

## PRINCÍPIO DA SANABILIDADE NO DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO: CONVERGÊNCIAS COM O DIREITO CIVIL E APLICAÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES

### *SANABILITY PRINCIPLE ON CORPORATE LAW: CONVERGENCIES WITH CIVIL LAW AND APPLICABILITY OF THE INVALIDITY THEORY*

Pedro Ernesto Gomes Rocha\*

Márcio Luís de Oliveira\*\*

**RESUMO:** O trabalho tem por objetivo analisar a teoria e a aplicação do princípio da sanabilidade no Direito Empresarial Societário, de modo a demonstrar que esse princípio e o princípio da conservação no Direito Civil podem ser interpretados e aplicados de maneira analógica, e, desta forma, podem representar a aproximação da teoria empresarialista das nulidades à teoria civilista atualizada das nulidades, permitindo a manutenção, no campo da validade, de um ato eivado de nulidade absoluta. Na elaboração da pesquisa, foi utilizada a metodologia comparada entre o Direito Civil e o Direito Empresarial Societário. Para tanto, fez-se uma abordagem histórica, jusfilosófica, epistemológica e dogmática, e foram utilizadas obras doutrinárias, consultas à legislação e à jurisprudência. O artigo está organizado em tópicos em que são abordados os seguintes temas: a autonomia do Direito Empresarial Societário em relação ao Direito Civil; o princípio da sanabilidade, o regime civilista clássico das nulidades e o regime empresarialista das nulidades; a relação entre as teorias das nulidades civilista e empresarialista; e, ao final, a interpretação e aplicação atualizada do ato inválido nas perspectivas societária e civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria das nulidades dos atos jurídicos. Princípio da sanabilidade. Direito Empresarial Societário. Princípio da conservação. Direito Civil.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Direito civil e direito empresarial societário: autonomia e convergências. 1.1 Origens históricas da autonomia do direito empresarial. 1.2 Fundamentos da autonomia do direito empresarial. 2 Princípio da sanabilidade no direito empresarial societário. 3 Regime jurídico das nulidades. 3.1 Regime civilista da nulidade. 3.2 Regime empresarialista da nulidade. 4 Regime atualizado das nulidades no direito civil. 4.1 Princípio da sanabilidade e princípio da convalidação: analogias. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the theory and application of the principle of sanity in Corporate Law, in order to demonstrate that this principle and the principle of conservation in Private Law can be interpreted and applied in an analogical way. That approach may represent the approximation of Corporate Law theory of invalidities to the updated civilist theory of invalidities, allowing the maintenance of an act that would be of absolute invalidity in its origins. In the elaboration of the research, the comparative methodology between Private Law and Corporate Law was used. For that, a historical, philosophical, epistemological and dogmatic approach was taken, and schoolers' texts, legislation and case law were consulted. The paper is organized in topics that deal with the following subjects: the autonomy of Corporate Law from Private Law; the principle of sanity, the classic civilist regime of invalidities and the Corporate regime of invalidities; the relationship between civilist and Corporate invalidity theories; and, in the end, the interpretation and updated application of the invalid act in the Corporate Law and in the Private Law perspectives.

**KEYWORDS:** Theory of invalidities of legal acts. Principle of sanity. Corporate Law. Principle of conservation. Private Law.

324

## INTRODUÇÃO

É assente na doutrina empresarialista que o direito societário demanda uma teoria especial das nulidades. A ideia defendida pelos doutrinadores é de que a teoria clássica civilista

\* Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais.

\*\* Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais, e professor da Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais.

das nulidades é rígida sobremaneira, o que a torna incompatível com o direito societário, que é essencialmente dinâmico.

Mas, a aplicação contemporânea do princípio da conservação veio justamente flexibilizar a teoria clássica das nulidades no direito civil, permitindo também a ratificação de um ato eivado de nulidade absoluta. Diante dessa flexibilização, apesar de o direito empresarial ser reconhecidamente autônomo ao direito civil, questiona-se se não seria recomendável a adoção de um regime uno às nulidades, aplicável no direito civil e no direito empresarial.

A questão central nessa discussão passa por três hipóteses: os fundamentos do direito societário como especialidade do direito empresarial, e que o diferenciam substancialmente do direito civil; os reais efeitos da teoria civilista atualizada das nulidades, se comparada com a suposta necessidade de uma teoria especial das nulidades no direito empresarial societário; a apresentação do princípio da sanabilidade no direito societário e sua analogia de efeitos com o princípio da conservação no direito civil.

Esses pontos serão objeto de reflexão ao longo do texto, de modo a que se possa considerar o que há de convergência e de divergência entre essas duas áreas do direito em matéria de teoria e efeitos das nulidades.

No cotejo desses aspectos, este estudo se valerá especialmente – mas, não exclusivamente – das obras “Subsídios para o estudo das nulidades”, de Valle Ferreira<sup>1</sup>, e “Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias”, de Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu<sup>2</sup>.

O texto terá como objeto de análise específica o princípio da sanabilidade, que autoriza ao direito societário a possibilidade de afastar, como regra, as hipóteses de nulidades absolutas em atos societários, eis que perquire, sempre, a segurança jurídica e a continuidade dos negócios sociais. Será também objeto de estudo a extensão jurídica do eventual reconhecimento da nulidade de um ato societário gerador de efeitos que afetam terceiros (efeitos que, por sua natureza, podem ser produzidos independentemente do ato ser considerado nulo ou não), seguida da restauração do *status quo ante*. Há ainda como objeto específico de abordagem o

<sup>1</sup> VALLE FERREIRA, José G. do. *Subsídios para estudos das nulidades*. Biblioteca Digital Universidade Federal de Minas Gerais, 1963. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/681/641>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

<sup>2</sup> ABREU, Maíra Leitoguinhos de Lima. *Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias*. Biblioteca Digital Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XQH37/disserta\\_\\_o\\_ma\\_ra\\_defesa.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XQH37/disserta__o_ma_ra_defesa.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

princípio da conservação (no âmbito do direito civil), que se assemelha ao princípio da sanabilidade, e, como será demonstrado pela investigação aqui feita, pode ser reconhecido como instituto análogo ao da sanabilidade no que tange aos efeitos.

Na elaboração do trabalho foi utilizada a metodologia comparada entre o direito civil e o direito empresarial societário. Para tanto, fez-se uma abordagem histórica, jusfilosófica, epistemológica e dogmática, e foram utilizadas obras doutrinárias, consultas à legislação e à jurisprudência.

Neste sentido, o presente estudo se inicia com este tópico introdutório, que apresenta o tema a ser analisado, bem como as premissas e a composição do próprio estudo. Na sequência, no tópico 2, aborda-se a autonomia do direito empresarial societário frente ao direito civil a partir de cinco grandes aspectos epistemológicos e dogmáticos, a saber a formação histórica, o objeto de estudo, as características peculiares, os institutos próprios e as normas de cada ramo jurídico. No tópico 3 estuda-se o princípio da sanabilidade a partir de sua origem legal, sua justificativa e sua função primordial. No tópico 4 apresenta-se o regime civilista clássico das nulidades, seus dogmas e fundamentos, e também apresenta-se o regime empresarialista das nulidades elaborado doutrinariamente com base no princípio da sanabilidade. No tópico 5, então, estuda-se a relação entre as teorias das nulidades civilista e empresarial à luz dos princípios da sanabilidade e da conservação, gerando atualizada interpretação do ato inválido dos pontos de vista societário e civil. Por fim, são apresentadas as considerações finais do estudo.

326

## 1 DIREITO CIVIL E DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO: AUTONOMIA E CONVERGÊNCIAS

Problema secular do estudo do direito empresarial<sup>3</sup> é a avaliação da sua autonomia ante ao direito civil. Especialmente no Brasil, onde essa discussão existe desde meados do século XIX, a autonomia do direito empresarial passou a ser mais fortemente questionada com o advento do Código Civil de 2002, que aglutinou em um mesmo diploma legislativo as obrigações e os contratos dessas duas especialidades do direito.

<sup>3</sup> Importante esclarecer que as expressões “direito comercial”, “direito mercantil” e “direito empresarial” são sinônimas. (FORGIONI, 2012, p. 13).

