

Juízo Arbitral – Inconstitucionalidade do Artigo 136-A da LSA

Unconstitutionality of Art. 136-A of the LSA

Jorge Lobo*

"De la observación de que las creencias últimas son irreductibles he sacado la lección más grande de mi vida. He aprendido a respetar las ideas ajenas, a detenerme ante el secreto de cada conciencia, a comprender antes de discutir y a discutir antes de condenar."¹

Sumário

1. Introdução. 2. Cláusula Compromissória Estatutária. A) Normas Constitucionais e Legais. a) Normas Constitucionais. b) Normas Legais. B) Arbitragem, Cláusula Compromissória e Cláusula Compromissória Estatutária. a) Conceito de Arbitragem. b) Conceito de Cláusula Compromissória e de Cláusula Compromissória Estatutária. c) Natureza Jurídica da Cláusula Compromissória Estatutária. C) A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 109, §3º, da LSA. a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 109, §3º, da LSA. b) Contra a Constitucionalidade do §3º, do Art. 109, da LSA. D) A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 136-A da LSA. a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA. b) Contra a Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA. 3. O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo. A) Os Antipositivistas. B) O Positivismo Jurídico Contemporâneo. C) Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica. D) O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo. 4. O Art. 136-A à Luz da Teoria dos Princípios Constitucionais. A) Princípios Gerais do Direito e Princípios Infraconstitucionais. a) Princípios Gerais do Direito. b) Princípios Infraconstitucionais. B) Princípios Constitucionais. a) A Teoria dos Princípios É Hoje o Coração das Constituições. b) A Inconstitucionalidade do Art. 136-A da LSA.

Resumo

Este artigo defende a tese de que o art. 136-A da LSA ofende a Constituição Federal, quer sob o ponto de vista do juspositivismo, quer à luz da teoria dos princípios constitucionais.

* Doutor em Direito Comercial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito da Empresa. Livre-Docente na UERJ. Advogado.

¹ BOBBIO *apud* Alfonso Ruiz-Miguel, *in: Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.15.

Abstract

This article defends the thesis that the art. 136-A of the LSA offends the Federal Constitution, both from the point of view of juspositivism and in light of the Theory of Constitutional Principles.

Palavras-chave: Arbitragem. Juspositivismo. Teoria dos Princípios Constitucionais.

Keywords: Arbitration. Juspositivism. Theory of Constitutional Principles.

1. Introdução

Quando o estudioso se dispõe a analisar, com espírito aberto e em profundidade, a arbitragem ou juízo arbitral, impõe-se-lhe reconhecer, como verdade absoluta – o *inconcussum* da teoria cartesiana –, que a vontade livre, consciente e soberana do indivíduo é a matriz da arbitragem e, em consequência, que o juízo arbitral só se instala com a emissão volitiva das partes e a escrupulosa observância aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, do consensualismo e da boa-fé.

Os defensores da constitucionalidade do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações (LSA) negam essa evidência com respaldo no princípio da maioria acionária e em juízos de fato, em juízos de realidade, *v.g.*, a arbitragem é célere, conduzida por especialistas, infensa a expedientes procrastinatórios, dotada de igual validade e idêntica eficácia da jurisdição estatal etc., e, por conseguinte, a cláusula compromissória estatutária se aplica a todos os acionistas indistintamente, isto é, aos acionistas preferencialistas, aos que não compareceram à assembleia geral e, portanto, não participaram da discussão e deliberação de sua inserção no estatuto da companhia, aos presentes que se abstiveram de votar e aos que a ela se opuseram, porque, alardeiam, *somente a* institucionalização da arbitragem trará a indispensável estabilidade e a imprescindível segurança jurídica ao mercado de capitais e fomentará o interesse de mega investidores externos, em especial fundos de pensão, a investir recursos financeiros em nosso incipiente mercado de ações e derivativos, mola mestra do desenvolvimento dos países em um mundo capitalista globalizado de acirrada e, as mais das vezes, predatória concorrência.

