

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 15

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

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2014

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Coordenação: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

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

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 15 (julho/dezembro 2014)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2015.

LIBERDADE DE INICIATIVA, LITÍGIO ENTRE SÓCIOS E A NOMEAÇÃO DE INTERVENTORES JUDICIAIS NA GESTÃO EMPRESARIAL¹

FREE ENTERPRISE, DEADLOCKS BETWEEN PARTNERS AND THE APPOINTMENT OF PROVISIONAL CUSTODIANS ON CORPORATE GOVERNANCE

Marcelo Lauar Leite

Resumo: Trata-se de artigo que, pautado no direito à liberdade de iniciativa, debate a constitucionalidade da medida judicial que determina a intervenção em sociedades empresárias em conflito por meio de terceiros na qualidade de administradores provisórios. Para tanto, inicialmente, o trabalho concretiza o significado da livre iniciativa e a categoriza como um direito fundamental. Em seguida, é traçado o panorama das citadas medidas judiciais nominativas. Mais que buscar e oferecer uma simples resposta, são traçadas métricas de constitucionalidade calcadas em argumentos sediados na teoria dos direitos fundamentais e no direito societário, as quais são justificadas com base na preservação de interesses sociais e extra-sociais.

Palavras-Chave: Liberdade de iniciativa; Sociedades comerciais; Conflito entre sócios; Administradores Judiciais; Constitucionalidade.

Abstract: For this article, based on the right to freedom of initiative, is discussed the constitutionality of judicial measure that deter-

¹ Artigo recebido em 02.08.2015 e aceito em 07.12.2015.

mines the intervention in business corporations in conflict through provisional custodians. For that, initially, the article gives density to the meaning of free enterprise, classifying it as a fundamental right. Subsequently, the panorama of the said judicial measures is presented. More than seek and provide a simple answer, are drawn constitutionality metric modeled on arguments based on the theory of fundamental rights and corporate law, which are justified based on the preservation of social and extra-social interests.

Keywords: Free enterprise; Business corporations; Conflict between partners; Provisional custodians; Constitutionality.

Sumário: 1. Delimitação da abordagem. 2. Evolução histórica da categorização da livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica. 3. Facetas constitucionais da livre iniciativa: 3.1. Liberdade de Empreender Economicamente. 3.2. Liberdade de Associação. 3.3. Liberdade de Contrato. 3.4. Liberdade de Ação profissional. 4. Direitos Fundamentais e Livre Iniciativa: 4.1 Breves apontamentos sobre os direitos fundamentais. 4.2. Categorização da Livre Iniciativa enquanto Direito Fundamental. 5. A constitucionalidade abstrata da intervenção judicial nominativa: 5.1. Mapeamento do problema posto. 5.2. Livre Iniciativa e interesse social como alicerces de justificação. 5.3. Limites dos limites (*schranks-schranks*). 5.4. Interesses extra-sociais como alicerces de justificação. 6. Considerações Finais.

1. Delimitação da Abordagem

Nas palavras de Otacílio Silveira Neto², não há, sobre a terra, nenhuma força que impulse o homem para o desenvolvimento de forma tão expressiva quanto a liberdade. Apesar das frequentes e jus-

2 SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento: a função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, nº 42, p. 123-140, abr/jun. de 2013, p. 126.

tificadas remessas aos ideais presentes no seio da Revolução Francesa, a *liberdade* é um *valor ontológico* do ser humano, não tendo naquele marco histórico, propriamente, o seu nascimento. Trata-se, filosoficamente, como disse Eros Grau, da *sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado*. Quer-se, com isso, dizer que não se pode entender como livre aquele que nem mesmo sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e comportamento (*sensibilidade*); e não se pode chamar de livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado (*acessibilidade*)³.

De ordem dessa reflexão, no campo semântico, é recorrente a significação da liberdade como o grau de independência legítimo que um cidadão ou povo de uma nação elege como valor supremo, como ideal⁴ ou a faculdade de uma pessoa fazer ou deixar de fazer alguma coisa por sua vontade⁵. *Tais acepções, transportadas para a seara jurídica, apresentam contornos semelhantes, porém, acrescidos de aspectos legais, como a relevância da sua garantia contra a arbitrariedade*⁶ oriunda de fontes públicas ou privadas.

Sob esse contexto atinente ao que é *livre*, fala-se em *liberdade de iniciativa*, fundamento da ordem econômica constitucional, convido debater, mormente ao cada vez mais crescente número de casos concretos⁷, a (in)constitucionalidade da medida que determina a

3 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199. No mesmo sentido, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222. [...] *só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação*].

4 HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.175.

5 BUENO, Silveira. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa: E-N*. São Paulo: LISA, 1972, p. 1.600.

6 GARNER, Bryan A. *Blacks Law Dictionary*. 9. ed. New York: West, 2009, p. 1.001.

7 Cf. TJSP, AI 0257499-41.2012.8.26.0000, publicado em 21 maio 2013; TJRS, AI 70048077184, publicado em 5 jul. 2012; TJMG, AC 3052506, publicada em 12 abr. 2000; TJPR, AC 7179966,

intervenção em sociedades empresárias⁸ *em conflito por meio de terceiros na qualidade de administradores judiciais provisórios*. Em outras palavras, pretende-se *verificar se esta tutela estatal está ou não autorizada pelo sistema jurídico posto*, tendo-se, como parâmetro de validade constitucional, a *liberdade de iniciativa*. Mais que buscar e oferecer uma simples resposta, serão *traçadas métricas de constitucionalidade calcadas em argumentos sediados na teoria dos direitos fundamentais e no direito societário*.

Apresentada a proposta desse escrito, convida-se o leitor a se debruçar sobre as linhas que se seguem.

2. Evolução Histórica da categorização da Livre Iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica

Abstratamente, a liberdade de iniciativa é um valor que confere aos particulares o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses⁹. Sua

julgada em 18 maio 2011; TJMG, AI 10024122994379002, publicado em 14 abr. 2014; TJRS, AI 70059261958, publicado em 7 jul. 2014; TJRJ, AI 00680606920138190000, publicado em 10 abr. 2014; TJPR, AC 4111997, julgada em 31 out. 2007; TJPR, AI 2861867, julgada em 12 maio 2005; TJMG, AI 10702140479651001, publicado em 30 set. 2014; TJRN, AI 137449, julgado em 26 abr. 2011; TJSE, EDI no AI 2005205076, julgado em 18 out. 2005; TJRS, AI 70056511868, publicado em 4 nov. 2013; TJRO, MC 20000120000116646, julgada em 7 dez. 2004; TJPR, AI 5974769, julgado em 13 out. 2009; TJSC, AI 20130829709, julgado em 30 jun. 2014; TJRN, AI 2011.000037-2, julgado em 17 maio 2011; TJSP, AI 5968114900, publicado em 5 fev. 2009, entre inúmeros outros arestos.

8 Por razões jurimétricas, delimitou-se a sociedade limitada (LTDA) como objeto dos exemplos e análises vindouros. Primeiramente, porque os dados mais recentes do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DRED) apontam que mais de 99,4% das sociedades empresárias constituídas no Brasil são LTDAs (<http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/Caep0100.htm>). Ademais, em estudo empírico paradigmático sobre o assunto, Marcelo Guedes Nunes detectou que 83,33% das sociedades empresárias em conflitos dessa ordem são daquela natureza (Intervenção judicial liminar na administração de sociedades. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (org.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 83-133).

história se mostra intimamente conectada à evolução do direito de propriedade, do qual se destacou com o desenvolvimento do comércio, das feiras e dos burgos durante as Idades Média e Moderna. A ligação mostra-se atribuída a diversas razões. Economicamente, ambas derivam da dissolução de práticas produtivas ligadas à subsistência, ao mundo agrário e ao mercantilismo; socialmente, da perda das relações pessoais nas quais se baseava a sociedade feudal; politicamente, constituem uma reivindicação de um espaço de *liberdade* em que as atividades comerciais e industriais pudessem ser realizadas sem o consentimento, privilégio ou autorizações dos detentores do poder¹⁰.

Assim, o sistema econômico passou a contar com dois núcleos autônomos, a saber: a propriedade em estrito senso, como direito subjetivo e atributo essencial da pessoa humana; e a liberdade de iniciativa, enquanto direito à *atividade econômica* de conteúdo complexo e plural. Desde então, a liberdade de iniciativa foi, historicamente, se consagrando enquanto marca e aspecto dinâmico do modo de produção capitalista¹¹, configurando-se como um valor básico do liberalismo econômico.

Na França revolucionária, a livre iniciativa foi considerada um dos aspectos da liberdade geral dos cidadãos. Teve-se, no *Decret d'Allard*¹², de 1791, o primeiro assentamento ocidental sobre o exercí-

9 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional, *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 23, nº 92, p. 221-240, out/dez. de 1986, p. 228.

10 CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve ala costituzione*. Padova: CEDAM, 1990, p. 288. Não por acaso, o direito à propriedade privada é um princípio da ordem econômica constitucional brasileira (art. 170, II).

11 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. cit. p. 229. Nesses pontos, se ampara nos escritos de Antônio Baldassare, Bruno Cavallo e Giampiero di Plinio; TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 234. A remota subdivisão encontra repercussão na atual consideração da empresa, pelo art. 966, *caput*, do Código Civil, segundo o perfil funcional de Alberto Asquini (Op. cit. p. 116-117).

12 "Article 7: A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce

cio de empresa, comércio, indústria e concorrência. Para atuar no mercado, bastaria ao empreendedor, de maneira prévia, quitar um tributo específico, chamado *patente*. No mesmo ano, os preceitos do dito ato normativo foram reforçados pela Loi le Chapelier¹³, que previa severas punições para as corporações que se reunissem visando a degradar, de alguma forma, o livre exercício da indústria e do trabalho. Em suma, ambas as normas francesas denotavam que as atividades comerciais e profissionais poderiam ser praticadas por qualquer interessado, observadas algumas limitações relacionadas à segurança pública¹⁴. *Nessa época*, a livre iniciativa era um elemento de luta dos agentes econômicos visando à libertação dos vínculos feudais ainda existentes, bem como dos mercantilistas¹⁵.

Com o desenvolvimento dos Estados Modernos e a chegada da Idade Contemporânea, a livre iniciativa ganhou previsão direta ou indireta na maioria das cartas constitucionais ocidentais, tais como a mexicana de 1917¹⁶, a alemã de 1949¹⁷ (*grundgesetz*), a portuguesa

ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits."

13 "Art. 7: Ceux qui useraient de menaces ou de violences contre les ouvriers usant de la liberté accordée par les lois constitutionnelles au travail et à l'industrie, seront poursuivis par la voie criminelle et punis suivant la rigueur des lois, comme perturbateurs du repos public."

