

Atualidades

A LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

NORMA JONSSSEN PARENTE

Discorrer sobre a Lei de Sociedades Anônimas importa, necessariamente, analisar o tema da governança corporativa. A última reforma da lei trouxe para o ordenamento societário muitas disposições que visam a tornar a companhia mais democrática e transparente, como demandam o mercado e os investidores. O art. 124, § 5º, é exemplo dessa política, versando sobre a interrupção do prazo de convocação de assembléia geral ou o aumento do prazo de publicação do primeiro anúncio de convocação, a pedido de qualquer acionista, pela CVM.

Essa exigência do mercado por companhias que adotem práticas de boa governança foi fortalecida pelos últimos acontecimentos no mercado de capitais. Foram fatos que denunciaram a necessidade de as companhias tratarem, com mais respeito, o público investidor, tais como, por exemplo: os casos Enron, Worldcomm, no exterior.

As companhias que pretendam sobreviver no cenário atual, tornando-se mais competitivas, não podem olvidar a adoção das práticas de governança corporativa. Estas também são indispensáveis ao crescimento do mercado nacional e ao desenvolvimento econômico do país, já que este não pode ser vislumbrado sem o aumento da competitividade das nossas empresas e da segurança e transparência do nosso mercado.

Isto porque, por meio da governança corporativa, a empresa pode desenvolver plenamente sua função social, sendo importante a todos que se relacionam com ela, mediata ou imediatamente. Encontra-se na própria lei os subsídios necessários para que reste caracterizado o caráter indispensável da adoção da governança corporativa pelas empresas.

Trata-se do parágrafo único do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas, que determina:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Esse artigo inaugura o princípio da função social da empresa, antes mesmo que a Constituição da República se referisse, tornando-o princípio constitucional mais genérico, à função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF).

Apesar de eferescente em nossos dias, não é de hoje que se estuda o papel dos princípios no ordenamento jurídico, notadamente dos princípios constitucionais. Vivemos uma fase pós-positivista, em que aos princípios é conferida plena eficácia jurídica e os mesmos são "convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta

todo o edifício jurídico dos novos ordenamentos constitucionais”.¹ Estes princípios acolhem valores que devem ser sempre tutelados em todas as atividades humanas, especialmente nas atividades privadas.

Mas, parece que a maior parte dos operadores do direito — o que se reflete na doutrina e especialmente na jurisprudência — ainda não se deu conta da importância dos princípios jurídicos.² Diante da pluralidade de situações jurídicas em que o ser humano pode se encontrar, fundamental é o papel dos princípios, que são como correntes que atraem para si uma vasta gama de situações. Com base neles é possível encontrar soluções para conflitos levantados pela sociedade, ainda que não haja para, os mesmos, norma positivada. Através deles é possível também se evitar uma produção legislativa em larga escala que, muitas vezes — e como é a sina das inovações em nossos tempos —, acabará desatualizada.

Diante disso, devemos ter claro que não vivemos mais em tempos nos quais o Estado era passivo, era o *veilleur de nuit*, nas palavras de Lassale — àquele cabia simplesmente assegurar a conclusão dos contratos e das atividades privadas de acordo com a autonomia das partes, sem observar se era ou não realizada justiça material.³ A CVM, portanto, como representante do Estado na fiscalização da legalidade e da pro-

vidade no mercado de valores mobiliários, não deve ficar inerte diante de situações que firam a todo o sistema ético e democrático que a nova Lei das S/A nos trouxe.

É imperativo, hoje, que as relações privadas sejam concluídas de acordo com os princípios e valores constitucionalmente legitimados. Como leciona Heloísa Carpena: “as normas constitucionais contêm os fundamentos e os princípios da República e descrevem um projeto de sociedade, a ser realizado através dos valores por ela mesma escolhidos como prevalentes, num dado momento histórico. *Tais normas incidem diretamente sobre as relações interpretadas, somente legitimando os atos praticados em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento*, contidos na própria Carta”.⁴

É neste sentido que se compreende atualmente o “*poder funcional*” atribuído ao empresário controlador, para que este não apenas persiga os lucros a que faz jus com a exploração de sua atividade, mas que também vise a atingir um desenvolvimento econômico e social mínimo em retribuição ao que a sociedade suporta pela exploração daquela atividade, em consequência do princípio constitucional da solidariedade social.⁵