Como se verá neste tópico do trabalho, é certo, todavia, que o direito empresarial sempre foi um direito autônomo, com fundamentos jusfilosóficos, epistemológicos e dogmáticos próprios, de modo a ser classificado como especialidade da Ciência do Direito e do sistema jurídico positivo.

### 1.1 Origens Históricas da Autonomia do Direito Empresarial

Segundo Borges (1959, v. I, p. 25 et seq), a formação histórico-científica do direito empresarial teve início na Idade Média. Antes desse período, a eventual análise e a regulação de atos de comércio de bens coletados, produzidos ou manufaturados podem ser classificadas num contexto de pré-história do direito empresarial. O surgimento de atos de produção com propósito de comercialização de bens é assim sintetizado por Rodrigues (2004, p. 14):

O homem primitivo vivia do extrativismo, da pesca e da caça, retirando da natureza o necessário à sua sobrevivência. Num segundo momento evolutivo, passou a produzir para seu sustento, criando animais e cultivando a terra [...] Com o passar do tempo, o homem percebeu que alguns bens, supérfluos ao seu grupo social, mostravam-se úteis a outros grupos. E que estes, em contrapartida, possuíam produtos que não lhes interessavam, mas que eram proveitosos ao primeiro [...] A troca de bens para satisfação das necessidades de um grupo por mercadorias existentes em abundância em outro constituiu a primeira manifestação de comércio [...] Percebendo a deficiência com que as permutas se realizavam, surge a figura do intermediário, que, interpondo-se entre os grupos produtores, cria uma nova atividade econômica, organizada para facilitação da troca dos excedentes da produção. Convencionou-se, então, denominar essa atividade de comércio e de comerciante o sujeito que a realiza.

327

Ressalta-se que a demarcação temporal do surgimento do direito empresarial é relevante para se compreender a influência do processo histórico na formação e no aprimoramento do princípio da sanabilidade.

Na Idade Média, aproximadamente a partir do século IX, o direito empresarial começa a surgir como um direito de classes. Em sua acepção mais basilar, era um direito que regia as relações havidas exclusivamente entre aqueles denominados comerciantes, que eram as pessoas que integravam as corporações de ofício (FORGIONI, 2012, p. 32). Ao tratar desse assunto, Bulgarelli (2001, p. 30) assevera que a Idade Média é “o período de formação do direito empresarial. Criam os mercadores e artesãos, no seio das suas corporações, o seu direito ágil, vivo e solerte, em contraposição ao direito romano-canônico, excessivamente formalista e solene”.

Naquele contexto, o direito empresarial tinha um alcance hermenêutico e dogmático de âmbito subjetivo; melhor dizendo, sua aplicabilidade era apenas extensível à pessoa do comerciante, nos atos de comércio. Caso contrário, o particular se submeteria ao direito comum, qual seja, ao clássico direito civil e às demais normas do reino ou eclesiásticas (BORGES, 1959, v. I, p. 147; FORGIONI, 2012, p. 32). Assim, entre os comerciantes, em seus atos de comércio, surgiam situações costumeiramente regidas por determinados padrões de expectativa de conduta. Para certo tipo de negócio (comércio) eram positivados usos e costumes comuns aos comerciantes, e por eles aceitos, aplicados e esperados.

Bulgarelli (2001, p. 30) registra que os próprios comerciantes, reunidos em corporações de ofício, passaram a criar órgãos judicantes (chamados de tribunais consulares e que eram independentes das estruturas de governo), cuja função precípua era julgar as disputas havidas entre os integrantes das corporações, com base nas tais regras consuetudinárias (padrões esperados de conduta). Desse instituto embrionário é que, posteriormente, surgiram os tribunais do comércio.

Esse introito histórico evidencia que a concepção do direito empresarial foi inteiramente autônoma e alheia ao direito comum, civilista. De fato, o direito empresarial originou-se da reação dos comerciantes à inépcia do direito civil em fornecer arcabouço jurídico suficiente para fundamentar e adequadamente reger as relações comerciais e empresariais<sup>4</sup>. Nas palavras de Rodrigues,

Foi assim que surgiu e consolidou-se o direito empresarial: em decorrência da inaptidão do direito civil para regulamentar a atividade mercantil, os próprios comerciantes tiveram que se organizar em favor da tutela de seus interesses. Emergiu, pois, como reação ao direito medieval, um direito novo, costumeiro, corporativo, profissional, universal e autônomo.

Dúvidas não há, portanto, de que o direito empresarial tem sua origem independente do direito comum. Este, oriundo das autoridades medievais, era solene e formal, hostil ao comércio e favorável aos devedores. Já o direito empresarial, próprio da jurisdição consular, surge simples e informal, baseado na equidade e nas práticas comerciais. (RODRIGUES, 2004, p. 17)

Considerando o direito empresarial, ainda em suas origens, como especialidade do Direito, Borges (1959, v. I, p. 78) ensina que sua autonomia era aferível em três aspectos: a

<sup>4</sup> Aqui, é essencial que se diga: o princípio da sanabilidade também derivou desta necessidade de se suprir lacunas do direito civil em relação às atividades próprias e dinâmicas do empreendedorismo e do comércio. No caso, o direito civil abarca as nulidades, mas, do ponto de vista clássico, o faz de maneira não suficientemente útil ao direito societário.

autonomia legislativa, que era concernente à competência para a positivação das normas empresarialistas (foco sobre *quem* legislava); a autonomia formal, que dizia respeito aos instrumentos de codificação de suas normas (foco sobre os meios [*onde*] em que eram transcritas as normas); e a autonomia jurídica ou substancial, que se referia ao aspecto material (conteúdo) da diferenciação entre as normas empresarialistas e as normas civilistas (foco sobre *o que* abrangiam as normas).

A autonomia *legislativa* do direito empresarial restou evidente na Idade Média. Com as corporações de ofício e os comerciantes criando e aplicando suas próprias normas, o direito empresarial se constituía, se afirmava e se legitimava à margem da oficialidade estatal. Os estatutos normativos eram elaborados e positivados pelos comerciantes no âmbito de suas corporações, e tinham como objetivo incorporar a uma estrutura formalmente jurídica as práticas consuetudinárias já existentes e observadas como regras por aqueles que atuavam como comerciantes, como bem ilustra Borges:

Contrastando com a inexistência ou a fraqueza do governo da cidade, as corporações ricas e poderosas é que de fato o exerciam, assumindo as funções de Estado. Na sua constituição imitavam a da cidade, tendo à sua frente um ou mais cônsules eleitos pela coletividade. Ao entrar no exercício de suas funções os cônsules, à imitação do pretor e outros magistrados romanos, juravam observar certas normas que, compiladas mais tarde, juntamente com decisões das assembleias e do conselho dos comerciantes, formavam os estatutos. As normas a que os cônsules juravam obediência e que constituíram a base da legislação estatutária não eram criadas por eles, mas provinham em sua maior parte da prática dos comerciantes, e assim, através dos estatutos, se ia fazendo a codificação dos usos, do direito consuetudinário dos comerciantes. (BORGES, 1959, v. I, p. 40)

Atualmente, essa autonomia legislativa não mais prevalece, no mesmo grau e intensidade de suas origens. Borges (1959, v. I, p. 78) afirma que a autonomia normativa dos comerciantes teria sido extinta a partir do século XVII, quando os Estados nacionais passaram a monopolizar a função legislativa de todo o direito, inclusive do direito empresarial, o que se sobrepôs à prerrogativa dos comerciantes de “legislarem” seu próprio direito, no âmbito de suas corporações de ofício. Mas, para o autor, a autonomia formal pode ainda existir, bastando que as normas do direito empresarial sejam codificadas em diploma legislativo distinto das normas do direito civil (BORGES, 1959, v. I, p. 79).

Partindo-se deste conceito, pode-se dizer que, no Brasil, o direito empresarial teve autonomia formal até o advento do Código Civil de 2002, que unificou, num mesmo diploma legislativo, as normas civilistas e empresarialistas sobre obrigações e contratos (BRINA, 2007,

p. 5; ABREU, 2014, p. 186), além das disposições sobre as invalidades do negócio jurídico. Isso significa dizer que o Código Civil também unificou o regime jurídico das nulidades, o que repercute diretamente no princípio da sanabilidade, no direito empresarial, e no princípio da conservação, no direito civil.

