de correções de sistema próximas à autonomia para a manutenção ou

137. Sobre a perspectiva funcional no direito concorrencial, Immenga/Mestmäcker, *GWB* (nota 118 acima), introdução margem 26 ss.

138. Sobre o caráter básico procedimental da liberdade e justiça contratuais no direito contratual, Canaris, *iustitia distributiva* (nota 95 acima), pp. 46 ss.; o mesmo, *AcP* 200 (2000), pp. 273, 283 ss.

139. Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), pp. 76 s.

140. Sobre o controle de conteúdo no direito societário, Fastrich, *Inhaltskontrolle* (nota 76 acima), pp. 124 ss.

141. Cf. sobre insuficiência de modelos procedimentais de informação em problemas das condições gerais de negócio, Canaris, *AcP* 200 (2000), pp. 273, 325.

restabelecimento da função de auto-regulação já foram mencionados com o direito de retração conforme a Lei de Negócios de Porta em Porta (*HaustürWG*) e a Lei de Crédito ao Consumidor (*VerbrKrG*).¹⁴² Elas não podem, entretanto, substituir o controle de conteúdo no caso das condições paralelas (*Nebenbedingungen*),¹⁴³ mas tornam dispensável que se lance mão de um controle judicial mais rígido sobre a adequação de acordos de pagamento, como começam a se desenvolver¹⁴⁴ no caso do controle de acordos paralelos de preço.

Também tem componentes funcionais no direito privado, por exemplo, a proteção da boa-fé (*Vertrauensschutz*), quando o Direito não protege somente a boa-fé atual, mas também deve determinar em que medida os participantes do comércio jurídico podem agir na presunção da existência da boa-fé. Esta – assim chamada – boa-fé tipificada¹⁴⁵ não é, sob o aspecto que aqui interessa, nada mais que a questão sobre quais relações de confiança são necessárias no comércio jurídico para que o sistema da conformação dos direitos pelos indivíduos de acordo com sua vontade¹⁴⁶ possa funcionar.

O risco da informação falha do comércio jurídico é imposto ao potencial causador da aparência jurídica não porque uma pessoa em concreto confiou, mas, sim, porque o funcionamento do comércio jurídico exige que se possa confiar nas respectivas informações, sem precisar indagar se estão corretas. É uma questão que, ao fim, somente pode ser respondida sob os aspectos da função do sistema do interagir nos ne-

142. Acima IV 2 a.

143. Canaris, *AcP* 200 (2000), pp. 273, 325.

144. Cf. BGHZ 133, 10 ss.; crítico, por exemplo, Canaris, *AcP* 200 (2000), pp. 273, 327 ss.

145. Sobre isto, Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 2ª ed., 1971, pp. 503 s.

146. Assim a conhecida definição de autonomia privada por Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, "Das Rechtsgeschäft", 4ª ed., 1992, § 1 I.

gócios jurídicos (*rechtsgeschäftliches Miteinander*).

Está somente a um passo deste pensamento funcional, já mencionado, da proteção das condições de funcionamento do comércio jurídico, o questionamento sobre se uma parte das obrigações de comportamento, desenvolvidas com muito esforço a partir das respectivas relações entre as partes contratuais em concreto (como na extensão da responsabilidade pelo prospecto de emissão no direito das sociedades em comandita de apelo à poupança pública – *PublikumsKG* – a todos os iniciadores e fundadores,¹⁴⁷ ou a responsabilidade de pareceristas perante terceiros¹⁴⁸), não é, em realidade, composta daquelas que resultam, independentemente do caso concreto, das condições de funcionamento do interagir nos negócios jurídicos, que, assim, semelhante à responsabilidade pela violação da boa-fé, como responsabilidade em razão da participação nos negócios jurídicos (*rechtsgeschäftlicher Verkehr*),¹⁴⁹ deve ser fundamentada, por evolução jurisprudencial, com a participação no comércio jurídico e com as necessidades do seu adequado funcionamento. Isto pode ser somente aludido, aqui.

3. Direito do trabalho

Exemplos de raciocínio jurídico funcional podem ser encontrados também no direito do trabalho. É, assim, há muito controverso como se pode fazer justiça no caso do problema da quitação de indenização que o trabalhador assina por ocasião do término de sua relação de trabalho, freqüentemente sob pressão dos acontecimentos, e, com isto, renuncia a pretensões salariais

ainda pendentes ou a seus direitos decorrentes da Lei de Proteção contra Demissões (*Kündigungsschutzgesetz*). Os casos formam-se, em regra, de tal maneira, que não podem ser solucionados com o § 138 II BGV. Todavia, o empregado não está, com freqüência, totalmente ciente da extensão de sua ação e de alternativas possivelmente melhores. A jurisprudência procura ajudar mediante interpretação restritiva,¹⁵⁰ porém sem sucesso quando, por exemplo, a renúncia à proteção contra despedida está claramente formulada. Não seria, aqui também, melhor conceder ao empregado uma reserva geral de retratação limitada no tempo, quando ele manifestou seu consentimento sob pressão de tempo e possivelmente ainda na presença do empregador ou seu representante,¹⁵¹ ao invés de restringir a autonomia do empregador mediante interpretação de controle, sem saber se o empregado não tinha, de fato, razões pessoais pelas quais ele consentiu após efetivamente refletir?

Peso especial tem o raciocínio funcional, porém, no direito coletivo do trabalho (*Arbeitskampfrecht*). A ementa do BAG, aqui destacada, é a da paridade de combate (*Kampfparität*).¹⁵² Nenhuma das partes na contenda de direito coletivo do trabalho deve ter uma tal preponderância, desde o início, que lhe permita ditar as condições da convenção coletiva do trabalho. Coloca-se o combate coletivo do trabalho em uma relação funcional com a autonomia convencional, com o objetivo de manter tal combate como *ultima ratio* do processo de conciliação convencional.¹⁵³

150. Cf. BAG AP Nr. 5 zu § 4 KSchG 1969.

151. Nesta direção também Zöllner, *Festschrift Söllner* (nota 114), p. 1.315, em geral sobre contratos trabalhistas de suspensão.

152. BAG AP Nr. 1 e 64 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf* e freq.; sobre o pensamento da paridade de combate na jurisprudência do BAG sobretudo Otto in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. III, 1993, § 275 margem 75 ss.

153. BAG AP Nr.43 e 82 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf*; também BverfGE 84, 212.

147. BGHZ 79, 337; 111, 314; WM 1992, 901; cf. também Canaris, AcP 200 (2000), p. 273, 318.

148. BGHZ 127, 378; NJW 97, 1.253; 87, 1.785; 84, 356 e freq.

149. Sobre responsabilidade por violação da boa-fé por força de participação em negócios jurídicos, Canaris, *Vertrauenshaftung* (nota 145 acima), pp. 442 ss.

Tal objetivo funcional reflete-se, então, também sobre as relações individuais do trabalho, na medida em que a jurisprudência se orienta para a questão sobre em

quais condições o empregado perde sua prestação salarial na disputa laboral (o chamado risco da disputa laboral), no pensamento funcional.¹⁵⁴

154. BAG AP Nr.70 zu Art 9. GG Arbeitskampf.