Enfim, as normas constitucionais prevêm programas de atuação e dão conteúdo à legislação societária e às normas de direito privado em si. O direito privado deve ser relido à luz da Constituição e de seus princípios, não se entendendo a Lei das S/A como um microsistema fechado

1. Paulo Bonavides, citado por Daniel Sarmiento, *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 41.

2. Como diz Daniel Sarmiento, “um dos vícios da jurisprudência brasileira tem sido o do relativo descaço devotado aos princípios constitucionais, o que acaba despidendo o processo de interpretação e aplicação da Constituição da sua dimensão ética mais profunda” (cit., p. 51).

3. Nos dizeres de Gustavo Tepedino, “Com o Estado intervencionista delineado pela Constituição de 1988 temos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam a margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem” (*Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 204).

4. Heloísa Carpena, “Abuso de direito no novo Código Civil”, in Gustavo Tepedino (org.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 384-385.

5. Como nos explica Eduardo Secchi Munhoz, o poder funcional “é atribuído ao titular, não para atender aos seus interesses egoísticos pessoais, mas para a realização de uma finalidade precisa, no caso, não apenas a produção de lucros, mas o *desenvolvimento econômico e social*, idéia que está imanente nos valores enunciados pela Constituição Federal” (ob. cit., p. 30).

em si mesmo, mas como diploma que é vigorado pelos princípios constitucionais e se insere numa ordem pública sistematicamente considerada que visa ao alcance dos objetivos da República (art. 3^o, CF⁶). Na esteira do que tem acontecido atualmente como o direito civil (através da expansão da doutrina do Direito Civil-Constitucional, que sustenta exatamente aquela releitura com base nos princípios constitucionais), essa modernização já tem sido timidamente proposta para o direito societário.⁷

Esses princípios visam à promoção de valores e direitos fundamentais que têm o homem como medida para todas as coisas e que incidem direta e objetivamente nas relações privadas.⁸ E a função social da

6. "Art. 3^o. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

7. "Frente a este cenário assombrado por interesses e desconfiança, surge a necessidade de uma atuação positiva e saneadora do Estado aliado a uma interpretação jurídica da realidade empresarial informada pelos valores constitucionais, com a releitura dos textos normativos à luz da Carta Magna através de uma filtragem constitucional e com a aplicação horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)" (Wilson Kozłowski, "Breves notas de governança corporativa acerca do conflito de interesses na sociedade anônima", in *Revista Jurídica* 313/36, Porto Alegre, Nota Dez, ano 51, nov. 2003).

8. Segundo Daniel Sarmento, "A dimensão objetiva estende a incidência dos direitos fundamentais sobre novos campos e searas e amplia o espaço de aplicação das normas constitucionais, que vão se irradiar para praticamente todos os domínios da vida social. Inobstante, este fenômeno, em princípio positivo e promissor, não deve chegar ao ponto de amputar todo o espaço de liberdade das instâncias sociais, limitando em demasia seus caminhos, que cumpre manter abertos numa sociedade que se pretenda pluralista e democrática. (...) os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes, ao inverso, catalisar o debate entre idéias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo" ("A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria", in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado*

empresa/propriedade é apenas um desses princípios constitucionais dentre muitos outros que são também conformadores da ordem social. Além da função social da propriedade/empresa, informam também a ordem econômica e social, à guisa de exemplo, os princípios da liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho e a repressão ao abuso do poder econômico, todos convergindo para um princípio-fim, qual seja, a realização da justiça social.⁹

No entanto, o uso, pelo operador do direito, dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais — mormente no caso do julgador — tem sido visto por muitos como a realização de um direito "alternativo". Um direito que seria avesso ao estabelecido no ordenamento jurídico, contrário à legalidade e que se basearia na livre interpretação do juiz.

Todavia, esse termo, "direito alternativo", tem sido utilizado erroneamente. Em primeiro lugar, porque ele não é fiel à ideologia do movimento surgido no Rio Grande do Sul, a que o termo originariamente se refere, por estar sendo utilizado de forma pejorativa. Em segundo lugar, porque

do Rio de Janeiro, v. XII, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 328-329).