Contudo, e apesar da metodologia de unificação formal do direito civil e do direito empresarial ter sido adotada no Código Civil, a unificação substancial dessas duas especialidades jurídicas não existe, uma vez que há doutrinas, jurisprudências e diversas legislações esparsas e específicas tanto de direito civil quanto de direito empresarial<sup>5</sup>. Logo, o direito empresarial, em sua materialidade (conteúdo jusfilosófico, epistemológico e dogmático), não foi unificado com o direito civil.

Em verdade, o aspecto que interessa é a constatação de que o direito empresarial fundamentou-se, desde sua criação, em características muito particulares que, ainda hoje, precisam ser consideradas para se interpretar adequadamente as questões afetas ao direito empresarial. A correta compreensão dessas peculiaridades é essencial para que o princípio da sanabilidade seja devidamente estudado. Por isso, serão explicados, a seguir, outros fundamentos da autonomia do direito empresarial, tais como seu objeto e algumas de suas características, institutos e normas (princípios e regras).

330

## 1.2 Fundamentos da Autonomia do Direito Empresarial

O direito empresarial se difere do direito civil em cinco grandes aspectos epistemológicos e dogmáticos. O primeiro deles, a formação histórica, já foi abordado neste estudo. Passa-se, agora, à análise dos outros quatro: objeto, características, institutos e normas de regência (dogmática jurídica).

No que concerne ao primeiro aspecto – o objeto –, o direito empresarial surgiu como resultado da positivação de normas que regiam os comerciantes e seus negócios, no âmbito das respectivas corporações e entre estas. Por conseguinte, o objeto do direito empresarial centrava-se no *sujeito* que desenvolvia a atividade comercial (FORGIONI, 2012, p. 34). Num segundo momento histórico, especialmente a partir do Código Napoleônico de 1804, o direito

<sup>5</sup> Nesse mesmo sentido entende parte da doutrina, como Luis Gastão Paes de Barros Leães (LEÃES *apud* FORGIONI, 2012, p. 91, nota 14) e João Batista Villela (VILLELA *apud* FORGIONI, 2012, p. 100, nota 45).



empresarial passou a ter por objeto o *ato* de comércio, ou seja, os atos jurídicos de natureza comercial, independentemente se praticados por comerciantes ou não (FORGIONI, 2012, p. 35).

Posteriormente, a epistemologia e a dogmática do direito empresarial voltaram-se para a *empresa*, isto é, para a atividade comercial ou empresarial.

A doutrina da teoria da empresa surgiu na Itália, especialmente com o Código Civil Italiano de 1942, e tinha por foco o estudo da atividade de organização dos fatores de produção, da mão de obra e da matéria prima. Àquela época, o objetivo da teoria da empresa era fazer do direito empresarial um instrumento de intervenção do Estado na atividade econômica, no ambiente político-jurídico fascista. Porém, a doutrina empresarialista buscou desvincular a noção de empresa da ideologia fascista. Essa desvinculação desdobrou-se basicamente em duas vertentes: uma mais social, denominada institucionalista, pela qual a empresa continuaria como instrumento de intervenção do Estado na economia, mas com viés social, ou seja, com vistas à melhoria da comunidade e do ambiente econômico social como um todo, tratando da mesma forma os interesses sociais e os interesses dos sócios; e outra vertente mais liberal, designada contratualista, que via a empresa como ente organizador dos fatores de produção cujo objetivo primeiro seria a geração de lucros por meio da circulação de mercadorias e serviços (FORGIONI, 2012, p. 49 et seq.).

Atualmente, alguns doutrinadores defendem que, por tendência evolutiva, o direito empresarial deveria voltar seu foco para o estudo do *mercado* no qual a empresa se insere (FORGIONI, 2012). A doutrina majoritária, entretanto, não reconhece essa concepção, motivo que ainda faz prevalecer a noção de empresa como sendo o objeto do direito empresarial.

Sustentar que o objeto do direito empresarial seria o mercado no qual a empresa estaria inserida implicaria no reconhecimento de que o direito empresarial teria voltado a ser um instrumento do Estado para a regulação do mercado. Logo, estar-se-ia permitindo que a base principiológica do direito empresarial deveria se fundar em parâmetros epistemológicos e dogmáticos de cunho mais publicista do que privatista, o que resultaria em novos pressupostos hermenêuticos para o direito empresarial e no surgimento de outros paradigmas jurídicos para a disciplina. Passar-se-ia a discutir não mais a unificação do direito empresarial com o direito civil, mas, sim, o afastamento do direito empresarial do direito privado e uma consequente inclusão do direito empresarial na esfera de interesse direto do Estado, e sob a abrangência de conceitos e normas de caráter publicista.

Destarte, nota-se que o objeto do direito empresarial sofreu alterações no decorrer do tempo, de modo a se adaptar às teorias que a doutrina, em cada momento histórico, entendia como aplicável a esta especialidade do direito. Entretanto, estas mutações conceituais do objeto do direito empresarial não modificaram a faticidade e a axiologia daquilo que é, desde seus primórdios, a essência jurídica do direito empresarial: a normatização do exercício do empreendedorismo e das relações comerciais decorrentes desse exercício.<sup>6</sup>

Enfim, quanto ao objeto, resta evidente que o direito empresarial e o direito civil não se confundem. Enquanto o primeiro tem por foco o exercício do empreendedorismo e das relações comerciais daí decorrentes – seja por meio do sujeito (o empresário), do ato de comércio, da atividade empresarial e até do mercado –, o segundo tem a autonomia da pessoa, as obrigações e os bens como seu objeto.

No que diz respeito ao segundo aspecto distintivo – os institutos jurídicos –, há profundas diferenças entre os institutos de direito civil e os de direito empresarial.

O direito empresarial tem como seus principais institutos a empresa, o empresário, o estabelecimento, a falência, a recuperação, os títulos de crédito, o nome empresarial, o registro, a marca, a patente, o desenho industrial, o modelo de utilidade e os valores mobiliários. O direito civil, a seu turno, tem como institutos fundamentais a família, o casamento, a união estável, a sucessão, os bens, as obrigações, a personalidade, a titularidade da propriedade<sup>7</sup>, os contratos não empresariais, dentre outros.

Sob o terceiro aspecto – o da dogmática jurídica –, existe uma importante interseção entre o direito civil e o direito empresarial: o Código Civil de 2002. Contudo, tanto o direito empresarial quanto o direito civil revelam-se incompletos, em seus respectivos âmbitos de regência, se analisados apenas sob o referido código. É preciso destacar as regras esparsas de

<sup>6</sup> Mesmo no contexto histórico em que a empresa funcionava substancialmente como instrumento de intervenção do Estado na economia, o empreendedorismo e as relações comerciais se mantiveram como essenciais ao direito empresarial. A diferença é que, naquela ocasião, o exercício do empreendedorismo era fomentado e legalizado pela atuação direta do Estado, o que reduzia consideravelmente a livre iniciativa, pois as relações comerciais daí decorrentes se davam apenas em conformidade com as determinações do Estado. Em outras palavras, o exercício do empreendedorismo e as relações comerciais não eram livremente exercidos, mas se mantinham como o cerne do direito empresarial.

<sup>7</sup> É fato que o instituto da propriedade é extremamente relevante para o direito empresarial assim como o é para o direito civil, mas, como explica Bruscato, “A *propriedade* no direito empresarial, tem sentido diverso do consagrado pelo direito civil. Aqui a propriedade é vista de modo dinâmico, com caráter empresarial, já que controla instrumentos de produção e geração de riquezas. Para o direito empresarial a *propriedade é um meio, um instrumento de geração de riquezas* e não uma finalidade em si mesma, para seus detentores.” (BRUSCATO, 2005, p. 61).



ambas as especialidades jurídicas: a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976), a Lei de Registro Mercantil (Lei nº 8.934, de 1994), a Lei do Mercado de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 1976), a Lei de Falências e Recuperação (Lei nº 11.101, de 2005), a “Lei Uniforme de Genebra” (Decreto nº 67.663, de 1966), a Lei da Duplicata Comercial (Lei nº 5.474, de 1968), a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 1996) dentre outras, que são tipicamente normas de direito empresarial. De outro lado, há o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977), a Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245, de 1991) etc., que são essencialmente de direito civil. Resta, pois, demonstrado que, apesar da existência do Código Civil de 2002, as normas de direito empresarial e de direito civil são substancialmente diversas.