Ao ouvir, ler e reler estes argumentos, defendidos por juristas e especialistas em arbitragem, ocorrem-me duas observações.

Primeira: os opositores da tese da inconstitucionalidade do 136-A da LSA acoimam os que a sustentam de estarem provocando “instabilidade jurídica” e afastando investidores institucionais estrangeiros e nacionais interessados em adquirir ações de nossas companhias abertas.

Como se vê, troca-se o efeito pela causa: quem trouxe “instabilidade” foi o indigitado dispositivo da LSA; os que o increpam do maior dos vícios – o de afrontar a Constituição Federal (CF) – apenas emitem opiniões lastreadas em fundamentos de ordem constitucional, legal e doutrinária.

Segunda: os prosélitos da constitucionalidade da cláusula compromissória estatutária afirmam, no fundo, que tudo o que é útil e proveitoso para a empresa é legítimo, é direito, o que me faz recordar a palestra “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, de Gustav Radbruch, aos estudantes de Heidelberg, imediatamente após o término da 2ª Guerra.

No primeiro dos cinco minutos, o então decano da Faculdade Jurídica daquela Universidade declara: “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista”².

No segundo minuto, observa: “Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio³ por estoutro: direito é tudo aquilo que for útil ao povo”⁴, e, após breve explicação, arremata: “Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para o povo”⁵.

Parafraseando esse expoente da chamada Filosofia dos Valores, eu penso: não, não se deve dizer: tudo o que for útil à empresa é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para a empresa.

2. Cláusula Compromissória Estatutária

A interpretação do §3º, do art. 109, e do art. 136-A da LSA, que disciplinam a cláusula compromissória estatutária, é objeto de longa e instigante discussão⁶.

De um lado, estudiosos da matéria, alicerçados, em especial, em razões de ordem prática e juízos de fato e no princípio da maioria, que rege as decisões das assembleias gerais de sócios ou acionistas das sociedades empresárias, sejam anônimas, sejam limitadas, declaram que ambos são constitucionais.

De outro, o Professor Modesto Carvalhosa, isolado e solitário⁷, doutrina que o §3º, do art. 109, e o art. 136-A da LSA são inconstitucionais por violarem o princípio do pleno e irrestrito acesso à jurisdição estatal, expresso no art. 5º, XXXV, da CF, indiscutível cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, inc. IV, da CF, que veda, inclusive por emenda constitucional, a supressão dos direitos e garantias individuais do homem e do cidadão.

Para entender a controvérsia, é mister transcrever os artigos da CF, da LSA e da Lei nº 9.307 de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem - LArb) pertinentes ao assunto.

² *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Editora Armenio Amado, p. 415.

³ “A lei vale por ser lei e é lei sempre que tiver do seu lado a força para se impor” (*loc. cit.*).

⁴ *Ob. cit.*, p.416.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ Vou resumir os argumentos dos que defendem a constitucionalidade de ambos os preceitos da LSA e as opiniões do Prof. Modesto Carvalhosa, que os refuta. A meu ver, *d.m.v.*, somente o art. 136-A fere a CF, por haver criado uma “arbitragem obrigatória”, enquanto o §3º, do art. 109, da LSA apenas dela trata, embora desnecessariamente, pois, com base na LArb, os acionistas que quiserem podem recorrer ao juízo arbitral.

⁷ Recentemente, o Prof. José Rogério Cruz e Tucci, nos Comentários do art. 3º do NCPC, alinhou-se à opinião de Carvalhosa, ao lecionar que o art. 5º, XXXV, da CF consagra o princípio da “inafastabilidade da jurisdição” e destaca “que o *caput* do art. 3º do CPC/2015 reitera essa mesma regra, reservando ao Estado – juiz o monopólio da jurisdição (*CPC Anotado*, GIZ Editora, 1ª ed., p.4).