"Art. 8: Tous attroupements composés d'artisans, ouvriers, compagnons, journaliers, ou excités par eux contre le libre exercice de l'industrie et du travail appartenant à toutes sortes de personnes, et sous toute espèce de conditions convenues de gré à gré, ou contre l'action de la police et l'exécution des jugements rendus en cette matière, ainsi que contre les enchères et adjudications publiques de diverses entreprises, seront tenus pour attroupements séditieux, et, comme tels, ils seront dissipés par les dépositaires de la force publique, sur les réquisitions légales qui leur en seront faites, et punis selon tout la rigueur des lois sur les auteurs, instigateurs et chefs desdits attroupement, et sur tous ceux qui auront commis des voies de fait et des actes de violence."

14 FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1990, p. 105.

15 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 710-711.

16 "Artículo 5º. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria,

de 1974¹⁸, a espanhola de 1978¹⁹, a italiana de 1947²⁰ e a argentina de 1994²¹. Marcadamente no pós-guerra, ela garantia aos proprietários as trocas de bens e a autonomia jurídica, conferindo-lhes, destarte, a possibilidade de regular suas relações do modo que julgassem melhor²².

No Brasil, a vanguardista Constituição Imperial de 1824²³ afir-

comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”

17 “Art. 9.(1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. (2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten. (3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.”

18 “Artigo 61.º: Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral. (...)”

19 “Artículo 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

20 “Art. 41: L’iniziativa economica privata è libera (...)”

21 “Art. 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

22 SILVA, Op. cit. p. 711; BADENI, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. v. 1. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 632-635.

23 “Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos,

mou o *livre exercício de qualquer gênero de trabalho, indústria ou comércio*, ressaltando-o, contudo, à obediência aos costumes sociais, à segurança e à saúde dos cidadãos. A primeira Lei Maior republicana, de 1891²⁴, seguiu propósito semelhante, assegurando aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o *livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*.

Já no século XX, a Constituição de 1934²⁵, organizou a ordem econômica conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, garantindo, dentro desses limites, a *liberdade econômica*. A seu turno, a Carta Magna de 1937²⁶, outorgada por Getúlio Vargas, fundou a riqueza e a prosperidade nacional na *iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo*.

Menos de uma década depois, o fim da segunda guerra mundial e a redemocratização do país ensejaram a promulgação, durante o mandato de Eurico Gaspar Dutra, da Lei Maior de 1946²⁷, que alcuñhou, pela primeira vez, a expressão *liberdade de iniciativa*. Todavia,

á segurança, e saúde dos Cidadãos. (...).”

24 “Art 72 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 24 — É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. (...)”

25 “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a *liberdade econômica*.” (Grifou-se).

26 “Art. 135. Na *iniciativa individual*, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.” (Grifou-se).

27 “Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

somente em 1967²⁸, no seio da ditadura militar, esta veio a ser considerada um *princípio da ordem econômica*.

Na vigente Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa foi alçada à categoria de fundamento da ordem econômica²⁹. *Seus valores sociais fundamentam, aliás, toda a República*³⁰. Trata-se, destarte, de um elevado grau axiológico intrínseco a todo o arcabouço jurídico-pátrio, sendo sua observância impositiva às funções executiva, legislativa e jurisdicional do Estado.

Enquanto *fundamento*, pode-se considerar a *livre iniciativa* como *causa, razão de ser* da ordem econômica constitucional, ligando-se à sua finalidade — assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social — por meio dos *princípios*, os

28 “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I — *liberdade de iniciativa*; (...)” (Grifou-se). Tal *status* permaneceu inalterado após a outorga da Emenda Constitucional nº 1/69, que, tão-somente, reposicionou o texto *supra* para o art. 160, I.

29 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)” (Grifou-se).

30 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)” (Grifou-se). Essa previsão constitucional guarda uma velada polêmica. Hoje, parece-me claro que, por um lado, a liberdade de iniciativa é fundamento da ordem econômica constitucional e, por outro, não o é em relação à própria República — como defende numerosa doutrina (FARIA, Op. cit. p. 103 e 106-107; TAVARES, Op. cit. p. 234; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 788; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181; BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 49). Com efeito, *o fundamento republicano previsto no artigo supracitado é o valor social — considerado em pluralidade — da livre iniciativa, e não esta, per se*. Nesse sentido, Cf. GRAU, Op. cit., p. 203; LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 721-753; e CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Os valores sociais da livre iniciativa, *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 43, nº 171, jul/set. 2006, p. 70-75.

pontos de partida para a efetivação dos comandos da Constituição Econômica³¹.

Como visto, desde suas primeiras prescrições normativas, a livre iniciativa guarda denotação econômica. No entanto, a pura e simples literalidade de seus vocábulos não traz a segurança necessária à definição de seu conteúdo, pelo que se exige do hermeneuta uma interpretação sistemática, de modo a se fixar, com alguma segurança, a abrangência do fundamento magno. Para tanto, a Constituição oferece, de maneira esparsa, *facetas* indispensáveis ao exercício desta liberdade fundamental em um Estado Democrático de Direito capitalista, quais sejam, as liberdades de *empreendimento econômico, associação, contrato e ação profissional*³².

3. Facetas Constitucionais da Livre Iniciativa

31 SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de constituição econômica, *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 26, nº 102, p. 21-48, abr/jun. 1989, p. 31; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 14-15.

32 ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, nº 874, ago. 2008, p. 73-77. [Numa visão prática, podemos dizer claramente que a garantia de livre iniciativa como liberdade de empreendimento seria nula de sentido se houvesse restrições à liberdade de associação. Da mesma forma, eventual legislação que viesse a restringir mais severamente a liberdade contratual inviabilizaria por completo a livre iniciativa. Destaque-se que uma das mais importantes facetas da livre iniciativa encontra-se na liberdade de trabalho, em todas as suas formas. Daí a própria norma constitucional (art. 170, caput) colocar, lado a lado, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica brasileira. (...)]; TAVARES, Op. cit. p. 237 [Assim, sinteticamente, é possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluídos o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluindo o risco do empreendimento: o que produzir, como produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comercial]; Cf., ainda, SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, Op. cit. p. 710-711; BASTOS e MARTINS, Op. cit. p. 16; BARROSO, Op. cit. p. 50-51; CRISAFULLI e PALADIN, Op. cit. p. 289-291.

3.1. Liberdade de Empreender Economicamente

Como leciona Francisco Amaral, a liberdade de iniciativa se trata de um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica e, neste caso, manifesta-se principalmente no exercício de empresa, de acordo com o tipo societário escolhido³³. Em outras palavras, a liberdade de empreender economicamente é a acepção³⁴ mais comum da *livre iniciativa*, inscrita no art. 170, parágrafo único³⁵, da Lei Maior.

Por ela, todos têm o direito de *desenvolver atividade econômica*, seja na produção, escoamento, comércio ou indústria, independentemente da autorização de órgãos públicos, obedecendo-se, naturalmente, às limitações decorrentes do *princípio da legalidade*³⁶, dos demais valores da própria ordem econômica³⁷ e da atuação do Estado enquanto agente regulador³⁸, restrições enquadradas no *status passivo* da teoria de Georg Jellinek, a ser vista doravante.

33 AMARAL NETO, Op. cit. p. 229.

34 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico brasileiro: D-I*, p. 134-135 [(...) *protege o direito de livre acesso em condições igualitárias à iniciativa de produção econômica; iniciar e prosseguir livremente qualquer atividade econômica legalmente admitida, sobretudo em face de impedimentos e perturbações de outrem (...)*]; CRISAFULLI e PALADIN, Op. cit. p. 289; MIRANDA, Op. cit. p. 516-517; AMARAL NETO, Op. cit. p. 234.

35 “Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

36 Constituição Federal. “Art. 5º. (...) II — Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)” (Grifou-se). GRAU, Op. cit. p. 202-203; ABREU, Op. cit. p. 75; BADENI, Op. cit. p. 638.

37 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62-63.

38 Constituição Federal de 1988. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A concentração do poder econômico nas mãos de poucos invoca a necessidade de intervenção estatal, sob pena de a livre iniciativa sucumbir. Por essa razão, a ao contrário do que se pode

Falar em empreendimento econômico é, nada mais, nada menos, que falar em *empresa*, aqui, mais uma vez, tida em sua acepção funcional³⁹. Em outras palavras, esta faceta da liberdade de iniciativa refere-se ao livre exercício de atividade econômica visando à produção de bens ou à prestação de serviços de maneira organizada, isto é, organizando os fatores de produção — capital, mão de obra, insumos e tecnologia⁴⁰. Essa organização, aqui lastreada na *teoria da firma*⁴¹, não se volta somente à eficiência econômica, mas, também, ao melhor ordenamento dos interesses que rondam a corporação, sejam eles próprios a esta, sejam eles pertencentes ao *share* ou *stakeholders*.

Além disso, a liberdade de empresa detém características basilares a serem observadas por todos os atores do mercado, há muito elencadas por Themistocles Brandão Cavalcanti⁴², quais sejam: a aceitação ética da finalidade lucrativa, a permissão da apropriação privada da propriedade e dos bens de produção e consumo; a consideração da concorrência como meio adequado à eficiência, na medida da

imaginar, a intervenção do Estado no domínio econômico não limite a liberdade de iniciativa, mas, sim, a garante (PETTER, Op. cit. p. 168)."

39 ASQUINI, Op. cit. p. 116-117.

40 FARIA, Op. cit. p. 106; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial português*. v. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 237; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126-147; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28-30; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65-66; BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-60; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20. Apesar de identificar a empresa enquanto *instituição*, e não *atividade*, Ruy de Souza não deixou de vislumbrar a sua caracterização pela *organização de uma atividade econômica* (*O direito das empresas*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1959, p. 300).

41 COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica, New Series*, v. 4, nº 16, p. 386-405, nov.1937.

42 *Manual da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, p. 256-257.

melhora na qualidade produtiva coadunada à redução dos preços; e a certeza que a mínima intervenção no negócio permite maiores oportunidades aos melhores agentes econômicos. Acrescente-se, ainda, a liberdade de ingresso, manutenção e saída do agente econômico dentro do mercado de atuação e a escolha, pelo agente econômico, do *objeto*, da *forma*, do *lugar* e do *tempo* do exercício de empresa, permitindo-se a livre organização dos fatores de produção⁴³.

Nesse sentido, a fim de proteger essas máximas do exercício de empresa, mormente em face das indevidas intervenções estatais sobre a atividade econômica, os Anteprojetos de Novo Código Comercial que tramitam no Senado e na Câmara Federal — *PL n.º 487/2013, art. 6.º, e PL n.º 1.572/11, art. 5.º* — reproduzem um idêntico e contundente rol de *decorrências* da livre iniciativa, impondo, no exercício do poder de conformação legislativa, o reconhecimento, *(i)* da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da “empresa privada” para o atendimento das necessidades de cada um e todos; *(ii)* do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada; *(iii)* da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país; e *(iv)* da “empresa privada” como importante polo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentadora de riqueza local, regional, nacional e global.