Por fim, quanto ao quarto aspecto de distinção, é necessário destacar a existência de características fundamentais do direito empresarial que, inexoravelmente, são diversas daquelas que embasam o direito civil.

O direito empresarial é, desde seu surgimento e até os dias atuais, um direito com amplitude internacionalista. O direito civil, ao contrário, é local, nacionalista, apesar de possuir institutos assemelhados em diversos sistemas jurídicos. Cada sociedade integrante de um Estado terá um direito civil que melhor se lhe adequará. No Brasil, por exemplo, há o divórcio e o casamento homoafetivo, mas não há a eutanásia e o aborto; na Holanda, há o divórcio, o casamento homoafetivo<sup>8</sup>, a eutanásia<sup>9</sup> e o aborto<sup>10</sup>.

Embasando-se na obra de Jean Escarra, Borges (1959, v. I, p. 49) destaca que houve um período histórico em que grandes companhias de mercadores alcançaram enorme poder, tornando-se uma espécie de Estado no interior do Estado nacional. Como reação, os Estados nacionais passaram a adotar políticas públicas<sup>11</sup> mais intervencionistas (OLIVEIRA, 2016, p. 103-134), restringindo a positivação de normas consuetudinárias pelas próprias corporações e

333

<sup>8</sup> GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Same-sex marriage*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/family-law/same-sex-marriage>>. Acesso em: 24 de abril de 2018

<sup>9</sup> GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

<sup>10</sup> GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Abortion*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/abortion>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

<sup>11</sup> Apesar de o Estado moderno sempre ter atuado de modo interventivo na economia e no domínio privado, a noção de “política pública” como expressão de gestão administrativa estatal e como objeto da Ciência da Administração Pública é tema contemporâneo e que alcança projeção prático-epistemológica a partir de meados do século XX. Essa temática é abordada por Custódio e Oliveira (2015) ao versarem sobre ecoeficiência nos processos licitatórios da Administração Pública federal brasileira.

estabelecendo leis específicas para as atividades empresariais, “*determinando assim a crescente nacionalização do direito empresarial que daí por diante iria perder a sua qualidade de um direito da comunidade internacional dos comerciantes*” (BORGES, 1959, v. I, p. 49). Destaca-se que esse pensamento de João Eunápio Borges encontra relativo amparo até nos dias atuais, pois muitos institutos de direito empresarial são regidos de maneiras distintas em cada sistema jurídico estatal, tais como o registro empresarial, a falência, as marcas e as patentes. Contudo, não parece prevalecer a ideia de um direito empresarial com propensão nacionalista porque, assim como em seus primórdios, o direito empresarial tende a ser uma espécie de *direito internacional dos comerciantes ou empreendedores*. Embasam esse entendimento, por exemplo, o fato de que as normas sobre títulos de crédito são aplicáveis em vários Estados (RIZZARDO, 2006, p. 109); as normas de direito societário, apesar de diferentes entre os países, possuem os mesmos fundamentos (REYES, 2013, p. 60); as normas de *compliance* empresarial costumam ser observadas em qualquer negócio, independentemente do Estado ou dos agentes empreendedores; agentes do comércio (empresários) fazem negócios transnacionais, e, dentre outros ajustes, contratam formas de pagamento, de solução de controvérsias, de entregas de mercadorias ou de prestação de serviços com base em normas de direito empresarial que possuem caráter internacional; daí a importância do princípio da boa fé e dos demais princípios do UNIDROIT, das câmaras internacionais de arbitragem e outros tantos exemplos.

Nesta mesma linha de compreensão, Bulgarelli (2001 p. 17) argumenta que o “caráter internacional – do direito empresarial – revela-se também nas tentativas de uniformização dos procedimentos e das técnicas negociais, através da correspondente uniformização das normas destinadas a regê-las”. Essencial que se mencione, ainda, os movimentos permanentes de convergência das legislações ao redor do mundo no que se refere ao *corporate law*, o que mais uma vez evidencia o caráter internacionalista do direito empresarial (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000).

Em sua operacionalidade, o direito empresarial desvela-se em certas dinâmicas mais informais do que o direito civil. Muitas das práticas cotidianas de comércio ocorrem sem a intrínseca formalidade contratual do direito civil. É comum, por exemplo, que uma compra e venda de mercadorias se dê sem qualquer formalização de contrato, bastando que a operação se consubstancie pela entrega da mercadoria de uma parte a outra, havendo a emissão da nota, o pagamento ou a emissão de duplicatas. No direito civil é inviável pensar, por exemplo, na



aquisição de um imóvel sem que haja um rígido contrato embasando as negociações das partes. Nas palavras de Bruscato:

(...) O Direito Empresarial tem características bem marcantes, que não podem ser desconsideradas pelos agentes do direito.

Veja-se: o dinamismo e a agilidade, para acompanhar o movimento das relações econômicas já que os atos empresariais não podem ficar à mercê de avanços jurídicos para se concretizar; o internacionalismo e a inovação, pois sofrem influência dos mercados e se realiza entre povos, adota institutos e convenções internacionais e para não ver a economia nacional suplantada por outras e para uniformizar seus padrões de realização, acompanhando os progressos tecnológicos que estimulam sua continuada renovação; a onerosidade, pois o objeto do direito empresarial é a atividade que sempre busca lucro; a massificação, pois seus atos se realizam potencialmente em larga e ampla escala, em nível de mercado e não dirigidos a indivíduos determinados; a instrumentalidade, pois o direito empresarial se presta a dar forma jurídica à realização de negócios e relações comerciais, o que deve se concretizar por sua natureza, sem excesso de formalismos. (BRUSCATO, 2005, p. 61)

Essa informalidade contratual das práticas comerciais auxilia no entendimento da importância dos princípios peculiares ao direito empresarial. Eles são as normas efetivamente regentes das relações comerciais, e, na ausência de regras específicas, assumem caráter normativo e impositivo de direitos e obrigações às partes (GABRICH, 2008). Logo, o que se constata não é a ausência de formalidades no direito empresarial, mas sim o fato de que as formalidades jurídico-contratuais (próprias do direito civil) são bem mais instrumentais do que substanciais para a atividade empresarial.

Todas as diferenças acima demonstradas evidenciam um único fato: o direito empresarial é autônomo, em sua acepção jusfilosófica, epistemológica e dogmática, e, portanto, hermenêutica. Justamente em razão dessa autonomia é que não há, no direito empresarial, a possibilidade de aplicação literal da teoria clássica das nulidades do direito civil, pois tal teoria é rígida e possui postulados firmes e inflexíveis que, definitivamente, não devem ser estendidos de modo estrito ao direito empresarial.

Todavia, o próprio direito civil vem sofrendo influências da dinamização da sociedade contemporânea, o que tem respaldado a necessidade de flexibilização de sua clássica teoria das nulidades dos atos jurídicos. Essa flexibilização é resultado do esforço doutrinário por parte dos próprios civilistas em adaptar o regime das invalidades às mudanças constantes da sociedade e às crescentes demandas que as relações jurídicas hodiernas apresentam. Um exemplo dessa flexibilização é o princípio da conservação, fundamentado, segundo os empresarialistas, no próprio Código Civil, como se verá adiante.

No direito empresarial, a flexibilização trazida pelo princípio da sanabilidade decorre da essência dinâmica desta especialidade do direito, e que se mostra muito mais evidente no direito societário. A seu turno, o princípio da sanabilidade encontra-se positivado no artigo 285 da Lei das Sociedades Anônimas, e tem amplo reconhecimento doutrinário.