A – Normas Constitucionais e Legais

(a) Normas Constitucionais

Ao dispor sobre os “direitos e garantias fundamentais”, o art. 5º da CF estabelece: “XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na seção dedicada ao “*processo legislativo*”, embora permita emendas ao seu texto, a CF proíbe a votação, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, de proposta que vise suprimir os direitos e garantias individuais discriminados no seu art. 5º, *verbis*: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: e §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

(b) Normas Legais

A LArb, que criou e regula a arbitragem no país, faculta às pessoas físicas, capazes de contratar, e às pessoas jurídicas celebrar convenção para prevenir ou dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º), quer por meio de cláusula compromissória (art. 4º), quer por meio de compromisso arbitral (art. 9º), *verbis*:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

A LSA, após elencar os direitos essenciais dos acionistas das companhias abertas e das anônimas fechadas e na esteira dos princípios da universalidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa, dispõe no art. 109: “§2º. Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral”.

Em 2001, a Lei nº 10.303 acrescentou o §3º ao art. 109 da LSA, para instituir a convenção arbitral com a finalidade de prevenir ou solucionar conflitos entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, *verbis*: “§3º. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

Para pôr fim às dúvidas quanto ao sentido e ao alcance e à validade e à eficácia da cláusula compromissória estatutária, a Lei nº 13.129 de 2015 acrescentou o artigo

136-A a LSA, *verbis*: “Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o *quorum* do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”⁸.

Em linguagem simples e direta, eis o comando do art. 136-A da LSA:

A convenção de arbitragem, aprovada por metade, no mínimo, das ações com direito a voto, obriga aos acionistas que votaram a favor de sua inclusão no estatuto social, aos que votaram contra, aos que se abstiveram de votar, aos ausentes à assembleia geral e aos preferencialistas sem direito a voto, assegurado aos dissidentes o direito de recesso.

Infelizmente, não cessaram as divergências, porquanto, para uns, o §3º do art. 109 e o art. 136-A da LSA não ofendem a CF; para outros, afrontam-na de forma flagrante e irremediável, por suprirem a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal.

A meu ver, o art. 136-A da LSA é inconstitucional, quer sob a ótica do juspositivismo, quer à luz da teoria dos princípios constitucionais, como diligenciarei demonstrar; antes, porém, é necessário abordar importantes noções preliminares sobre a matéria e, máxime, resumir as opiniões discordantes.

B – Arbitragem, Cláusula Compromissória e Cláusula Compromissória Estatutária

(a) Conceito de Arbitragem

Arbitragem é uma técnica, um mecanismo, um meio, um processo extrajudicial, acordada através de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral, de que se valem duas ou mais pessoas físicas, capazes de contratar, e/ou pessoas jurídicas, para prevenir ou dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁹.

⁸ Em debate na FIESP, presentes os preclaros Modesto Carvalhosa, José Alexandre Tavares Guerreiro e Nelson Eizirik, taxei essa redação de “tosca”, isto é, malfeita, imperfeita, mal apresentada. Evidentemente, não pretendi desmerecer o trabalho da laboriosa Comissão encarregada de atualizar a LArb, mas, exclusivamente, criticar o texto do art. 136-A da LSA, quiçá de maneira infeliz.

⁹ “Para José Eduardo Carreira Alvim, a arbitragem é uma modalidade especial e parastatal de resolução de conflitos, estabelecida por pessoas naturais capazes ou pessoas jurídicas. Carlos Alberto Carmona conceitua o instituto como ‘técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado (...)’” (*apud* ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção. *A arbitragem no direito societário*, p.10). José Rogério Cruz e Tucci acentua que a arbitragem “(...) é uma técnica de heterocomposição de controvérsias mediante intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada” (*Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. Consultor Jurídico, dezembro de 2015).

(b) Conceito de Cláusula Compromissória e de Cláusula Compromissória Estatutária

O art. 4º da LArb ministra o conceito de cláusula compromissória: “Cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

Cláusula compromissória estatutária é o acordo de vontades de acionistas da companhia relativo à prevenção ou composição extrajudicial de direitos patrimoniais disponíveis objeto de divergências ou litígios potenciais ou concretos entre acionistas e a companhia ou entre acionistas controladores e minoritários.