Por fim, diga-se que se insere no espectro do livre desenvolvimento de atividade econômica a liberdade de ingresso, manutenção e saída do agente econômico do seu mercado de atuação, bem como a escolha do *objeto*, da *forma*, do *lugar* e do *tempo* do exercício de empresa, permitindo-se, assim, a livre organização dos fatores de

43 ABREU, Op. cit. p. 75. TAVARES, Op. cit. p. 237. BRASIL. STJ. REsp n.º 1075673/DF. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Brasília, 10 de setembro de 2010.

produção⁴⁴. De certo, a franca organização interna das sociedades empresárias proporcionada pela liberdade de empresa é um corolário da livre iniciativa, de modo que eventuais mutações no ato constitutivo podem priva-las de sua eficiência econômica⁴⁵.

3.2. Liberdade de Associação

A sociabilidade é inerente aos seres humanos, derivando da necessidade de conjugação de forças para a superação de resistências materiais e imateriais, rompendo-se obstáculos que dificultam a obtenção dos resultados perquiridos. Em todos os campos da atividade humana, com maior ou menor intensidade, sempre se manifestou o espírito associativo, seja para a realização de fins religiosos, morais, artísticos ou comerciais⁴⁶.

Por essa razão, Gilmar Mendes e Paulo Branco⁴⁷ grassam que a liberdade de associação se presta a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como bási-

44 CONSTANTINI, Stefano. Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo dele c.d. "clausole sociale", *Rivista Ianus*, Siena, nº 5, p. 199-262, 2011, p. 203-205; ABREU, Op. cit. p. 75; TAVARES, Op. cit. p. 237. Na jurisprudência, cf. o seguinte aresto representativo do STJ: REsp nº 1075673/DF, publicado em 10 set. 2010.

45 PAPIER, Juan Jorge. *Ley fundamental y orden económico*. BENDA, Ernesto *et al* (org.). *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Macial Pons, 2001, p. 573; BASTOS e MARTINS, Op. cit. p. 16-17 [O seu exercício (sobre a liberdade de iniciativa) envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam resultantes do mercado. A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação de o que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender. Esta liberdade, como todas as outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta (...)].

46 ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 12.

47 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 357.

ca para o Estado Democrático de Direito. Quando não podem obter, por si mesmos, os bens da vida que desejam, homens somam esforços, e a associação é a fórmula para tanto. Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca e cooperação. Indivíduos podem se associar para alcançar metas econômicas, ou para se defenderem, em mútuo apoio, para fins religiosos, de promoção de interesses gerais ou da coletividade, altruísticos, ou de se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, *livre iniciativa* e autonomia da vontade.

É nesse sentido que, para Pontes de Miranda⁴⁸, tem-se por *associação* toda aliança voluntária entre pessoas, baseada em contrato ou estatuto, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim lícito, sob direção unificante. De fato, a comunhão de esforços para o alcance de um objetivo convergente se mostra como uma das mais relevantes maneiras de atuação privada no domínio econômico, mormente quando pautada em uma estabilidade temporal e orgânica⁴⁹.

Mesmo ante o caráter humanamente ontológico, as primeiras declarações de direitos não apenas não previam a liberdade de associação, mas a recusavam, dada a orientação individualista pela qual todos os corpos e associações eram contrários à igualdade, aos direitos individuais e à liberdade política. Com o tempo, (re)viu-se que a livre colaboração mútua era essencial para a promoção da independência e a superação da vulnerabilidade dos indivíduos considerados isoladamente. Mesmo assim, por se temer a força dos economicamente mais fracos, decorreram largos anos até que as constituições

48 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição e 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. 5 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 608; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 268-269.

49 ABREU, Op. cit. p. 76; PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 268; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 505-506.

em geral consagrassem a liberdade de associação em suas disposições⁵⁰.

Atualmente, a liberdade de associação é francamente prevista nas Constituições ocidentais, tais quais a portuguesa⁵¹, alemã⁵², italiana⁵³ e argentina⁵⁴. Especificamente no Brasil, foi, inicialmente, encarada no art. 72, 8º, da Carta Magna de 1891⁵⁵. Hoje, revela-se como faceta da *livre iniciativa* alteada expressamente à condição de direito fundamental⁵⁶, *assegurada pela vigente Carta Magna entre os incisos XVII a XX do seu art. 5º*.

50 MIRANDA, Op. cit. p. 471-472.

51 “Artigo 46.º Liberdade de associação

1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal. 2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial. 3. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela. (...)”

52 “Artikel 9: (1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. (...)”

53 “Art. 18: I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. (...)”

54 “Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

55 “Art.72 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:(...) § 8º A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. (...)”

56 Segundo Carl Schmitt, sob um ponto de vista formal, são direitos fundamentais aqueles que receberam da Lei Maior um grau mais elevado de garantia ou de segurança, unicamente alteráveis por emenda constitucional. Materialmente, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561).

Inevitável constatar que, quando a Lei Maior trata da liberdade de associação, a faz enquanto um *gênero* que engloba *qualquer tipo de associação civil* ou *sociedade, inclusive as limitadas* (fim lucrativo), aplicando-se aos contratos coligativos em geral, como uma regra geral do fenômeno associativo⁵⁷. Essa ampla significação revela a adoção de uma vertente que tolera a formação de grupos sociais livres em geral, sem configurações ou morfologias gregárias predefinidas⁵⁸.

De fato, enquanto nas associações civis os esforços são conjugados para propósitos não econômicos — *v.g.*, morais, religiosos, ar-

57 SILVA, Op. cit. p. 267; SARLET, MARINONI e MITTIERO, Op. cit. p. 505. No direito comparado, a supracitada Constituição alemã expressa o direito à formação de associações e sociedades [art. 9, (1)]. Longe de ser uma expressão interpretativa, a abrangência de sentido ora dada à liberdade de associação encontra franco amparo no Direito comparado. A Constituição Italiana, por exemplo, menciona genericamente que *“I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale”* (art. 18), havendo franca concordância doutrinária na aplicação dessa perspectiva associativa constitucional às sociedades mercantis, isto é aferindo a fonte constitucional como uma *regra geral do fenômeno associativo*. Nesse sentido, *cf.* CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve ala costituzione*. Padova: CEDAM, 1990, p. 110; RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989, p. 849; PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005, p. 641-642 [...] *sono infatti tali le associazioni “riconosciute” e quelle “non riconosciute”, provviste o mancanti di personalità giuridica, incluse le stesse società commerciali e quelle che comunque si proponcano scopi economici. La circostanza che la disciplina costituzionale dei “rapporti economici” possa giustificare l’imposizione di particolare limiti a carico di quest’ultimo tipo di soggetti non basta a dimostrare, cioè, che l’art 18 riguardi le sole associazioni operanti nel campo dei “rapporti civili”. Al contrario, è dall’art 18 che occorre desumere lo statuto o “da regola generale del fenomeno associativo”*; Aplicando a mesma ideia à realidade espanhola, *cf.* BÁREZ, Mercedes Iglesias. *Estructura orgánica y derechos fundamentales em la Constitución española de 1978*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2010, p. 244-247. Esse entendimento se mostra amplamente reconhecido pela jurisprudência brasileira, tal como se verifica nos seguintes julgados: STJ, Recurso Especial nº 867101/DF, publicado em 24 jun. 2010; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), Apelação Cível nº 2001.001372-5, publicada em 6 maio 2003; TJRN, Apelação Cível nº , publicada em 6 maio 2003; TJSP, Apelação Cível nº 0276459-50.2009.8.26.0000, publicada em 2 mar. 2011; TJSC, Apelação Cível nº 2006.039229-3, publicada em 3 dez. 2007; TJSC, Apelação Cível nº 2009.067901-5, publicada em 12 maio 2010.

58 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 316-317.

tísticos, culturais, benevolentes e desportivos —, na sociedade comercial, há o almejo lucrativo; os sócios têm o propósito de unir ânimo e recursos para desenvolver uma atividade comum e dividir os resultados obtidos⁵⁹. Não por acaso, o art. 113, I⁶⁰, do PL nº 1.572/11, elege a *liberdade de associação* como *princípio do direito comercial societário*.

Ao se referir à liberdade de associação, a Constituição o faz em forma múltipla, garantindo-a para fins lícitos, independentemente de autorização, e vedando a interferência estatal em seu funcionamento, dispondo que eventuais dissoluções compulsórias ou suspensão de atividades só podem ser feitas mediante decisão judicial. Prevê, ainda, que *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*.

Bem se vê, a Lei Maior brasileira, tal qual a portuguesa, dirige comandos de garantia para os indivíduos e de abstenção para o Estado. Nada impede que, deles, se derivem outros implícitos, tais como os direitos de não pagar quotizações para associação em que não esteja inscrito, auto-organização, prossecução dos seus fins, filiação a federações e organizações congêneres e respeito ao princípio majoritário como forma de solução de controvérsias internas⁶¹.

3.3 Liberdade de Contrato

O princípio da autonomia privada não está expresso na Cons-

59 WALD, Arnoldo. Sociedade limitada. necessidade de aprovação do quotista na transferência de quotas. direito de bloqueio. direito do sócio remanescente de não subscrever o acordo de quotistas com o adquirente de quotas do outro sócio. quebra da affectio societatis e conflito de interesses. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. Foro competente, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 27, p. 141-163, jan/mar. 2005, p. 154.

60 “Art. 113. São princípios do direito comercial societário: I — liberdade de associação; (...)”

61 MIRANDA, Op. cit. p. 476-477. Nesse sentido, também, HESSE, Op. cit. p. 318-319.

tuição, tampouco na legislação civil. Historicamente, a liberdade de contrato se realiza nas relações jurídico-econômicas, isto é, em vínculos necessários à produção e circulação de bens e serviços, havendo indiscutível relação de *pertencimento* entre a livre iniciativa e autonomia privada, sendo os atos em que esta se manifesta, também, expressão daquela⁶².

De certo, mostra-se impossível falar-se em *liberdade de empreender economicamente* e de *associação* sem se vislumbrar, implicitamente, a *liberdade contratual*. Na medida em que o sistema jurídico reconhece livre iniciativa como fundamento — causa; razão de ser — da ordem econômica constitucional, o *feixe de contratos* derivado da organização mercantil passa a ser essencial no processo de produção de bens — alocando os recursos eficientemente — e prestação de serviços — permitindo o fornecimento da força do trabalho por meio de relações trabalhistas ou civis.