Tanto o princípio da sanabilidade quanto o da conservação funcionam, na prática, como instrumentos de flexibilização de regras postas no Código Civil ou na legislação esparsa. O princípio da sanabilidade é a base de justificação dos empresarialistas pela adoção de uma teoria especial das nulidades no direito societário; ao passo que o princípio da conservação representa a flexibilização da teoria clássica das nulidades no âmbito do direito civil.

Como se verá, a *conservação* tem analogia com a *sanabilidade* no que diz respeito aos seus objetivos. Essa é, portanto, uma evidência de que as marcantes autonomias do direito civil e do direito empresarial não os impedem de compartilhar convergências<sup>12</sup>.

## 2 PRINCÍPIO DA SANABILIDADE NO DIREITO EMPRESARIAL SOCIETÁRIO

336

O princípio da sanabilidade resulta da hermenêutica<sup>13</sup> aplicada ao disposto no artigo 285 da Lei das Sociedades Anônimas<sup>14</sup>, que permite às assembleias gerais sanarem vícios e defeitos da constituição da companhia.<sup>15</sup>

As sociedades empresárias são pessoas jurídicas dinâmicas por si só. Portanto, não devem ter suas atividades limitadas, ou mesmo impedidas, por um regime jurídico epistemológico e dogmaticamente inadequado. E, em determinadas situações, a aplicabilidade do regime civil clássico das nulidades às sociedades, sem o reconhecimento das *atualidades* que permeiam esse regime, poderá causar a necessidade de se “reparar o irreparável”, ou mesmo

<sup>12</sup> “Além disso, deve-se considerar que o direito empresarial, e por conseguinte, o direito societário, não se resume a uma divisão estanque da realidade jurídica. Apesar de sua autonomia, o direito empresarial relaciona-se a todo momento com os demais elementos, fáticos e técnicos, que informam o direito privado, não sendo possível que se negligencie de tal interação” (ABREU, 2014, p. 232).

<sup>13</sup> Valendo-se dos ensinamentos de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, Maíra Leitoguinhas de Lima Abreu explica: “Continuou vigente o princípio da sanção para as invalidades da constituição da companhia e de suas deliberações. Embora não previsto expressamente no art. 286, a doutrina é unânime em considerar que o parágrafo único do art. 285 aplica-se para qualquer tipo de assembleia, bem como para as deliberações dos demais órgãos da companhia” (ABREU, 2014, p. 74).

<sup>14</sup> “Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.”

<sup>15</sup> Apesar de se tratar de um princípio fundado na Lei das S.A., é possível entender que ele é extensível a todo o direito societário, uma vez que a Lei das S.A. é considerada um “Código do Direito Societário Brasileiro”, aplicável subsidiariamente a todos os tipos societários (CORRÊA-LIMA, 1995. p. 22).



de se voltar ao *status quo ante* de uma situação fático-jurídica em que isso seja impossível. Por isso, há, na doutrina, opinião de que seja necessária a formulação de uma teoria especial das nulidades em direito societário, na qual qualquer tipo de nulidade (absoluta ou relativa) seria, em princípio, sanável (EIZIRIK, 2011, v. III, p. 584).

O princípio da sanabilidade funciona como meio para a flexibilização de determinações jurídicas que, por não atenderem às demandas sociais (dos agentes que se submetem ao direito empresarial) ou por não se adequarem ao direito empresarial e às suas características fundamentais, acabam por se tornarem ineficazes, e, muitas vezes, prejudiciais ao desenvolvimento da atividade empresarial e até do mercado. O princípio da sanabilidade, surgido da doutrina, encontra hoje o reconhecimento da jurisprudência brasileira<sup>16</sup>.

Em síntese, o princípio da sanabilidade busca adequar as normas jurídicas às demandas sociais voltadas para o empreendedorismo inerente ao direito empresarial, sem desconstituir a integridade dos textos legais que regem a validade ou a invalidade de atos jurídicos.

337

### 3 REGIME JURÍDICO DAS NULIDADES

O presente tópico abordará, em breves linhas, o regime civilista das nulidades e a proposta empresarialista para um regime especial das nulidades em direito societário.

<sup>16</sup> “Um dos princípios básicos do regime de invalidade dos atos societários é o da sanabilidade dos vícios ou defeitos das deliberações dos órgãos sociais, mediante sua convalidação ou ratificação. O parágrafo único do artigo 285 da Lei 6.404/76 refere-se aos “atos constitutivos” da companhia, mas a doutrina e a jurisprudência enunciam o princípio por referência a todos os órgãos sociais porque (a) os atos constitutivos compreendem (no caso de companhia constituída por assembleia) a assembleia de constituição, e (b) as mesmas razões que explicam a norma em relação à assembleia de constituição existem em todas as espécies de assembleia geral e de deliberação dos demais órgãos sociais. Assim, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (1959, v. III, p. 115) em lição frequentemente citada, enunciou o princípio do seguinte modo ‘A Assembleia Geral pode sempre rever suas próprias deliberações. Pode, assim, cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessam à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio, de revisão e retificação. E a validade desta será indiscutível se tiver por fim sanar irregularidades’. A aplicação analógica do parágrafo único do artigo 285 a outras modalidades de assembleia geral, além da de constituição, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, ao julgar, em 4 de janeiro de 1979, a Apelação Cível n. 9.811, decidiu, nos termos da ementa do acórdão lavrado pelo relator, Desembargador Marcelo Costa: ‘A ratificação de deliberações da Assembleia Geral de Acionistas eivada de nulidade é admissível ainda que posterior à propositura da ação de anulação, que perdeu seu objeto, por fato superveniente, ficando extinto sem julgamento do mérito. Aplicação ao caso, por analogia, do artigo 285, § único da Lei de Sociedades Anônimas.’” (BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível nº 102.974-4/2, Desembargador Relator Ruy Camilo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 24 de abril de 2018).

### 3.1 Regime Civilista da Nulidade

A doutrina civilista é abundante quanto ao regime das nulidades dos atos jurídicos. Obviamente, há, entendimentos diversos, que aprofundam um ou outro tema da teoria. Porém, este trabalho se limitará a uma abordagem sucinta do regime civil clássico das nulidades, sem aprofundamentos e apresentações de divergências, o que não impede de se tecer breves considerações acerca de seus fundamentos.

Assim, esclarece-se que o regime das nulidades (invalidades) do direito civil se assenta na teoria do fato jurídico (ABREU, 2014, p. 76). Em sua concepção básica, essa teoria classifica o fato jurídico em: a) fato jurídico *lato sensu* (lícito ou ilícito); b) fato jurídico *stricto sensu* (decorrentes da natureza); c) ato-fato (decorrentes de ação humana não volitiva); d) ato jurídico *lato sensu* (decorrentes de ação humana volitiva); e) ato jurídico *stricto sensu* (decorrentes de ação humana volitiva cujas consequências são previstas na lei); e f) negócio jurídico (decorrentes de ação humana volitiva cujas consequências jurídicas são, em grande medida, fixadas pelas partes) (ABREU, 2014, p. 77 et seq). A teoria do fato jurídico também propõe três critérios dimensionais de sua análise: a) a dimensão da existência (o ato precisa conter elementos mínimos para existir no sistema jurídico); b) a dimensão da validade (o ato precisa ser constituído com a observância dos requisitos legais); c) a dimensão da eficácia (potencialidade do ato para gerar efeitos jurídicos) (WONGTSCHOWSKY, 2008, p. 20 et seq).

Ao tratar do regime civilista das nulidades, Valle Ferreira (1963, p. 30) ensina que, fundamentalmente, toda nulidade decorre da violação da lei, e que a classificação entre nulidade absoluta e nulidade relativa decorre da mera intenção legislativa em punir mais severamente a absoluta e mais brandamente a relativa. O autor explica ainda que a expressão “nulidade absoluta” tem o significado de “nulidade”, enquanto a expressão “nulidade relativa” tem o sentido de “nulidade atenuada”.

Justamente por essa visão, Valle Ferreira entende que os atos violadores de lei, sejam eles nulos ou anuláveis, são, de fato, atos imperfeitos inseridos no campo da *invalidade* jurídica; tratam-se de especificidades técnicas do princípio da invalidade, que se diferem apenas quanto à causa da invalidade (VALLE FERREIRA, 1963, p. 31).