(c) Natureza Jurídica da Cláusula Compromissória Estatutária

Na doutrina brasileira, para uns, trata-se de um contrato; para Carvalhosa, de um contrato plurilateral, pois integra o ato constitutivo da sociedade.

A meu ver, não obstante integre o estatuto da companhia, a cláusula compromissória estatutária é um ato conjunto ou ato coletivo ou ato complexo e não um contrato bilateral (quando há manifestação de vontade de duas partes em posições opostas, *v.g.*, compra e venda), nem, tampouco, um contrato plurilateral (quando há a participação de mais de duas pessoas, *v.g.*, constituição de sociedade empresária), eis que, na convenção de arbitragem, seja pactuada através de cláusula compromissória, seja de compromisso arbitral, não existem duas ou mais partes, mas sim duas ou mais pessoas, as quais emitem suas vontades livre e espontaneamente em uma única e mesma direção com idêntica finalidade.

A propósito da distinção entre ato (ou contrato) bilateral e ato conjunto, Caio Mario elucida: “(...) quando duas pessoas fazem uma declaração volitiva em direção única, constituem uma só parte, e o negócio não é, pelo só fato da participação plural ou coletiva de agentes, bilateral. Distinguem-se, desta sorte, o ato conjunto do ato bilateral.”¹⁰

Eduardo Espínola, no festejado Sistema do Direito Brasileiro¹¹, discorre sobre o ato conjunto, por ele denominado ato complexo ou ato coletivo, e, de início, adverte, com apoio em Fadda e Bensa, que, “por si só, a vontade coletiva não constitui um negócio jurídico e, quando entra neste, é apenas um elemento seu”¹², isto é, não é porque as partes de um contrato bilateral ou plurilateral fizeram constar do documento, em que formalizaram suas tratativas e objetivos, determinada cláusula ou condição, que esta cláusula ou condição possa ser considerada um contrato.

Depois, recorda que, para Gierke, Kuntze e Chironi e Abello, são: “(...) atos complexos ou coletivos os consistentes na ação reunida e simultânea de várias pessoas, para se alcançar um fim jurídico único em relação a terceiros... No ato complexo, diversamente do contrato, os sujeitos não estão um em oposição ao outro, mas ao lado do outro; não têm interesses opostos, mas convergentes, ainda que possam tê-los separados e diversos”¹³.

¹⁰ *Instituições de Direito Civil*. Forense. 21ª ed., p.496/7, vol. I.

¹¹ Ed. Conquista, 4ª ed., 2º vol.

¹² Ob. e vol. *cits.*, p.246, nota 39.

¹³ *Idem*, p.246.

Por fim, lembra que Coviello distingue o negócio jurídico bilateral ou contrato do ato complexo ou coletivo e preleciona: “Ato complexo, como o contrato, é a união de muitas vontades, mas difere pelo modo e a eficácia de tal união (...) no contrato, há dois sujeitos, um contraposto ao outro; no ato complexo há mais de um sujeito, que agem como uma parte: lá há manifestação de vontades, que se cruzam; aqui há manifestação de vontades paralelas”¹⁴.

Seja contrato bilateral, ou contrato plurilateral, ou ato conjunto, ou ato complexo, ou ato coletivo, a cláusula compromissória estatutária é fruto da exteriorização livre, espontânea e consciente da vontade dos acionistas e presidida pelos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, do consensualismo e da boa-fé, e, por conseguinte, não pode ser imposta aos acionistas que não quiserem submeter eventuais demandas ao juízo arbitral, não havendo dúvida de que a expressão “arbitragem obrigatória” é uma *contradictio in terminis*, pois a arbitragem se inicia e se aperfeiçoa, sempre, inexoravelmente, com a manifestação soberana, espontânea e livre da vontade das partes, sob a égide dos princípios da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, do consensualismo e da boa-fé; tornar a arbitragem compulsória é desnaturar o instituto, alterar a sua natureza, o seu caráter, deformá-lo, deturpá-lo, falseá-lo.