Em outras palavras, a liberdade de iniciativa contém a liberdade *negocial*. Por esta, *se coloca a salvo o poder de autodeterminação* exercido *dentro dos limites da lei* visando à prática, abstenção, ou fixação do conteúdo de pactos dotados de eficácia jurídica⁶³. Fala-se, então, no manejo de contratos, isto é, negócios jurídicos multilaterais surgidos por meio de consentimentos válidos, emanado de vontades livres, e pressupondo a conformidade com a ordem legal, visando à produção dos efeitos pretendidos pelas partes, ou seja, a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações entre estas e, eventualmente, terceiros⁶⁴.

62 AMARAL, Op. cit. p. 235.

63 DINIZ, Op. cit. p. 134; AMARAL, Op. cit. p. 222 [(...) *no campo específico do direito civil, a proteção constitucional da Liberdade de iniciativa econômica pode significar igual proteção da autonomia privada e da liberdade contratual* (...)].

64 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 59; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-18.

A existência de limites não prejudica o aspecto *livre* da liberdade contratual. A necessidade de observância da função social, bem como de os pactuantes serem obrigados a preservar os princípios da probidade e da boa-fé, exsurge tão somente para preservar os interesses sociais e extra-sociais que gravitam em torno da sociedade. Confe-re-se, assim, unidade ao sistema jurídico.

Embora o Código Civil preveja diversas formas de contratos *civis* e *empresariais*, as partes podem estipular, em regra, pactos atípicos, desde que aquelas sejam capazes e estes tenham um objeto lícito, possível e determinável⁶⁵. Entretanto, no que compete aos contratos *societários*, a legislação pátria veda a contratação atípica de formas de sociedades⁶⁶, devendo os sócios optar pelo desígnio de um dos modelos existentes no diploma substantivo civil brasileiro, de acordo com suas preferências e as particularidades da atuação do agente econômico sobre o mercado. Entre tais estruturas normativas, está a das sociedades limitadas.

A pactuação de uma sociedade empresária sujeita os sócios a todas as normas que regem a *ordem econômica*, mormente aos seus princípios, bem como às regras cogentes infraconstitucionais, mantendo-se, sob esses parâmetros, a faculdade de os sócios disciplinarem as necessidades específicas de seu empreendimento, seja em sua forma, conteúdo ou contornos específicos⁶⁷.

65 Código Civil. “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I — agente capaz; II — objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III — forma prescrita ou não defesa em lei. (...). Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (...) Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

66 Código Civil “Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.”

67 MAMEDE, Op. cit. p. 46; “(...) a sociedade pode ser dissolvida judicialmente, por pedido de qualquer dos sócios, quando anulada a sua ou exaurido o fim social, ou, ainda, se verificada a sua inexecuibilidade. Convém frisar, também, que o contrato social pode instituir outras cau-

Diferente dos contratos em geral, o contrato de sociedade, enquanto espécie de contrato associativo, se sustenta em particularidades epistemológicas. Tradicionalmente, aqueles são formalmente classificados em *unilaterais* ou *bilaterais*, de acordo com a existência de obrigações para apenas um, ou para mais de um polo da relação negocial, respectivamente. Ocorre que, sejam unilaterais — *v.g.*, uma doação pura —, sejam bilaterais — *v.g.*, uma locação —, os contratos em geral disciplinam a convergência de vontades entre interesses opostos. Assim, em uma doação, o interesse do doador é doar uma coisa; do donatário, recebe-la; em uma locação urbana, o interesse do locador é receber os aluguéis; do locatário, a posse do bem.

A referida lógica não se adequa ao contrato de sociedade, o qual foi antevisto por Tullio Ascarelli como plurilateral⁶⁸. Nos contratos plurilaterais, os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum⁶⁹. *Esta, nas sociedades mercantis, se identifica com os chamados interesses sociais lato sensu*, ou seja, aqueles que são, simultaneamente, de titularidade dos sócios e da própria sociedade. Permanentemente, são identificados como o lucro (*interesse final*), o cumprimento do objeto social, a honra objetiva, a superação de conflitos pelo princípio majoritário e a gestão juridicamente correta.

Outra característica do contrato plurilateral é a que *todas as partes* têm direitos e obrigações *entre si*, em uma espécie de *círculo*, contrapondo-se à ideia de *linha* dos contratos em geral⁷⁰. Exemplificativamente, se Lucas, Mariana e Igor constituem uma sociedade limitada, a condição de sócio gera direitos e obrigações de Lucas em face

sas de dissolução da sociedade, além das previstas em lei, as quais dependeram de declaração judicial, se forem contestadas.” [PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Apelação Cível nº 2516298/PR. Paraná, 6 ago. 2004].

68 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

69 Ibid. p. 290.

70 Ibid. p. 287.

de Mariana e de Igor. Por outro lado, se Lucas e Mariana têm um apartamento, e o emprestam, gratuitamente, para Igor, este comodato não gera direitos e obrigações para Lucas e Mariana entre si. Vê-se, assim, que os contratos em geral permitem uma situação inviável do ponto de vista plurilateral.

Diga-se, também, que os *direitos dos sócios, entre si*, são qualitativamente comuns⁷¹: a todos são conferidas prerrogativas de votação, fiscalização, informação, participação nos lucros, entre outras. Naturalmente, de acordo com a estrutura política societária, calcada no princípio majoritário, tais direitos podem ser *quantitativamente* distintos ou flexibilizados. Por essa razão, omissis o contrato social, não poderá um consócio com 10% de participação no capital social se opor, solitariamente, à cessão de quotas de um par.

Ainda em contraposição aos contratos em geral, os contratos plurilaterais são, sempre, de execução continuada⁷². Um contrato de sociedade não se extingue com o cumprimento de obrigações sociais pelos quotistas, *v.g.*, participação em deliberações sociais, designação de administradores, aprovação de contas ou fiscalização. Sua extinção se dá, tão somente, no momento em que a *organização* se torna economicamente inviável ou não se faz mais necessária.

Na mesma linha, enquanto os primeiros não costumam comportar uma pluralidade de partes maior do que a existente no momento da formação do contrato — na fixação dos direitos e obrigações recíprocas —, os segundos são abertos⁷³, *permitindo, mediante a satisfação de determinadas condições* — *v.g.*, capitalização, dissolução parcial, alienação ou cessão gratuita de quotas societárias —, que partes se retirem ou ingressem — ilimitadamente — na socieda-

71 Ibid. p. 295.

72 Ibid. p. 293.

73 Ibid. p. 302-303.

de sem que seja necessária uma reforma substancial⁷⁴ nas cláusulas do contrato.

3.4. Liberdade de Ação Profissional

A liberdade de ação profissional diz respeito ao desenvolvimento da personalidade na perspectiva econômica, tratando-se tanto de uma finalidade quanto de um fundamento da vida pessoal, ao mesmo tempo em que viabiliza a contribuição social pelo indivíduo⁷⁵. Como leciona Konrad Hesse⁷⁶, ela indica toda atividade que, para o particular, é a base da vida, e pela qual ele fornece sua contribuição para a produção global social, independentemente de essa atuação ser autônoma, não autônoma, pública ou privada.

Como já visto, foi sob essa faceta que a primeira Constituição republicana brasileira, em seu art. 72, § 24, fez referência à livre iniciativa. Ainda hoje, a Lei Fundamental assevera a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais estabelecidas pelo sistema jurídico constitucional e infraconstitucional, nos termos do seu art. 5º, XIII. O Direito comparado é, igualmente, pródigo em estatuir a liberdade de ação profissional como *direito fundamental*, tal qual fazem as constituições portuguesa⁷⁷, italiana⁷⁸, espanhola⁷⁹, alemã⁸⁰ e argentina⁸¹.

74 Diz-se desse modo, afinal, pelo menos alterações na descrição dos sócios e de suas participações serão necessárias.

75 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, Op. cit. p. 486-487. Não por acaso, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* são fundamentos republicanos (CF, art. 1.º, IV).

76 Op. cit. p. 322.

77 “Artigo 58.º Direito ao trabalho (...). 1. Todos têm direito ao trabalho. (...)”

78 “Art. 4º La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.”

79 “Artículo 35 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda

Malgrado a Constituição fale tão-somente em *exercício*, a liberdade ora enfocada abrange, também, a opção pela profissão predileta. De fato, a percepção da liberdade é indispensável, impondo-se ao Estado, inclusive em sua função jurisdicional, a abstenção de intervenções destinadas a impedir ou restringir escolhas ou modalidades de exercício de profissões ou atividades comerciais⁸². A regra é, portanto, o não embaraçamento às escolhas laborais, desde que não haja lei que estatua condições ou qualificações especiais para o exercício do trabalho⁸³.

Quando se fala em *lei*, deve-se entendê-la em sua acepção ampla, afinal, a própria Constituição Federal restringe o acesso a algumas funções públicas apenas a brasileiros — excluindo-se, assim, os estrangeiros residentes no país —, condicionando tal exercício, em regra, à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos⁸⁴.

hacerse discriminación por razón de sexo. (...)”

80 “Artikel 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht. (...)”

81 Art. 14.

82 RUFFIA, Op. cit. p. 863-864; HESSE, Op. cit. p. 322; CRISAFULLI e PALADIN, Op. cit. p. 285 [Dall'art.4 è ricavabile anche — a differenza dei profili finora trattati — una situazione giuridica perfeta, consistnte nella libertà di lavorare, vale a dire nella presa a chè i pubblici poteri si astengano da qualsiasi intervento rivolto ad impedire l'attività di lavoro dei privati, la scelta ed il modo di esercizio di una professione, attività mestiere. (...) Sotto questo profilo, il lavoro viene in considerazione come fondamentale diritto di libertà della persona umana].

83 Nesse sentido, Cf. DINIZ, Op. cit. p. 134-135. [(...) *autodeterminação de cada ser humano sobre sua própria força de trabalho e de escolher a atividade que melhor lhe aprouver* (...)].

84 SILVA, Op. cit. p. 257-258; FIGUEIREDO, Op. cit. p. 63. Constituição Federal de 1988. “Art. 12. (...) § 3º — São privativos de brasileiro nato os cargos: I — de Presidente e Vice-Presidente da República; II — de Presidente da Câmara dos Deputados; III — de Presidente do Senado Federal; IV — de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V — da carreira diplomática; VI — de oficial das Forças Armadas. VII — de Ministro de Estado da Defesa. Art. 37. (...) I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos

Para o Supremo Tribunal Federal⁸⁵, a limitação do exercício profissional só se justifica quando houver relevante necessidade de proteção da ordem pública ou dos direitos individuais, na eventualidade da atração de riscos sociais, como ocorre com os resultados práticos advindos da engenharia, da medicina e da advocacia.