O Código Civil de 2002 determina as hipóteses nas quais o ato é considerado nulo<sup>17</sup>, dentre as quais se encontra a cláusula genérica e ampla pela qual o negócio será nulo quando “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. O Código também explicita as situações em que o ato é considerado anulável, mas positiva igualmente uma expressão genérica e ampla ao estatuir que “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: (...)”<sup>18</sup>.

Na teoria clássica das nulidades, as que são classificadas como “absolutas” não são convalidáveis<sup>19</sup>, ao passo que as “relativas” são convalidáveis<sup>20</sup>. Assim, em outras palavras: o ato nulo é sempre inválido; já o ato anulável é inválido de maneira precária, pois poderá se tornar nulo (*para todo e sempre*) se for declarada a sua nulidade, ou poderá ser considerado válido se for *convalidado* pelas partes e desde que resguardados os direitos de terceiros.

Quanto à referida teoria clássica, alguns doutrinadores entendiam, ainda, que o ato nulo não geraria efeitos, e o ato anulável geraria efeitos até a sua declaração de invalidade. Porém, esta divergência está bastante atenuada (VALLE FERREIRA, 1963, p. 34). Atos inválidos (nulos ou anuláveis) podem gerar efeitos no campo prático, principalmente porque, muitas das vezes, revestem-se de *aparência* de legalidade. Por sua vez, na seara do direito empresarial, e especialmente no direito societário, esta circunstância é bem mais perceptível pelo amplo reconhecimento da teoria da aparência.<sup>21</sup>

A teoria clássica também preconiza que as consequências do reconhecimento, pelo juiz, da invalidade de um ato, seja por nulidade (nulidade absoluta<sup>22</sup>) ou por anulabilidade (nulidade relativa<sup>23</sup>), seriam idênticas, por resultar, num primeiro momento, na aplicação

<sup>17</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

<sup>18</sup> “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

<sup>19</sup> “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

<sup>20</sup> “Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”

<sup>21</sup> “Evidência da independência dos planos são as possíveis situações, a princípio, inesperadas, a que os fatos podem se enquadrar. Por exemplo, um negócio existente, válido e ineficaz, a exemplo de um contrato de compra e venda totalmente regular em que as partes subordinam a entrega da coisa e o pagamento do preço ao decurso de um certo prazo; e existente, nulo e eficaz, quando um contrato é celebrado com um absolutamente incapaz sem representação e as partes passam a cumprir o contrato como se válido fosse. Isso demonstra o perigo de se pré-estabelecer regras gerais, como aquela comumente fixada, especialmente pela doutrina comercialista, de que os atos nulos são sempre ineficazes.” (ABREU, 2014, p. 77).

<sup>22</sup> Cf. VALLE FERREIRA, 1963, p. 30.

<sup>23</sup> Cf. VALLE FERREIRA, 1963, p. 30.

expressa do princípio da retroatividade, devendo, se possível, ser restabelecida a situação ao momento anterior à realização do ato jurídico *lato sensu* que foi declarado nulo ou que foi anulado (efeitos *ex tunc*) (VALLE FERREIRA, 1963, p. 35).<sup>24</sup>

Então, numa eventual declaração de determinado ato como nulo (seja ele eivado de nulidade absoluta ou relativa), esse ato inválido se submeterá ao princípio da retroatividade, de modo que as partes deverão mutuamente se restituir ao estado em que se encontravam antes do ato, ou, não sendo possível, deverão indenizar-se.<sup>25</sup>

Entretanto, o princípio da retroatividade é justamente o que se mostra irrazoável em direito societário, pois sua aplicação pode ser geradora de prejuízos não só ao empresário, mas a seus parceiros e eventuais terceiros correlacionados. Como já dito, é deste raciocínio que surgiu, entre os empresarialistas, a compreensão de que é necessária a formulação e o aprimoramento de uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial, e mais especificamente para o direito societário.

### 3.2 Regime Empresarialista da Nulidade

Conforme analisado, a teoria civilista das nulidades seria, na sua acepção clássica, de aplicação equivocada para as especificidades do direito empresarial, sobretudo as do direito societário. Logo, seria recomendável a formação e o aprimoramento de uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial. Para França, tal teoria deveria abarcar basicamente os seguintes institutos jurídicos:

- (i) prazos de decadência, curtíssimos, para anulação de assembleia ou das suas deliberações; (ii) irretroatividade da invalidade, em certos casos; (iii) ampla possibilidade de sanção do vício, mesmo tratando-se de hipótese de nulidade absoluta, quando possível; (iv) diverso enfoque da distinção entre atos nulos e anuláveis; (v) intangibilidade, em princípio, de terceiros de boa-fé, salvo os casos de nulidade ostensiva. (ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA *apud* ABREU, 2014, p. 76, nota 212)

<sup>24</sup> O fundamento de Valle Ferreira é o artigo 158 do Código Civil de 1916, que estabelecia: “Art. 158. Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Esse dispositivo foi praticamente reproduzido no Código Civil de 2002, no artigo “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

<sup>25</sup> “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

Eizirik também defende a adoção da teoria especial, mas a apresenta com parâmetros mais reduzidos, que seriam: “(i) não prevalência do princípio de que ato inválido não produz nenhum efeito; (ii) fixação de prazos de prescrição mais curtos; e (iii) possibilidade de correção a qualquer tempo dos atos viciados, mesmo depois de proposta a ação de anulação” (EIZIRIK, 2011, v. III, p. 582). Já Lucena, ao reforçar a teoria especial, afirma que “as deliberações sociais sujeitam-se, salvo casos estritos de ordem pública, à anulação, a qual traz a sirga a sanação, a irretroatividade (salvo prejuízos a terceiros ou a acionistas), a consumação prescricional em prazos curtos” (LUCENA, 2012, v. III, p. 1.156).

Entre posições doutrinárias convergentes e divergentes, pode-se dizer que uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial, especificamente para o direito societário, teria as seguintes características: prazos curtos de convalidação pelo transcurso do tempo (prescrição e decadência); possibilidade de sanação a qualquer tempo; reconhecimento da produção de eventuais efeitos do ato inválido; proteção aos terceiros de boa fé; e irretroatividade dos efeitos da declaração de nulidade (LUCENA, 2012, v. 3, p. 1.169; EIZIRIK, 2011, v. III, p. 582). Pode, ainda, ser acrescida a essas características o foco na preservação da empresa, uma vez que, de fato e de direito, a manutenção da empresa, diante de sua função social<sup>26</sup>, é o que justifica a elaboração da teoria especial das nulidades. Não se deve descuidar de que a empresa pode ser bastante afetada em casos de declaração de nulidade com efeitos *ex tunc*.

Nesses termos, conclui-se que há uma relação de causalidade entre as características acima expostas. Conjugando-se a necessidade de proteção de terceiros de boa fé e de preservação da própria empresa é que outras soluções tornam-se viáveis para a teoria das nulidades no direito empresarial, quais sejam: a) reconhecer que o ato inválido pode gerar efeitos válidos ou convalidáveis; b) atribuir, em princípio, efeitos *ex nunc* às declarações de invalidade; c) aceitar a convalidação do ato pelo decurso do tempo; d) permitir que a

<sup>26</sup> A função social da empresa insere-se num cenário de recontextualização da Constituição e do sistema infraconstitucional (OLIVEIRA, 2016, p. 240-243), e revela-se na incidência do princípio da função social da propriedade na ordem econômica (artigo 170, inciso III, da Constituição). Nesse paradigma jurídico dogmático é que o princípio da sanabilidade e a teoria especial das nulidades, juntamente com o princípio civilista da *conservação*, são extensíveis ao Direito Societário. Tais institutos jurídicos (sanabilidade, teoria especial de nulidades e conservação) fortalecem o empresário (sociedade empresária que exerce a empresa) e promove a sustentabilidade econômico-social da atividade empresarial mesmo diante de determinadas invalidades notadas em seus atos, pois, de modo inconcusso, a referida manutenção pode ser mais benéfica – ao empresário e aos seus *stakeholders* – do que a geração de efeitos *ex tunc* decorrentes do reconhecimento de uma nulidade.

convalidação ou sanção voluntária seja possível a qualquer tempo; e) reduzir os prazos prescricionais e decadenciais para o questionamento do ato.