9. Ensinam-nos José Afonso da Silva: "Assim, a determinação constitucional, segundo a qual a ordem econômica e social tem por fim realizar a justiça social, constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só a eles como também a toda ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador das normas constitucionais. Os demais princípios informadores da ordem econômica e social — liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; repressão ao abuso do poder econômico; expansão das oportunidades de emprego produtivo — são da mesma natureza. Apenas esses princípios preordenam-se e hão de harmonizar-se em vista do princípio-fim, que é a realização da justiça social. Nesse sentido, hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis" ("As disposições constitucionais programáticas e a ordem econômica e social", in *RDM* 55/74, São Paulo, Ed. RT, ano XXIII, jul.-set. 1984).

ele confunde direito positivo com positivismo jurídico.

O movimento do Direito Alternativo, surgido inicialmente no sul do país, pretende emancipar as classes oprimidas através do direito, criticando o direito burguês posto — como fazia a Teoria Crítica do Direito, mas que não cogitava, todavia, da construção efetiva de um novo direito. Afirmam os críticos daquele movimento que o mesmo não se utiliza instrumentos postos pelo direito para realizar a justiça, cumprindo essa tarefa muitas vezes sem cogitar do raciocínio hermenêutico e principiológico. Por isso, há grande reação ao Direito Alternativo.

Todavia, a aplicação efetiva dos princípios insculpidos em nosso ordenamento impõe necessariamente a releitura do direito positivo à luz de uma nova dogmática jurídica (entendendo-se dogmática por “saber jurídico instrumental e auxiliar da solução de conflitos, individuais ou coletivos, de interesses”,¹⁰ “o pensamento construtivo da Ciência do Direito”¹¹). Em vista disso, ao contrário do que muitos pensam — e utilizam esse argumento para criticar a eficácia dos princípios jurídicos —, a quebra com o positivismo estrito não desemboca no subjetivismo do juiz. O direito não vive sem a dogmática, mas a nova dogmática não pode ignorar contundentemente a valoração de normas e de situações fáticas ou abstrair completamente a realidade sobre a qual aquele direito é posto e as conseqüências desse fato.

Mas, é importante não confundir dogmática com dogmatismo, expressões que morfológicamente se assemelham, mas que semanticamente são opostas. Por dogmatismo, entende-se “o apego preconceituoso

e irrefletido a dogmas”¹² pontos fundamentais e indiscutíveis de uma doutrina, que não podem ser valorados ou modificados. É o dogmatismo que origina o positivismo jurídico — leitura do direito positivo (o direito reconhecido como tal num determinado momento histórico) de forma neutra, estritamente legalista e indiferente à realidade. Para os positivistas, o direito é como um dado que pode ser apreendido; todavia, essa concepção é errada porque a interpretação e aplicação do direito não devem ser feitas de forma desencontrada com os interesses humanos que lhes inspiraram.

O resgate da dogmática jurídica já era percebido mesmo por aqueles que não partilhavam da ideologia do movimento alternativo¹³ e “a construção da nova dogmática desafia a emergência de um esforço teórico interdisciplinar comprometido com os avanços da sociologia jurídica, da filosofia jurídica (...)”.¹⁴

Diante disso, longe de se discutir se a aplicação dos princípios jurídicos, eminentemente os constitucionais, caracteriza ou não uma adesão ao movimento do Direito Alternativo, certo é que temos uma Constituição *compromissada* — que condensa os conflitos sociais e os interesses de todas as frações da sociedade que participaram de sua elaboração —, *dirigente* — porque apresenta uma solução para o futuro, uma direção a ser seguida pelo Estado e pela sociedade — e *democrática* — uma vez que reflete os interesses de todos os setores sociais. Uma Carta que condensa valores (emancipatórios das minorias, o que não é

10. Clèmerson Merlin Clève, “A teoria constitucional e o Direito Alternativo”, in *ADV: Advocacia Dinâmica — Seleções Jurídicas*, São Paulo, jan. 1994, p. 46.

11. Paluto Faraco de Azevedo, “Aplicação do Direito: dogmática jurídica e contexto social”, *Revista da EMERJ* 16/166, v. 4.