C – A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 109, §3º, da LSA

(a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 109, §3º, da LSA¹⁵

O Prof. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, no artigo “Aspectos da Arbitragem no Direito Societário”, anota: “(...) não se pode erigir os direitos essenciais dos acionistas

¹⁴ *Idem*, p.247.

¹⁵ Defendem a constitucionalidade: Ferres da Silva Ribeiro, *Princípio da Infastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal)*, Capítulo do livro Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Coords.: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; e OLIVEIRA NETO, Olavo de. Elsevier, 2008, p.47/78; CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. *Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatutária*. Monografia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, p.2/73; LIMA, Bruna Nogueira Tosta Machado de. *Arbitragem e o Direito Empresarial: alterações da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015*, artigo publicado no site jus.com.br, julho de 2015; GENTILE, Fabio da Rocha. *Nova regra sobre arbitragem pode gerar abuso do controle acionário*, artigo publicado no site Conjur.com.br, 21.11.2015; AMARAL, José Romeu Garcia do. *Novas regras de arbitragem em S.A. podem prejudicar os minoritários*, artigo publicado no site Conjur.com.br, 12.10.2015; GUERRA, Érica. *As repercussões da Lei nº 13.129/2015, que altera da Lei de Arbitragem, no direito de retirada das Sociedades Anônimas*, artigo publicado no site jusbrasil.com.br, 27.05.2015; BLOK, Marcella. *A nova lei de arbitragem (Lei nº 13.129/2015) e suas implicações no direito societário*. Revista de Direito Privado, agosto/2016, vol. 68, p.183/208; CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. *Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatutária*. Monografia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, capítulo III, p.74/92; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A arbitragem no direito societário*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, dezembro de 2006, ano VII, nº 9, p.7/34; OPORTO, Silvia Fazzinga; e VASCONCELLOS, Fernando. *Arbitragem comercial internacional*, disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>, p.1/49; MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*, artigo publicado no site do Âmbito Jurídico; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem no direito societário*. Revista de Direito Empresarial, 2014, edição nov./dez., vol. 6, p.251/259; DIAS, Rui Pereira. *Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)*. Revista de Arbitragem e Mediação, 2013, nº 37, vol. 10, p.457/471.

à categoria ou à semelhança de direitos constitucionais, a serem resguardados como cláusulas pétreas do direito societário (...)"¹⁶

A seu ver, "(...) o início desta discussão reside na natureza jurídica da deliberação da assembleia de sócios como formadora da vontade social. Opera indubitavelmente em tais deliberações o princípio majoritário (...)"¹⁷

E conclui: "Em relação aos acionistas que não aprovaram decisões da maioria, os efeitos da mudança do contrato ou do *estatuto* os atingem regularmente, como também quanto aos que votaram em branco, aos ausentes e aos sócios passados e futuros."¹⁸

Pedro A. Batista Martins, no artigo "A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas"¹⁹, frisa:

Penso que a deliberação assemblear, que aprova, por maioria, a inserção de cláusula compromissória estatutária, é válida, eficaz e vincula a todos os sócios, presentes, ausentes ou dissidentes... insere-se entre os direitos fundamentais de todas as pessoas... A maioria reflete, por suposto, a vontade da coletividade. A minoria se sujeita à maioria por esta exprimir a manifestação da coletividade social. Trata-se, sem sombra de dúvida de um suposto democrático. O princípio majoritário é regra inderrogável do direito societário.²⁰

Nelson Eizirik, no artigo "Cláusula compromissória estatutária – a arbitragem da companhia"²¹, propõe que seja adotada "(...) a solução do direito italiano deve inspirar nosso legislador, permitindo a inclusão de cláusula compromissória no estatuto, porém conferindo aos dissidentes o direito de recesso."²²

(b) Contra a Constitucionalidade do §3º, do Art. 109, da LSA

Imediatamente após a promulgação da Lei nº 10.303 de 2001, o Prof. Modesto Carvalhosa, em notável conferência na EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, esclareceu que "(...) o juízo arbitral advém de renúncia a direito essencial do pactuante"²³ e advertiu:

¹⁶ Art. cit., p.254.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*, artigo publicado no site do Âmbito Jurídico.