E o objetivo de uma teoria das nulidades própria ao direito empresarial é indubitavelmente a necessidade de se garantir às relações empresariais a segurança jurídica que seu dinamismo requer, e, desse modo, proteger a companhia e terceiros que com ela negociarem.

A aplicação do princípio da retroatividade dos efeitos da invalidação – decorrente da teoria civilista das nulidades – poderia gerar inúmeras inseguranças jurídicas na seara do direito empresarial societário. Veja-se o exemplo abaixo.

A Lei das Sociedades Anônimas previa, em seu artigo 146<sup>27</sup>, que os membros do conselho de administração deveriam ser acionistas da companhia. Essa exigência deixou de existir com o advento da Lei nº 12.431, de 2011<sup>28</sup>, pois causava vários transtornos à sociedade, mas que acabavam sendo contornados pela prática societária, à margem da teoria civilista das nulidades.

Antes da alteração legislativa, tornou-se usual, na prática societária, que um acionista cedesse uma ação de sua titularidade à pessoa que deveria ser eleita para compor o conselho de administração, de modo a cumprir o requisito legal. Ocorre que, no momento da destituição desse conselheiro, comumente, a ação que lhe havia sido cedida não era repassada para a outra pessoa que lhe substituiria como membro do conselho. Nesse contexto, e em muitas ocasiões, a assembleia geral instalava-se, considerava a pessoa inadvertidamente elegível (mesmo sem ser acionista) e a elegia como membro do conselho, o que contrariava a determinação legal e configurava, portanto, ato *inválido*, segundo as normas do direito civil. O tempo transcorria, essa pessoa eleita irregularmente deliberava como conselheira por todo um mandato, elegendo diretores, inclusive.

Ora, nesse caso, é evidente que a eleição do membro do conselho poderia ser questionada e considerada nula (pois o membro do conselho não era acionista quando de sua

<sup>27</sup> Redação dada ao artigo 146 pela Lei 10.303, de 2001: “Art. 146. Poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores residentes no País, acionistas ou não.”

<sup>28</sup> Redação dada ao artigo 146 pela Lei 12.431, de 2011: “Art. 146. Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País.” (essa lei entrou em vigor na data de sua publicação, portanto, 27 de junho de 2011, tendo sido, porém, retificada em 29 de junho de 2011).

eleição)<sup>29</sup>, se houvesse a aplicabilidade direta do regime civilista clássico das nulidades. Tal nulidade acarretaria, sem dúvida, na invalidação da própria eleição do conselheiro e, por conseguinte, de todos os atos por ele praticados ou deliberados, até mesmo a eleição de diretores. Em consequência, também poderiam ser questionados como nulos ou anuláveis todos os atos praticados pelos diretores eleitos pelo conselheiro sem mandato válido, o que, por derradeiro, significaria reconhecer a nulidade de todos os atos jurídicos praticados pela sociedade a partir daquela eleição para o conselho de administração. A ocorrência desse acontecimento (reconhecimento de nulidade absoluta de todos os atos praticados pela administração social durante um mandato inteiro) seria, sem dúvida, muito prejudicial à condução dos negócios sociais, pois, pelo princípio da retroatividade, faria com que a companhia tivesse que atuar de modo a reverter integralmente os efeitos das deliberações de seus órgãos administrativos, tendo ainda que indenizar os afetados por tais deliberações quando o retorno ao *status quo ante* não fosse possível, o que provocaria enorme insegurança jurídica no ambiente societário.

Logo, cogitar da viabilidade dessa hipótese seria ferir inúmeros princípios fundamentais de direito empresarial societário, contraindo o fundamento básico dessa especialidade do direito que seria a preservação da empresa pela sua função social.

Para solucionar um impasse dessa magnitude na prática corporativa, resta juridicamente adequada a aplicação do princípio da sanabilidade, de modo a entender que a mera eleição irregular do conselheiro, sem maiores prejuízos para a sociedade empresarial, é, na realidade, anulável (e não nula), e, como tal, passível de sanção. Daí, portanto, a necessidade de se formular uma teoria especial das nulidades para o direito empresarial.

#### 4 REGIME ATUALIZADO DAS NULIDADES NO DIREITO CIVIL

Este tópico relacionará as teorias das nulidades – a do direito civil e sua visão contemporânea, e a do direito societário –, o princípio da sanabilidade e o princípio da

<sup>29</sup> “Os requisitos (art. 147) devem ser verificados pela mesa da assembleia geral ou pelo Conselho de Administração, conforme o caso (art. 138 e 143). Não obstante, se eleito o administrador e verificado, posteriormente, que ele não preenchia os requisitos determinados em lei (art. 147), sua eleição será nula” (CARVALHOSA, 2009, v. III, p. 201).

conservação, e demonstrará como tais princípios contribuem para a melhor interpretação do ato inválido tanto na área societária quanto civil.

De início, considera-se que, mesmo no direito civil, o princípio da retroatividade pode ser irrazoável. Tanto é assim que “predomina na doutrina civilista atual o reconhecimento do princípio da conservação dos fatos jurídicos (...) Segundo esse princípio, tanto na elaboração das normas jurídicas, quanto na sua aplicação, deve-se buscar, ao máximo, a manutenção dos atos jurídicos e de seus efeitos” (ABREU, 2014, p. 154). E certos fundamentos do princípio da conservação também podem ser invocados para justificar o princípio da sanabilidade, como a “utilidade dos atos jurídicos; segurança jurídica; reconhecimento da autonomia da vontade, tendo sempre em comum o objetivo de evitar a aplicação severa das regras da invalidade, que pode levar a resultados indesejáveis para as partes, terceiros e a sociedade em geral” (ABREU, 2014, p. 154).

Conservação e sanção, ao se fundarem em argumentos similares, evidenciam que o direito civil vem sofrendo releituras de suas teorias e dogmas clássicos, o que pode em alguns momentos aproximá-lo do direito empresarial, sem que, contanto, essa aproximação signifique, respectivamente, uma relativização da autonomia jusfilosófica, epistemológica e dogmática de uma especialidade do direito em relação à outra.

É preciso reafirmar que tanto o direito civil quanto o direito empresarial, apesar de suas autonomias, são expressões da dimensão privada do direito e, por conseguinte, compartilham convergências, movimentos evolutivos e tendências de modo a acompanhar as demandas das relações privadas oriundas de uma sociedade em constante mutação. Não há equívoco, portanto, em se aceitar essas convergências e fomentar o processo hermenêutico-doutrinário para desenvolvê-las em conjunto, sem que isto afete a autonomia de cada uma dessas especialidades do direito (EIZIRIK, 2011, v. III, p. 584).

#### 4.1 Princípio da Sanabilidade e Princípio da Convalidação: Analogias

De maneira bem embasada, Abreu (2014, p. 176 et seq) explica existirem certas *medidas sanatórias* consagradas pelo direito civil, e que poderiam ser aplicadas aos atos *deficientes* (que apresentem alguma ilegalidade) no âmbito do direito empresarial. Para a autora, a *convalidação*, a *sanação*, a *conversão* e a *redução* seriam espécies de medidas sanatórias, todas elas decorrentes do princípio da conservação.

A referida autora, embasando-se em argumentos civilistas, explica que, no direito civil, a convalidação é medida sanatória involuntária, que ocorre mesmo contra a vontade das partes, pois consubstancia-se no transcurso do tempo, tanto pela decadência quanto pela prescrição. Para os atos anuláveis, a lei imporia prazos para a impugnação, cujo encerramento, sem a ocorrência de questionamento, acarretaria na convalidação dos atos pelo simples decurso do tempo.

A seu turno, e em regra, os atos nulos não seriam convalidáveis<sup>30</sup>, apesar de existiriam hipóteses de sua convalidação. A sanabilidade ou sanação ocorreria em decorrência da ação humana; seria uma manifestação expressa ou tácita de vontade no sentido de tornar válido o ato inválido (ABREU, 2014, p. 177). Para a doutrinadora, a conversão é embasada no artigo 170 do Código Civil, que determina: “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Ela mesma esclarece que “trata-se de aproveitar todas as partes válidas de um ato inválido e transformar aquele conjunto em outro ato, que seja válido” (ABREU, 2014, p. 181).