4. Direitos Fundamentais e Livre Iniciativa

4.1. Breves apontamentos sobre os Direitos Fundamentais

Como se infere do subtítulo, pretende-se, neste momento, fazer *breves* apontamentos sobre os direitos fundamentais. O destaque ao teor não analítico das próximas linhas tem sua razão de ser. Se, de um lado, é certo que a categorização da livre iniciativa enquanto direito fundamental, e a consequente consideração de suas hipóteses de restrição, são preciosos ao desenvolvimento deste trabalho, de outro, o seu aprofundamento traria um malquerido desvio de foco ao desenvolvimento proposto.

Ante tais observações, estabeleço como premissa conceitual de direitos fundamentais a formulada por Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis⁸⁶, a qual os define como:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais — ou com força jurídica constitucional — e

estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...).”

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 414426. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Brasília, 12 de agosto de 2011.

86 MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

que, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Reputo o conceito moderno e consonante ao sistema jurídico brasileiro, mormente em face da adoção da *concepção material (aberta) de direitos fundamentais* pelo art. 5º, § 2º e 3º⁸⁷, da Constituição Federal, que repudia eventuais formulações conceituais que se prestem a enxergar como *fundamentais* apenas os direitos inscritos no seu Título II (arts. 5º a 17). Com efeito, nada impede o reconhecimento de direitos público-subjetivos que, embora estejam *geograficamente* posicionados fora do Título II da Constituição, são fundamentais. Nesse sentido, aliás, vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal (STF)⁸⁸.

87 “Art. 5º (...). § 2º — Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (...)”. Cf. MENDES e BRANCO, Op. cit. p. 200; SARLET, MARINONI e MITIDIERO, Op. cit. p. 267-272.

88 Cf. Súmula Vinculante nº 25; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, Relator: Ministro Sidney Sanches, Tribunal Pleno, Publicação: DJ, em 18-3-94; Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Publicação: DJ, em 25-9-2009. Na doutrina, SARLET, MARINONI e MITIDIERO (Op. cit. p. 282-283) expõem rol exemplificativo calcado em diversos estudos [(...) *é possível elencar alguns exemplos de direitos fundamentais sediados em outras partes do texto constitucional, sem prejuízo de outros que poderiam ser incluídos na listagem: o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I), os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, VI e VII), assim como o direito dos servidores públicos à estabilidade no cargo (art. 41), que, ademais, constitui verdadeira garantia da cidadania. Poder-se-ia cogitar, ainda, da legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (art. 61, § 2º), que, agregado ao art. 14, III, pode ser considerado como autêntico direito de participação política. Da mesma forma ocorre com a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), bem como as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, I a VI). No âmbito do direito à educação (art. 6º e 205), é possível mencionar as dimensões mais específicas da liberdade de ensino e pesquisa (art. 206) e o direito subjetivo ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), seguido da garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215). Também o direito à proteção do meio ambiente (art. 225)*

Classicamente, consagra-se a existência de quatro *gerações* ou *dimensões* de direitos fundamentais. A *primeira* abarca os direitos da *liberdade*, primeiros a constar nos instrumentos normativos constitucionais ocidentais, tendo por titular o indivíduo, que pode exercer a resistência e a oposição perante o Estado; a *segunda* envolve os direitos atinentes à *igualdade*, a saber, os sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos; a *terceira* alberga os consectários da *fraternidade*, quais sejam, o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e a comunicação; por fim, a *quarta* representa a *globalização política*, filiando-se aos ideais de democracia, informação e pluralismo⁸⁹.

Os direitos fundamentais conferem aos seus titulares uma pretensão de adoção de comportamentos positivos, negativos ou de sujeição em face do Estado (eficácia vertical) ou dos próprios particulares (eficácia horizontal), fornecendo diretrizes vinculantes para a atuação do Poder Público — incluído, aqui, o Poder Judiciário⁹⁰. A

já encontrou ampla acolhida na doutrina e jurisprudência brasileira. Ainda *na esfera da ordem social, assumem relevo os exemplos da igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º), o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório (art. 227, § 6º), o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado (art. 226, § 7º), o direito à proteção da entidade familiar (art. 226), bem como o direito à proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227)*. Conquanto não se esteja, aqui, concordando com o caráter fundamental de todos os direitos supra-arrolados, é certo que, para cada um deles, há fortes argumentos nesse sentido, sempre amparados na concepção material.

89 BONAVIDES, Op. cit. p. 562-571; MENDES e BRANCO, Op. cit. p. 168; Cf., ainda, com visão crítica quanto às nomenclaturas, MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 20-24.

90 HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podvim, 2010, p. 348; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-22. [*Os direitos fundamentais e sua especial garantia se propõem, a partir da tradição e do desenvolvimento histórico alemão, a prevenir ataques do Estado à esfera de existência individual (...). Ao sentido negativo ou de defesa se acrescenta uma significação positiva não menos importante: trata-se, também, de que a pessoa faça uso dessa liberdade. Só mediante uma tal atualização podem-se tornar realidade a autodeterminação do indivíduo e sua participação responsável na vida política, social, econômica e cultural e pode cobrar vida a ordenação de uma sociedade constituída em liberdade (...)*].

estruturação jurídica dessa ideia remonta à histórica⁹¹ *teoria dos status*, de Georg Jellinek⁹². Para o jurista alemão, identificam-se os seguintes *status* nos direitos fundamentais: (i) *negativo*, que exige do Estado uma esfera de atuação protetora de ingerências indevidas, garantindo-se a liberdade⁹³; (ii) *positivo*, assegurando a utilização, pelos indivíduos, das instituições estatais para exigir prestações específicas, como os direitos sociais⁹⁴; e (iii) *ativo*, pelo qual se permite ao cidadão a participação efetiva na formação da vontade estatal, *v.g.*, exercendo direitos políticos⁹⁵.

Embora não esteja alçado a grau de *tópico* em sua obra, Jellinek também apresenta o *quarto status* — o *passivo (subiectiones)* — ao abordar as relações do indivíduo com o sistema de direito público. Nesse ponto, depreende-se que o indivíduo está subordinado aos poderes estatais, legitimando-se contenções ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, em benefício de outros titulares⁹⁶.

91 PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 51-54; ALEXY, Op. cit. p. 254-268; MENDES e BRANCO, Op. cit. p. 187-188; MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 48-52; HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podvim, 2010, p. 348; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 4. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 87-90.

92 JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. 2. ed. Tradução de Gaetano Vitaliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

93 JELLINEK, Op. cit. p. 105-126; Cf. HESSE, Op. cit. p. 46 [...] *os direitos fundamentais impõem claramente a ação estatal nas condições expostas; regulam, pois, a questão do sim, do pressuposto dessa atuação (...)*; PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 51-52; MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 49-50; ALEXY, Op. cit. 258-262.

94 JELLINEK, Op. cit. p. 127-150; Cf. PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 52-53 [*Este é o estado em que o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado, mas em que depende de medidas do Estado para a criação e conservação da sua existência livre. Este estado encontra-se conformado e assegurado nos direitos fundamentais quando e na medida em que sejam direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento. (...)*]; HESSE, Op. cit. p. 39; ALEXY, Op. cit. 263-267; MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 51.

95 JELLINEK, Op. cit. p. 151-212; Cf. ALEXY, Op. cit. p. 269 [*As posições do status ativo estão sempre ligadas às posições dos outros status, pois o exercício de uma competência é sempre obrigatório ou proibido (status passivo) ou facultativo (status passivo)*]; PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 53-54; HESSE, Op. cit. p. 38; MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 52.

A temática desse trabalho atrai, particularmente, interesse sobre o *status passivo*, o qual possibilita amplas espécies de contenções aos direitos fundamentais, tais como *restrições, limitações, condicionamentos, regulamentações, concretizações legislativas, autorrupturas, deveres e suspensões*⁹⁷, *sem que, com isso, possa se falar em extin-*

96 JELLINEK, Op. cit. p. 96-97. [*Per effetto della subordinazione allo Stato, che forma la base di ogni attività statale, l'individuo entro la sfera dei suoi doveri individuali, si trova nello status passivo (passiven Status), nello status sbiectionis, nel quale è esclusa l'autodeterminazione, e quindi la personalità. Una personalità assoluta dell'individuo, non subordinata, in massima, in alcuna maniera alla volontà dello Stato è una cumaezione incompatibile con la natura dela Stato (...)]. Cf. ALEXY, Op. cit. p. 256-257.*

97 “A restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objectiva; o limite ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de carácter geral, válidas para quaisquer direitos [a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática (...)]. O limite pode desembocar ou traduzir-se qualificadamente em condicionamento, ou seja, num requisito de natureza cautelar que se faz depender o exercício de algum direito, como a prescrição de um prazo (para o seu exercício), ou de participação previa (v.g., para realização de manifestações), ou de registro (para o reconhecimento da personalidade jurídica de associação), ou de conjugação com outros cidadãos num número mínimo (para a constituição de partidos), ou posse de documentos (por exemplo, passaportes), ou de autorização vinculada (para a criação de escolas particulares e cooperativas). O condicionamento não reduz o âmbito do direito, apenas implica, umas vezes, uma disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes um ónus. Uma coisa é a regulamentação ou preenchimento ou desenvolvimento legislativo (ou, porventura, convencional) do conteúdo do direito; outra coisa a restrição ou diminuição ou compressão desse conteúdo. Uma coisa é regulamentar, por razões de certeza jurídica, de clarificação ou de delimitação de direitos; outra coisa é restringir com vistas a certos e determinados objetivos constitucionais. (...) muito menos se confunde a restrição com a concretização legislativa, destinada a conferir, total ou parcialmente, exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. (...) Um quid é a auto-ruptura material ou edição de preceito constitucional geral e concreto ou, em certos casos, individual e concreto; outro a restrição, necessariamente contida em norma geral e abstracta. A auto-ruptura é uma excepção à regra constitucional geral (...); *a restrição uma decorrência de certa regra ou de certo princípio em face de outra ou outro. E no domínio dos direitos, liberdades e garantias, a auto-ruptura ou quebra da Constituição apenas pode ocorrer, como se sabe, por força de normas constitucionais originárias, nunca por força de revisão constitucional. A restrição distingue-se do dever, pela sua completa falta de autonomia, por se situar no plano do conteúdo de certo direito e só fazer sentido por referência a ele. O dever é uma*

ção daqueles. Entre as hipóteses de admissão dessas contenções, costumam ter destaque doutrinário⁹⁸: (i) quando o exercício do direito fundamental *extrapola a sua área ou âmbito de proteção*, v.g., o direito de associação para propósitos comerciais é livre, mas pode ser vedado diante de um objeto ilícito; e (ii) se o Estado, com ou sem prévia reserva legal, regulamenta um direito fundamental, v.g., dever dos administradores de sociedades limitadas de prestar contas e as formalidades de convocação de assembleias.