²⁰ Art. cit., p.3, item 3.3. p.4, item 11, p.5, item 12 e p.7, item 20.

²¹ Migalhas, novembro de 2011. Entendo que as opiniões no livro "A nova Lei das S.A.", Saraiva, 2002, p.183/5, de Carvalhosa/Eizirik, são da pena do Prof. Modesto Carvalhosa. Em seu alentado "A Lei das S.A. Comentada", Quartier Latin, 2ª ed., vol. II, p.483 e seqs., a matéria não é comentada.

²² Art. cit.

²³ Publicada in: Coord.: LOBO, Jorge. *Reforma da Lei de S.A. Forense*, 2002, p.332.

(...) Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal... o estatuto não pode privar os acionistas do direito que lhe é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e reafirmado como direito essencial no próprio art. 109, cujo §2º.²⁴

D – A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 136-A da LSA

(a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA

Com a promulgação da Lei nº 13.129 de 2016, que criou o art. 136-A da LSA, aumentou a adesão à corrente da constitucionalidade da cláusula compromissória estatutária.

Bernardo Vieira Klüppel Carrara, no artigo “Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A sobre a cláusula compromissória estatutária”²⁵, resume, com proficiência, a opinião majoritária e diz:

O princípio da maioria é norma angular de qualquer sociedade – empresária ou não. É inconcebível imaginar qualquer convivência social complexa em que a opção da maioria seja levada em consideração – fora os regimes ditatoriais que em nada acrescentam para a construção da sociedade. Busca-se, através deste princípio, conferir caráter democrático às decisões sociais. Não se pretende dizer que a decisão da maioria será, em qualquer situação, a melhor opção para todos; contudo, será, sempre, a menos pior.²⁶

Esgotada a análise do tema sob o ponto de vista do princípio majoritário, o Autor passa a discorrer sobre “Ausência de violação ao art. 5º, XXXV, da CF/88 e a adequação da arbitragem ao §2º, do art. 109, da Lei nº 6.404/76”, quando assevera:

O direito essencial de acesso à justiça não possui natureza irrenunciável ou inafastável. Em verdade, o direito de ação deve ser compreendido como a faculdade de escolher entre a jurisdição estatal – cujo monopólio recai sobre o Poder Judiciário – e o juízo arbitral. Preservada essa prerrogativa, resguarda-se o direito essencial previsto pelo art. 5º, XXXV, da CF/88.²⁷

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ Universidade de Brasília, 2017.

²⁶ *Ob. cit.*, p.54.

²⁷ *Idem*, p.60.

(b) Contra a Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA

Promulgada a Lei nº 13.129 de 2015, em palestra na FIESP, Carvalhosa declarou: “O preceito do art. 136-A fere frontalmente o artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, onde está que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito. Portanto, o direito individual de ter socorro estatal, uma cláusula pétrea, só pode ser modificada por nova constituinte”.

Em seminário na *Internacional Bar Association*, lançou um repto: “E o faço para indagar se o legado fundamental da Magna Carta – as garantias individuais de acesso efetivo e universal à jurisdição – vêm sendo asseguradas neste início do século XXI (...) Entre nós, a regra se encontra no art. 5º, XXXV, da Carta... E se trata de cláusula pétrea, por força do art. 60, §4º, IV da Constituição Federal, como corolário do Estado Democrático de Direito herdado da Magna Carta.”