Já a redução do alcance da invalidação também encontra respaldo no Código Civil, em seu artigo 184: “respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”; ou seja, “será aplicada a redução quando aproveitar-se a parte válida do ato, eliminando-se aquela inválida” (ABREU, 2014, p. 183).

Concluindo seu trabalho, a autora explica as hipóteses em que, mesmo sendo nulo o ato, seria recomendável sua manutenção, no âmbito do direito civil, e dentre tais hipóteses, cita: “em situações nas quais se configurem fatos consumados, isto é, a impossibilidade prática de retorno ao status quo ante; (iv) na medida em que necessária à tutela dos interesses de terceiros de boa-fé” (ABREU, 2014, p. 234).

Abreu explica essas medidas sanatórias, e argumenta que elas estão também disponíveis ao direito societário, razão pela qual o regime civilista das nulidades poderia sim ser aplicável ao direito societário, já que também admite a sanação dos vícios (ABREU, 2014,

<sup>30</sup> Código Civil Brasileiro: “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”

p. 160 et seq), e até mesmo da nulidade absoluta, em algumas hipóteses (ABREU, 2014, p. 234).

Na prática, em direito empresarial os institutos da convalidação, sanação, redução e conversão são desdobramentos do princípio da conservação. E todos estes institutos visam o mesmo efeito básico: tornar válido (no todo ou em parte) o ato que é inválido, não importando se pelo transcurso do tempo (prescrição ou decadência), ou se pela declaração expressa das partes, ou se pela exclusão da parte inválida do ato ou se pela consagração de um novo negócio em substituição ao que é nulo.

Por isso, ainda que não pelos mesmos trajetos, parece necessário concluir que há proximidade entre a desejada teoria especial das nulidades em direito empresarial societário com a teoria civilista atualizada. Assim, seria mais fácil à prática empresarial continuar conciliando a teoria civilista atualizada das nulidades com as necessidades do direito empresarial nessa temática (ABREU, 2014, p. 233).

É exatamente essa adequação hermenêutica da teoria das nulidades que dever ser estendida ao direito empresarial: um regime de nulidades que não tenha finalidade meramente sancionatória, mas que, ao contrário, possa respaldar a *conservação* dos atos societários, de modo a garantir a segurança jurídica e a permanência da sociedade no cumprimento de sua função social.

346

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da sanabilidade e o princípio da conservação têm origens em especialidades distintas do direito. O princípio da sanabilidade advém da dinâmica do direito empresarial societário, ao passo que o princípio da conservação resulta da atualização do clássico direito civil. Apesar disso, ambos os princípios se aproximam em seus fundamentos, objetivos e efeitos.

O direito empresarial e o direito civil são autônomos sob a perspectiva jusfilosófica, epistemológica e dogmática; e possuem suas próprias particularidades. Essa autonomia, entretanto, não justifica uma rígida separação dessas áreas; ao contrário, o direito empresarial e o direito civil se interconectam em alguns aspectos, já que compartilham a sistematicidade de

uma mesma matriz jurídica: o direito privado. Logo, é preciso reconhecer as sinergias e se aproveitar delas.

Sob a vigência da teoria clássica das nulidades no direito civil, defendeu-se, no direito empresarial, a formação de um regime especial das nulidades, em razão das especialidades desta área do direito. Contudo, a doutrina, a jurisprudência e a dogmática jurídicas não chegaram a constituir um regime próprio das nulidades que, de modo claro e objetivo, atendesse às peculiaridades do direito empresarial societário. Mas, no transcurso do tempo, as mudanças sociais e a práxis civilista produziram mutação substancial no tema das nulidades em direito civil que, em certa medida, podem ser estendidas ao direito empresarial societário.

O regime civilista das nulidades já não se fundamenta mais nos clássicos postulados, quais sejam, o de que o ato nulo nunca é convalidável ou sanável; que os efeitos da declaração de nulidade são sempre *ex tunc*; e que o ato nulo não produz efeitos. Ao contrário, o direito civil, na atualidade, respalda-se no princípio da conservação dos atos jurídicos, e objetiva garantir a segurança jurídica por meio da manutenção de relações e situações já consolidadas, mesmo que estejam eivadas de invalidades, mas desde que essa manutenção seja justificável do ponto de vista teleológico do instituto jurídico a que eventualmente incidiria a nulidade ou anulabilidade. Melhor dizendo, o direito civil, na temática das nulidades, teria se tornado mais dinâmico e flexível, aproximando-se do direito empresarial societário neste aspecto.

A afirmação de uma teoria das nulidades mais adequada ao direito empresarial societário, assim como a modernização daquela ocorrida no direito civil, se justificaria pela necessidade de se garantir às relações empresariais a segurança jurídica que seu dinamismo requer, e, desse modo, proteger a companhia e os terceiros que com ela negociaram.

Logo, é possível afirmar que a doutrina do direito civil hodierno compartilha das antigas preocupações dos empresarialistas na temática nas nulidades. Preservar o negócio, afastando-o de uma declaração de invalidade com efeitos *ex tunc*, representa um viés prático do direito em relação aos atos jurídicos, embasado pela manutenção da função socioeconômica de tais atos, e em perfeita sintonia com o sistema constitucional vigente.

Essa conciliação passa pelo reconhecimento da analogia de efeitos entre os princípios da sanabilidade (no direito empresarial) e da conservação (no direito civil). Ambos os princípios garantem a estabilidade das relações privadas que, por alguma razão, não sejam juridicamente perfeitas desde suas origens ou por circunstâncias supervenientes. A seu modo, tais princípios

valorizam a constitucionalidade da função socioeconômica da empresa e dos negócios jurídicos e, por isso, devem ser aplicados sempre que possível.

Em síntese, é recomendável a aplicação da teoria atualizada das nulidades do direito civil ao direito empresarial societário. Ainda que a doutrina do direito empresarial possa dar origem a uma teoria especial das nulidades distinta da do direito civil contemporâneo, há muito o que uma área do direito possa oferecer à outra sob o aspecto jusfilosófico, epistemológico e dogmático, respeitadas as suas autonomias.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. *Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias*. Biblioteca Digital Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XQH37/disserta\\_\\_o\\_ma\\_ra\\_defesa.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XQH37/disserta__o_ma_ra_defesa.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 1. ed. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível nº 102.974-4/2. Apelante: Luiz Cestari Neto e outros; Apelado: Fábrica de Artefatos de Borracha Cestari S.A. Desembargador Relator: Ruy Camilo. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

BRUSCATO, Wilges. Os Princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, ano XLIV, n. 139, jul.-set. 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *O Futuro do Direito comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Direito empresarial – Sociedades Anônimas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Unificação do Direito Privado e Direito Empresarial: um simples exercício. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito Societário na Atualidade – Aspectos Polêmicos*, Del Rey, 2007.



CUSTÓDIO, Maraluce Maria; OLIVEIRA, Márcio Luís de. Eco-efficiency in bidding processes to purchase everyday supplies for the Brazilian federal administration. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, p.33-61, Jul/Dez 2015. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/647/454>>. Acesso em 5 de fevereiro de 2017.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. Comentada*. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O caráter normativo dos princípios*. 2008. <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/776/620>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Abortion*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/abortion>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

349

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Same-sex marriage*. Disponível em: <<https://www.government.nl/topics/family-law/same-sex-marriage>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

HANSMANN, Henry e KRAAKMAN, Reinier. *The End of History for Corporate Law*. 2000. <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/280.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf)>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – Comentários à Lei*. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição Juridicamente Adequada*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

REYES, Francisco. *Direito Societário Americano – Estudo Comparativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



VALLE FERREIRA, José G. do. *Subsídios para estudos das nulidades*. 1963. <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/681/641>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

WONGTSCHOWSKI, Vânia. *Conversão substancial do Negócio Jurídico*. 2008. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063197.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

Submissão: 24/04/2018  
Aceito para Publicação: 31/12/2018