4.2. Categorização da Livre Iniciativa enquanto Direito Fundamental

Já se viu que a *liberdade* se apresenta como um *direito fundamental de primeira dimensão*, enquadrado na categoria do *status negativo* de Georg Jellinek, pelo qual se permite aos indivíduos a oposição diante das ingerências ilegítimas do Estado.

De fato, a *liberdade de iniciativa* é semelhante às demais asseguradas pela Constituição. No campo particular, pode ser exercida *livremente* dentro de seu âmbito de proteção, tal qual ocorre com as liberdades de locomoção, crença, sexual, imprensa e expressão. Tra-

situação jurídica passiva, traduzido na imposição a alguém de agir ou não agir de alguma maneira; já a restrição se prende ao perfil específico de alguns direitos, ao modo como se apresentam na vida jurídica e à proteção que, assim vêm a receber. O dever (não fundamental) pode não constar da Constituição; a restrição tem sempre de nela se estear, imediata ou mediadamente. Finalmente, são diversos os conceitos de restrição e de suspensão. A restrição atinge um direito a título permanente, e sempre apenas parcialmente; a suspensão, provocada por situações de necessidade, atinge um direito a título transitório, equivale a um eclipse. A restrição apaga uma parcela potencial do direito; a suspensão paralisa ou impede, durante algum tempo, o seu exercício, no todo ou em parte (e, só neste caso acaba, por ventura, por corresponder a uma restrição.)". MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 4. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 239-241. Contra, entendendo boa parte dessas espécies com sinônimos, PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 94.

98 MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 142-145; HESSE, Op. cit. p. 51-53; MENDES e BRANCO, Op. cit. p. 239-254; SARLET, MARINONI e MITIDIERO, Op. cit. p. 327-348.

ta-se do *viés econômico do direito à liberdade*. Por isso, as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o seu conteúdo essencial, como um *direito fundamental*, funcionando como um limite negativo à atuação dos poderes estatais⁹⁹.

Anteriormente, viu-se que a Constituição categorizou as *liberdades de associação* e *ação profissional* como direitos fundamentais. Ocorre que, muito embora as *liberdades de empreender economicamente* e de *contrato* — *facetas subjacentes da livre iniciativa* — não estejam taxativamente consignadas como direitos fundamentais, vige no Brasil a concepção material albergada pelo art. 5º, § 2º, da Lei Maior.

Ora, sendo livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, esse regime de liberdade abrange, também, o de *empreender economicamente*, o que só pode ser possível diante da possibilidade de exercício da autonomia de vontade mediante a formação de contratos¹⁰⁰.

Tutela-se, nesse liame, a livre iniciativa, configurada como um *direito público-subjetivo de pessoas físicas ou jurídicas* que está *expressamente contida em dispositivos constitucionais de força normativa suprema dentro do Estado*, seja como fundamento da ordem econômica¹⁰¹, seja por suas facetas¹⁰², *limitando o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*, só podendo ser restrita (*status negativo*) em hipóteses específicas, como a extrapolação de seu âmbito de proteção e a regulamentação estatal condizente ao seu conteúdo.

Trata-se, portanto, de direito fundamental.

99 PÉTTER, Op. cit. p. 180.

100 Loc. cit.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Estampa, 1986, p. 293-295.

101 BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 170, *caput*.

102 BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 5º, XIII, XVII, XVIII e XX; art. 170, Parágrafo Único.

5. A constitucionalidade abstrata da intervenção judicial nominativa

5.1. Mapeamento do problema posto

Diuturnamente, conflitos entre sócios e sócios-administradores de sociedades mercantis saem do plano real para o processual, abarrotando o Poder Judiciário com medidas¹⁰³ visando à destituição liminar (ou cautelar) de algum sócio da gestão do empreendimento conjunto, em virtude de ações ou omissões que configurem *falta grave* aos deveres próprios ao encargo. Como a sociedade não pode ficar sem comando e representação, é comum que tais pleitos sejam cumulados com o pedido de nomeação de *administradores* ou *interventores judiciais*.

Os administradores judiciais são auxiliares da justiça provisoriamente designados para gerir, cogerir ou fiscalizar a gestão da sociedade em conflito. A finalidade precípua da nomeação desses interventores é a cooperação com o Poder Judiciário, no sentido de *preservar o interesse social* até que haja uma cognição posterior ou exauriente sobre o conflito levado à tutela estatal.

Contudo, a legislação brasileira é lacunosa no oferecimento de parâmetros ou autorizações para a intervenção judicial nominativa supracitada, gerando insegurança na concretização desta medida por parte dos tribunais¹⁰⁴. Em pesquisa paradigmática realizada sobre acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) com base na jurimetria, Marcelo Guedes Nunes¹⁰⁵ verificou que apenas

103 Geralmente, medidas cautelares preparatórias para procedimentos dissolutivos parciais e dissoluções parciais com pedidos cautelares incidentais ou de tutela antecipada.

104 Cf. LEITE, Marcelo Lauar. Diálogos sobre a normatividade da administração judicial no Brasil, *Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE)*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 13, p. 51-82 jul/dez. de 2013.

105 Intervenção judicial liminar na administração de sociedades. In: CASTRO, Rodrigo R. Mon-

16,66% das decisões que se debruçaram sobre a nomeação de administradores judiciais tiveram motivação *legal*. Das demais, 8,33% o fizeram com base doutrinária. Nenhum, com base jurisprudencial. Em paralelo, *todas* se referiram às necessidades práticas (fáticas) de um interventor provisório, para atenuar as consequências da quebra da *affectio societatis*, viabilizar a gestão ordinária ou verificar as acusações levadas à tutela jurisdicional. Nelas, os aplicadores do direito se limitaram a apresentar um raciocínio consequencialista, pelo qual os benefícios decorrentes da atuação do gestor externo nomeado pelo Poder Judiciário foram ressaltados¹⁰⁶.

Quando buscaram amparo na lei, os julgados analisados se limitaram a referências processuais, usualmente, o *poder geral de cautela*, hoje regulado pelo art. 297, *caput*¹⁰⁷, do *Código de Processo Civil (CPC)*, o qual autoriza o magistrado a determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

A questão é um tanto quanto mais complexa. Bem se sabe, há debates parlamentares atinentes à superveniência de um novo Código Comercial. Na Câmara dos Deputados, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei (PL) nº 1.572/2011; no Senado Federal, foi constituída, em maio de 2013, uma Comissão de Juristas para a elaboração de um anteprojeto, calcado naquele já existente perante a Câmara dos Deputados, com o fim de dar celeridade aos debates nas duas casas parlamentares. Em novembro de 2013, o dito objeto foi entregue ao Presidente do Senado Federal, convertendo-se no PL nº 487/2013. Em ambos os Projetos¹⁰⁸, foram estatuídos microparâmetros para a admi-

teiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura (org.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 83-133.

106 NUNES, Op. cit. p. 119.

107 Correspondente, no diploma adjetivo civil recém-revogado, ao art. 798: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

nistração judicial de sociedades em conflito corporativo. Contudo, a incontestável leniência parlamentar brasileira não permite fazer prognósticos acerca da eventual promulgação e vigência de um novo Código Comercial, de modo que se perquirir, nesse trabalho, apenas o direito posto.

Ocorre que, independentemente da superveniência de tais microparâmetros, deve-se, antes, perquirir a validade *constitucional* de intervenções dessa ordem. Em outras palavras, faz-se necessário averiguar se, diante do sistema constitucional brasileiro — que tem a liberdade de iniciativa como fundamento, causa e razão de ser da ordem econômica —, está abstratamente autorizada uma tutela jurisdicional que venha a ir de encontro aos atos constitutivos societários, suprimindo, ainda que provisoriamente, o exercício da gestão corporativa por administradores legitimamente constituídos via contrato.

Sendo a resposta negativa, isto é, vista como inconstitucional uma tutela dessa ordem, não apenas as intervenções calcadas no art. 297, *caput*, do CPC devem cessar, mas, também, as lastreadas em qualquer dispositivo *legal* autorizador que venha a ser eventualmente promulgado — falo, aqui, das previstas nos Projetos do novo Código Comercial. Se a resposta for positiva, ou seja, vista a intervenção como constitucionalmente permitida, aí, então, poder-se-á estipular e investigar microparâmetros, haja vista o fundamento de validade superior.

5.2. Livre iniciativa e interesse social como alicerces de justificação

No Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal¹⁰⁹ e na

108 Arts. 1.017 a 1.024 do PL nº 487/2013 e art. 123 do PL nº 1.572/2011.

109 “Artigo 86º (Empresas privadas) (...) 2. O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial”. Apesar do caráter genérico do preceito albergar, a nosso ver — *embora*

Espanha¹¹⁰, a intervenção do Estado na gestão das sociedades empresárias não tem guarida constitucional explícita. Com efeito, a nomeação de administradores judiciais apresenta-se como uma das formas mais gravosas de intervenção judicial sobre o funcionamento das sociedades limitadas, convido indagar a sua constitucionalidade ante aos parâmetros constitucionais subjacentes.

Linhas atrás, desenvolveu-se o conteúdo normativo do direito fundamental à livre iniciativa, por meio de suas facetas. Entre elas, estão as liberdades de empreender economicamente e contrato, das quais decorre a franca opção, pelos sócios de uma sociedade limitada, do objeto, lugar, tempo e forma da organização mercantil. Consequentemente, *é prerrogativa daqueles a escolha de quem exercerá a administração societária¹¹¹, o que será feito por meio do contrato social ou de ato em separado.*

Baseada na livre iniciativa, a escolha dos administradores não é um ato permanente, facultando-se aos sócios a *mudança na gestão societária*. Omissa o contrato social, submetem-se os quotistas ao *status passivo* de sujeições estatais, tendo o legislador imposto dificuldades para o afastamento dos administradores. Quanto a estas, diferem de acordo com a existência ou inexistência de justa causa para a destituição.

não exclusivamente —, a intervenção judicial temporária visando a dirimir conflitos societários, esta não é a opinião de Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1.016), para quem “(...) não entra no conceito de intervenção na gestão para efeito deste preceito a suspensão ou interdição ou inibição dos gestores de empresas privadas (ou quaisquer outras), por acto de autoridade pública (designadamente por via judicial, ou por decisão de autoridade reguladora, sob reserva de confirmação judicial), em caso de infracção grave às normas que regem a vidas das empresas ou os mercados”.

110 “Artículo 128 (...) 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

111 Aliás, *elemento essencial da liberdade de empresa é o direito do seu titular a geri-la* (CANOTILHO e MOREIRA, Op. cit. p. 1.015).