12. Clèmerson Merlin Clève, “A teoria constitucional e o Direito Alternativo”, cit., p. 46.

13. Afirma Eros Roberto Grau: “O que importa assinalar, enfim, é que o nosso tempo *necessita mais de ‘censores’, críticos do Direito, do que de meros expositores dele*. É de certa forma dizer que os juristas se limitaram a interpretar o Direito de diferentes maneiras, mas o que importa é transformá-lo” (“Reflexão sobre o futuro do Direito”, in *Revista do Advogado* 36/35, São Paulo, mar. 1992 — destacou-se).

14. Clèmerson Merlin Clève, “A teoria constitucional e o Direito Alternativo”, cit., p. 46.

contraditório, ressalta-se, já que a Constituição da República é democrática) os quais devem ser realizados.

Essa realização resulta na construção de uma dogmática jurídica não dogmatista e não positivista, por sua vez. Porque a lógica jurídica não é apreendida da mesma forma que a lógica matemática, aquela não está alheia às reais situações concretas e aos valores e necessidades sociais. Em momento nenhum devemos nos apegar apenas ao preceito de que “a lei é dura, mas é a lei” e nos esquecermos de que há também a equidade, coroada pelo art. 5^a da Lei de Introdução ao Código Civil, que preceitua: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.¹⁵ Outrossim, não se pode olvidar a função do operador do direito, mormente dos julgadores, de adequar o direito à Justiça.

Portanto, não há mais como darmos as costas para os princípios jurídicos e entender que sua aplicação fere à nova dogmática jurídica — aquela comprometida com a realidade social, recuperando a razão de existir do discurso jurídico. Princípios são normas, logo, têm a mesma eficácia que as regras, outra espécie do gênero norma jurídica. Por meio da aplicação dos princípios pode-se reunificar o sistema jurídico atualmente tão fracionado pela pluralidade e dinamicidade do mundo moderno, fazendo valer em todas as áreas do direito os valores sobre os quais o ordenamento jurídico se sistematiza.¹⁶

Desta forma poderemos, então, assu-
mir o otimismo de Eros Roberto Grau, ao

dizer que: “Caminhamos, a passos largos — creio — para a eticização do direito à base dos princípios. Cumpre esperar que nessa passagem, do direito formal a um direito de princípios, a moralidade, inclusive a moralidade da Administração, não seja concebível como algo dele apartado, a ponto de se necessitar inscrevê-la na Constituição (art. 37, *caput*), mas atributo a ele inerente”.¹⁷

Nesse sentido, vale repetir as palavras do meu Mestre, Professor Alfredo Lamy Filho,¹⁸ a quem devo o meu amor pelo direito societário. Adverte ele “para a responsabilidade dos estudiosos do direito, nesses duros tempos de mudança, em que são postos à prova a validade e eficácia das instituições que nos habituamos a admirar e cultivar. Não se trata apenas de contestações ideológicas, ou da atração mágica das utopias, do devaneio dos sonhadores. Mas da brutal alteração das condições de vida, da consciência de que os problemas se acumulam e que não há oráculos a consultar, nem experiências a invocar, porque os desafios são novos, sem precedentes, nem referências no passado”. E prossegue: “Esta é, pois, a hora do jurista, que não pode ficar apegado a instituições que fenecem, colocando-se de costas para o futuro, por amor a uma ordem que não é mais ordem. Cumpre-lhe, com seu pensamento crítico, e sua fé na justiça, (...) tentar a abertura de caminhos novos, trazer sua contribuição ao mundo que nasce, participar da grande aventura de torná-lo mais humano e solidário”.

15. Luiz Machado, “Pode existir Direito Alternativo?”, in *Revista da EMERJ* 18/242, Rio de Janeiro, v. 5, 2002.

16. Como leciona Eros Roberto Grau: “a teoria jurídica há de se voltar aos princípios jurídicos, salientando a sua importância. E a verificação de que os princípios são norma jurídica, ao lado das regras — o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas —

abre novas vias de indagação, riquíssimas, para os que se dedicam à teoria do direito” (“Reflexão sobre o futuro do Direito”, cit., p. 35).

17. Eros Roberto Grau, “Reflexão sobre o futuro do Direito”, cit., p. 37.

18. Alfredo Lamy Filho, *A Lei das S/A — Presupostos e Elaboração*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 2.191.