Tratando-se de destituição imotivada, ela somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social¹¹². Se a assunção do encargo administrativo tiver se dado em ato separado ao contrato social, demanda-se a aprovação de mais da metade do capital social¹¹³.

A sistemática, embora clara, é de difícil concretização prática. Diz-se isso amparado em pesquisa jurimétrica realizada sobre dados da Junta Comercial do Estado de São Paulo, pela qual 98,34% das sociedades limitadas não têm administrador profissional¹¹⁴. Nesse contexto, parece razoável esperar que a assunção do encargo administrativo se dê, na hercúlea maioria dos casos, por meio do contrato social, atraindo, assim, a necessidade de aprovação de dois terços do capital social. Entretanto, *mais da metade das vezes, a sociedade simplesmente não tem um sócio controlador, havendo participações idênticas (fifty-fifty) em 44,91% das sociedades limitadas*¹¹⁵. Logo, seria impossível a destituição imotivada em sociedades assim constituídas, restando ao(s) descontente(s) a negociação visando a uma alteração amigável na gestão ou, ainda, o exercício do direito de (*livre*) retirada da associação mercantil.

Entretanto, há casos em que a manutenção do exercício da

112Código Civil. “Art. 1.063. O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição, em qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.

§ 1ºTratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa. (...)”

113“Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: (...) II — pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; (...)”

114MATTOS FILHO, Ary Oswaldo *et al. Radiografia das sociedades limitadas*. Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/nucleo-de-pesquisas/nucleo-de-estudos-mercados-investimentos>. Acesso em: 17 abr. 2015, p. 4.

115Ibid. p. 5.

administração por qualquer um dos sócios¹¹⁶ se mostra, supervenientemente, contrária aos interesses sociais, prejudicando os propósitos lucrativos, o cumprimento do objeto social, a honra objetiva ou a conformidade jurídica da gestão societária. *A contrariedade aos interesses sociais configura, a meu ver, justa causa para a destituição societária.*

No Direito Comparado, o Código Comercial Francês¹¹⁷ e o Código Civil Português¹¹⁸ preveem a possibilidade de afastamento de administradores por justa causa. No Brasil, a destituição de administradores nessas condições não é explicitamente disciplinada pelos artigos codificados que tratam da sociedade limitada, exurgindo, na omissão do contrato social¹¹⁹, o uso integrativo e analógico do arca-

116 Se a administração for feita por terceiros, simplesmente não há *interesse de agir* em demandas judiciais interventivas.

117 "Article L223-25. Le gérant peut être révoqué par décision des associés dans les conditions de l'article L. 223-29, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts. *En outre, le gérant est révocable par les tribunaux pour cause légitime, à la demande de tout associé.* Par dérogation au premier alinéa, le gérant d'une société à responsabilité limitée exploitant une entreprise de presse au sens de l'article 2 de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse n'est révocable que par une décision des associés représentant au moins les trois quarts du capital social." (Grifou-se).

118 "Artigo 257.º (Destituição de gerentes) (...) 2. O contrato de sociedade pode exigir para a deliberação de destituição uma maioria qualificada ou outros requisitos; se, porém, a destituição se fundar em justa causa, pode ser sempre deliberada por maioria simples. 3. A cláusula do contrato de sociedade que atribui a um sócio um direito especial à gerência não pode ser alterada sem consentimento do mesmo sócio. Podem, todavia, os sócios deliberar que a sociedade requeira a suspensão e destituição judicial do gerente por justa causa e designar para tanto um representante especial. 4. Existindo justa causa, pode qualquer sócio requerer a suspensão e a destituição do gerente, em ação intentada contra a sociedade. 5. Se a sociedade tiver apenas dois sócios, a destituição da gerência com fundamento em justa causa só pelo tribunal pode ser decidida em ação intentada pelo outro. 6. Constituem justa causa de destituição, designadamente, a violação grave dos deveres do gerente e a sua incapacidade para o exercício normal das respectivas funções. (...)."

119 "Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada

bouço normativo atinente às sociedades simples¹²⁰. Nesse sentido, o art. 1.019, caput¹²¹, do Código Civil, estatui que a justa causa, reconhecida judicialmente a pedido de qualquer sócio, independentemente de sua participação societária, pode ser motivo para a destituição do quotista-administrador investido neste encargo por cláusula expressa do contrato social.

Em regra, essa obrigatoriedade da tutela jurisdicional transfigura a relação entre os quotistas em uma batalha de acusações recíprocas, amparadas pela fragilidade do contrato social, e instruídas com documentos de procedência incerta, como recibos não timbrados, relatórios criados unilateralmente e menções à existência de graves violações, cujas provas — normalmente, perícias e testemunhas —, só serão produzidas na fase instrutória. Tal situação de conflito é incrementada em *fifty-fifty companies*, as quais correspondem, na antevista amostra, a 44,91% das sociedades limitadas.

Com a busca da tutela jurisdicional, o conflito suprarrelatado costuma¹²² vir acompanhado de um pedido liminar de afastamento do quotista-administrador ou, havendo pluralidade desta condição, de um deles. A seu turno, é esperado que o consócio judicialmente atacado reconvenha com pedidos congêneres, pondo o julgador em

pelas normas da sociedade anônima.”

120 Com efeito, os dados da pesquisa de MATTOS FILHO (Op. cit. p. 2) revelam que 63,20% das sociedades limitadas são microempresas ou empresas de pequeno porte e quase 80% têm até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) de capital social. Ante à baixa expressão econômica, aliado ao caráter pessoa, é válido presumir que tais sociedades não costumam eleger o regime da LSA como norma supletiva.

121 “Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios. (...)”

122 Em análise jurimétrica de tais pedidos, Marcelo Guedes Nunes (Op. cit. p. 89-90) identificou que 44,87% deles foram feitos em Ações de Dissolução Parcial por Exclusão; 33,33% em Medidas Cautelares inominadas; 6,41% em Ações de Dissolução Total; 5,13% em Ações de Dissolução Parcial por Retirada e 10,26% por outros meios processuais, *v.g.*, ações indenizatórias.

uma severa celeuma decisória, mormente em face da comentada usual fragilidade das provas documentais.

Em situações como essa, em que falhas na gestão são certas, mas existe dúvida entre a posição da razão frente aos interesses contrapostos, muitos magistrados findam por nomear terceiros como administradores judiciais para gerir, temporariamente, sociedades em conflito corporativo. Empiricamente, a nomeação de administradores externos para o exercício da gestão societária, pedida em 20,52% das demandas, tem deferimentos na metade delas em primeira instância, chegando a, aproximadamente, 80% em segundo grau de jurisdição¹²³.

A questão é, afinal, saber se tais intervenções na liberdade de iniciativa são constitucionalmente admitidas. Para responde-la, faz-se necessário verificar em que casos uma gestão societária — *exercida por pessoas livremente estipuladas pelos consócios* — não goza de proteção constitucional, ou seja, está fora do *âmbito de proteção* da liberdade de empreendimento econômico. Particularmente, convém perquirir se uma gestão juridicamente *incorreta* — um *não-interesse social* — pertence ou não ao âmbito de proteção da liberdade de empreendimento econômico.

A análise do âmbito de proteção de um direito fundamental contempla a verificação de restrições constitucionais ou de reservas de lei restritivas, ambas expressas¹²⁴. Conquanto a Lei Maior não preveja uma só linha de regras acerca da administração de sociedades mercantis, é certo, porém, que anteviu, explicitamente, a possibilidade de o legislador ordinário perfazer *restrições legais* à liberdade de empreendimento econômico, a teor do seu art. 170, Parágrafo Único,

123 NUNES, Op. cit. p. 93-96.

124 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.275-1.277; MENDES e BRANCO, Op. cit. p. 239; MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 129; SARLET, MARINONI e MITIDIERO, Op. cit. p. 327-335; PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 97-98.

pelo qual é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*”.

Bem, a lei não tutela a gestão societária juridicamente incorreta. Ao contrário, o ordenamento infraconstitucional se cerca de preceitos que admitem a destituição e responsabilização daqueles que, quebrando o dever de fidúcia inerente à administração societária, descumprem normas legais e contratuais¹²⁵. Assim, invariavelmente, *uma gestão juridicamente incorreta está fora do âmbito de proteção da liberdade de empreendimento econômico*.

Por esse ângulo, *uma tutela jurisdicional que afaste um administrador violador de interesses sociais do exercício de sua função não pode ser considerada uma contenção à livre iniciativa, na medida em que uma gestão contrária àqueles está fora do âmbito de proteção deste direito fundamental*.

Superada essa questão, segue carente de resposta a viabilidade constitucional de a tutela jurisdicional ser intrusiva a ponto de nomear um terceiro, ainda que temporariamente, para gestão da organização empresarial. Se, por um lado, o provimento judicial que substitui um quotista-administrador por um consócio parece se alinhar ao âmbito de proteção da livre iniciativa, por outro, a troca por alguém estranho ao ato constitutivo para o exercício da gestão empresarial faz exsurgir dúvidas sobre tal aderência, ainda que, em ambas as hipóteses, essas intervenções estejam justificadas no interesse social a uma gestão juridicamente correta.

A objeção natural à segunda hipótese é a de que a inserção de um terceiro estranho ao capital social na administração do agente econômico violaria a liberdade de contrato, afinal, a praxe mercantil

125 Em excesso de poderes, falha no dever de informação e violações ao *duty of loyalty* e ao *duty of care*. Para detalhes sobre as falhas e consequências de uma gestão juridicamente correta.

mostra que a maioria¹²⁷ dos atos constitutivos não prevê a hipótese de intervenção judicial. Ocorre que, ao admiti-la, seria impossibilitada qualquer tutela interventiva dessa natureza, ainda que se nomeasse um par quotista, afinal, o contrato social só teria estipulado o então gestor — cujo afastamento se pretende — como administrador. Estar-se-ia, também aqui, afrontando a liberdade de contrato. Ora, a organização empresarial é composta por um feixe de contratos, contendo-se, neste, o pacto com o administrador. A condução de uma gestão juridicamente incorreta, ou seja, ilícita por violação à lei ou aos negócios jurídicos, é uma violação àquele contrato, contra a qual o requerente do afastamento nem sempre consegue se opor extrajudicialmente, seja pela insuficiência de seu capital social, seja pelo judicial obrigatório previsto pelo Código Civil. A hipótese tratar-se-ia, assim, de preservação do âmbito de proteção da liberdade de contrato, uma vez que esta não contempla o desenvolvimento de objetos ilícitos — aludo, aqui, mais uma vez, ao objeto *gestão*, fruto de um dos contratos oriundos do feixe organizacional, qual seja, o entabulado com o *administrador*.

Mesmo assim, a nomeação de terceiros como gestores temporários se mantém estranhamente suspeita. A autorização ao exercício da administração por outro quotista permanece mais aceitável, provavelmente porque, embora o contrato social não preveja sua administração, ele compõe a estrutura de poder político da organização, de modo que sua participação no capital social lhe confere a possibilidade abstrata¹²⁸ de exercer essa função.

De fato, o aparente maior conforto normativo na aceitação de uma solução, em detrimento de outra, se justifica. Contudo, já se viu que a administração judicial é um pedido feito em 20,52% das deman-

127 Em benefício da dúvida, não usei a expressão *quase todos*, embora nunca tenha visto *um só* que o fizesse.

128 Refiro-me, aqui, a um dos direitos decorrentes da perspectiva pessoal da quota societária. Nesse sentido, *Cf.* MENDONÇA, José Xavier de Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 53-54.

das focadas no afastamento de administradores, mostrando-se comum que os legitimados ativos para pleitear medidas dessa natureza, simplesmente, não queiram ser incluídos¹²⁹ na gestão. Nesse quadro, a conformação constitucional da nomeação de terceiros como administradores judiciais pode ser validamente aceita com base nos *limites dos limites*.

5.3. Limites dos limites (*schranken-schranken*)

Os chamados *limites dos limites* são decorrentes da Constituição, reportando-se, no que toca ao objeto desse estudo, à guarida de um *núcleo essencial* do direito fundamental¹³⁰. Em geral, o âmbito de proteção de um direito fundamental é aferido mediante as contenções feitas pela Constituição e pela legislação ordinária, mormente quando há reserva legal. Ocorre que, diante desta reserva, indaga-se até que ponto poderia o legislador, abstratamente, restringir ou limitar direitos fundamentais. Esse ponto máximo (limite) da reserva legal (do limite), demarcaria o *núcleo essencial* do direito, isto é, aquele sobre o qual não pode haver progresso de contenções, sob pena de esvaziamento.

Esse *limite do limite* é explicado de diferentes maneiras pelas teorias batizadas de *absoluta* e *relativa*. Pela primeira, o núcleo essencial poderia ser definido de maneira autônoma e identificável. Para a segunda, a definição só pode ocorrer casuisticamente, após um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade¹³¹, ainda que nada reste do direito fundamental após o sopesamento¹³². Adota-se, aqui, a proposta intermediária

129 Em uma das pesquisas empíricas que basearam esse trabalho, o índice de pedidos de assunção da função administrativa detectado foi de apenas 12,86% sobre o total (NUNES, Op. cit. p. 93).

130 MENDES e BRANCO, Op. cit. p. 256.

131 Ibid. p. 258.

ria de Konrad Hesse¹³³, que admite o manejo casuístico do critério da proporcionalidade como forma de identificação e proteção do próprio núcleo essencial.

Sobre a proporcionalidade da intervenção judicial nominativa de terceiros e a preservação do núcleo essencial da liberdade de iniciativa, então, serão tecidas as próximas linhas.

Entre os *subcritérios* da proporcionalidade, a *adequação (conformidade)* e a *necessidade (exigibilidade)* são, sem dúvidas, os de citação mais recorrente na doutrina¹³⁴. Fala-se em *adequação* quando a medida adotada se revela apropriada à consecução do fim ao qual se destina¹³⁵. Se o *fim* é proteger uma sociedade limitada dos prejuízos oriundos de uma gestão juridicamente incorreta, a intervenção judicial que, temporariamente, nomeie terceiros, auxiliares do juízo, para gerir o agente econômico, é meio indiscutivelmente apto para atingi-lo.

A *necessidade*, a seu turno, significa que não há outra situação, menos onerosa e igualmente adequada, que o Estado possa igualmente criar sem grande dispêndio. Verifica-se, então, se o fim pode ser alcançável por um meio igualmente eficaz, mas menos one-

132 ALEXY, Op. cit. p. 295-300.

133 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 268. [...] *a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do "núcleo essencial" dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado*. Mesmo ante essa junção de teorias, Hesse admite a possibilidade de casos excepcionais, onde *quase mais nada pode restar* de um direito, como a ordem de interdição de um louco perigoso em um estabelecimento psiquiátrico (tratando da liberdade).

134 CANOTILHO, Op. cit. p. 269-270; SARLET, MARINONI e MITTIDIERO, Op. cit. p. 338-339; MARTINS e DIMOULIS, Op. cit. p. 194-208; PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 108-112.

135 Por todos, Cf. CANOTILHO, Op. cit. p. 269.

roso¹³⁶. Esse subcritério é, certamente, o de mais valia na aferição das intervenções ora estudadas. Sendo possível nomear um quotista como administrador provisório — *meio menos gravoso de intervenção* —, não haverá proporcionalidade na medida que escolha um terceiro, estranho ao quadro societário, para exercer o dito encargo — *meio mais gravoso de intervenção*.

Paralelamente, já foram apresentados dados pelos quais 44,91% das sociedades limitadas são dúplices e *fifty-fifty*. O índice é, não por acaso, bastante próximo ao número de quotistas-padrão das sociedades em conflito: dois, em 43,59% das amostras¹³⁷. *Ante a grande probabilidade de dois únicos sócios-administradores se encontrarem envolvidos na contenda, mediante acusações recíprocas, a administração provisória por um terceiro pode vir a ser absolutamente necessária* para a continuidade das relações mercantis e a preservação de todos os interesses sociais e extra-sociais que cercam a organização interventiva. Logo, não há como, *a priori*, descartá-la.

Admitida, em tese, a proporcionalidade da intervenção nominativa, é de se dizer que ela não atinge, definitivamente, o núcleo essencial da livre iniciativa. Isso porque se apresenta inconcebível falar em esvaziamento desse direito fundamental quando, mesmo ante a administração judicial por terceiros, *(i)* os sócios permanecem com seus poderes deliberativos, prerrogativas patrimoniais¹³⁸ e pessoais¹³⁹ e *(ii)* a organização seguirá formando e executando o seu feixe de contratos, bem como exercendo empresa. Assim, malgrado seja relevante, a intervenção do Estado, ainda que por meio de terceiros, não tem o condão de fazer minguar aquele direito fundamental.

136 Por todos, Cf. PIEROTH e SCHLINK, Op. cit. p. 107-108.

137 NUNES, Op. cit. p. 91.

138 *v.g.*, distribuição de lucros e resolução da quota.

139 *v.g.*, direitos de fiscalização, informação, reunião, permanência ou retirada.

5.4. Interesses extra-sociais como alicerces de justificação

Todo interesse que se encontra fora do espectro da sociedade e de sua estrutura de poder político é externo e, portanto, extra-social. Desse apontamento, sobressaem duas considerações. Primeiramente, não se pretende extirpar a proteção dos *stakeholders* em relação às decisões internas ou à atuação do agente econômico no mercado, tampouco menosprezá-la. Aqui, embora se reconheça a existência de tais interesses, os quais são conviventes com os *sociais*, atribuisse-os uma *posição externa* à corporação.

A Constituição se mostra pródiga em elencar interesses extra-sociais. A começar, a *valorização do trabalho* é, tal qual a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, que, por sua vez, deve observar princípios como a soberania nacional, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego¹⁴⁰.

Sendo *necessária* a intervenção nominativa na gestão societária, tais interesses extra-sociais, constitucionalmente consagrados, tenderiam à autopreservação. A eventual derrocada da sociedade limitada, face a uma gestão juridicamente incorreta, não atingiria somente a sociedade e seus quotistas, mas repercutiria na comunidade com percalços imediatos na manutenção e geração de postos de trabalho. Outrossim, a regularidade da comercialização dos próprios serviços ou mercadorias que compõem o objeto da sociedade limitada, ou seja, sua permanência frente ao mercado relevante, é de importância constitucional, na medida da contribuição para um ambiente competitivo. Não por acaso, a livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica.

Além disso, o funcionamento regular de uma sociedade limitada contribui com a arrecadação de tributos — interesse público secundário —, os quais possibilitam a realização dos objetivos fundamentais da República¹⁴¹, mediante, por exemplo, a realização de po-

140 Art. 170, I a IX.

líticas públicas voltadas à saúde, educação, segurança e assistência social — interesses públicos primários inscritos ao longo da Carta Magna¹⁴².

Logo, também por esse viés abstrato, a intervenção judicial nominativa temporária, no seio das sociedades limitadas, configura-se como medida legítima e constitucional.

6. Considerações Finais

Nas linhas anteriores, verificou-se que a livre iniciativa se concretiza nas liberdades de empreender economicamente (exercer empresa), contrato, associação e ação profissional. Trata-se, sem dúvidas, de um direito fundamental no Estado Brasileiro, antevisto como o viés econômico do direito à liberdade.

Sendo uma expressão da livre iniciativa, a organização mercantil guarda interesses sociais próprios, representados pela busca do lucro, o cumprimento do objeto social, a honra objetiva, a superação de conflitos pelo princípio majoritário e a gestão juridicamente correta.

Logo, uma tutela jurisdicional que afaste um administrador violador de interesses sociais do exercício de sua função não pode

141 Constituição Federal, Art. 3º.

142A despeito da indeterminação, deve-se compreender o interesse público como um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes signifique um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material. Os primários são o próprio fundamento do Estado, isto é, o oferecimento de justiça, segurança e bem-estar social. Os secundários, por sua vez, são aqueles que possibilitam a realização dos primários, representados, genericamente, pelos interesses do erário público (BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, nº 26, p. 1-26, mai/jun. de 2011, p. 10.). Cf, ainda, o art. 6º, *caput*, da Lei Maior: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

ser considerada uma contenção à livre iniciativa, na medida em que a gestão contrária àqueles está fora do âmbito de proteção desse direito fundamental.

De certo, ainda que se dê com a nomeação de terceiros para a função de gestor mercantil, a intervenção judicial em conflitos societários preserva o núcleo essencial da livre iniciativa, bem como os interesses sociais e extra-sociais que circundam a organização empresarial. Com efeito, a eventual derrocada da sociedade, face a uma gestão juridicamente incorreta, não atingiria somente a sociedade e seus quotistas, mas repercutiria na comunidade com percalços imediatos na manutenção e geração de postos de trabalho.

Bem se sabe, o funcionamento regular do agente econômico contribui com a arrecadação de tributos — interesse público secundário —, os quais possibilitam a realização dos objetivos fundamentais da República, mediante, por exemplo, a realização de políticas públicas voltadas à saúde, educação, segurança e assistência social — interesses públicos primários inscritos ao longo da Carta Magna.

Pelo exposto, a intervenção judicial nominativa temporária configura-se, abstratamente, como medida legítima e constitucional, sendo imperioso que, casuisticamente, tal interferência seja justificada com base nas submedidas do critério da proporcionalidade, quais sejam, a adequação e a necessidade.