3. O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo²⁸

A – Os Antipositivistas²⁹

Empedernidos detratores do positivismo jurídico, em especial alguns sectários da doutrina dworkiniana, propalam a derrocada e a autodestruição do juspositivismo, por ele, *supostamente*, sustentar:

(a) a “onipotência do legislador”;

(b) as leis formam um sistema formal e completo³⁰;

(c) o juiz é a “boca da lei” e a atividade judicante é mecânica e acrítica, sem margem para interpretação criativa;

(d) a utopia de que o “direito posto” não apresenta ambiguidades (ele é certo e manifesto), nem antinomias (ele é coerente e harmônico), nem obscuridades (ele é claro e preciso), nem lacunas (ele é unitário e completo);

²⁸ Para demonstrar a inconstitucionalidade do art. 136-A da LSA sob a ótica do juspositivismo, creio ser indispensável discorrer rapidamente sobre a censura de que ele é vítima e, hoje, seria “peça do museu” da História do Direito, o que é falso. O Min. Luis Roberto Barroso, no estudo O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *in Temas de Direito Constitucional*, Renovar, 1ª ed., tomo III, pgs. 6 e 7, faz as seguintes judiciosas observações sobre a atualidade do juspositivismo: “A ideia de uma nova interpretação liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.”

²⁹ BONAVIDES, Paulo *in: Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, p.264; e BARROSO, Luís Roberto, *ob. cit.*, p.3, entre outros, quando se referem aos juristas e jus filósofos posteriores a Herbert Hart, os classificam de “pós-positivistas”. Como entendo que o positivismo jurídico, modernizado pelos positivistas inclusivos, exclusivos e normativistas, segue indispensável para solução da imensa maioria dos casos levados aos tribunais, preferi denominar os seus opositores de “antipositivistas”.

³⁰ Sobre esta e outras críticas, veja-se o item *Cinfra*, no qual Norberto Bobbio as rebate com indiscutível vantagem.

(e) o direito é axiomático, portanto, avalorativo, devendo o juiz empregar o método lógico-dedutivo ou lógico-formal ou subsuntivo, para assegurar a consecução do ideal de segurança jurídica, um dos principais valores do ordenamento positivo dos países democráticos;

(f) a moral e o direito se desenvolvem em linhas paralelas etc.

Essas e outras críticas³¹, oriundas de juristas e jusfilósofos, não abalaram os alicerces (os verdadeiros alicerces) do positivismo jurídico, nem o seu prestígio (ele permanece o método hegemônico de interpretação e aplicação da lei), nem a sua utilização contínua e diuturna pelos operadores do direito, nem encontram respaldo quer na doutrina americana e europeia, quer na jurisprudência dos EUA, Reino Unido e Europa Continental.

Anote-se, por oportuno, que Hans Kelsen, já no prefácio da primeira edição da primorosa *Teoria Pura do Direito*, datado de maio de 1934, respondeu aos seus antagonistas, ao demonstrar que “os argumentos são dirigidos, não propriamente contra a teoria, mas contra sua falsa imagem, quase tornando supérflua uma refutação.”³²

Loiane P. Verbicaro e Flávia G. C. Ribeiro, a partir da análise das diatribes dos adversários do juspositivismo, chegaram à idêntica conclusão: “(...) a maioria dos argumentos incorre na denominada *straw man fallacy*, visto dirigirem críticas à caricatura da teoria positivista e não, necessariamente, aos reais conteúdos adotados por seus defensores”³³.

³¹ A doutora em Filosofia do Direito da Universidade de Salamanca, Loiane Prado Verbicaro, e a Assessora Jurídica junto à Procuradoria Geral do Estado do Pará, Flávia Góes Costa Ribeiro, in: *A Renovação do Positivismo Jurídico sob a Perspectiva de sua Versão Inclusiva*, resultado de laboriosa e profícua pesquisa no Direito Comparado, esclarecem que “as considerações apresentadas na pesquisa” seriam “em torno da desmistificação do senso comum e dos discursos falaciosos sob a teoria positivista do direito, a qual é alvo de más compreensões e interpretações por parte da academia, de forma a demonstrar que tal doutrina, atualmente, a despeito dos questionamentos, não foi superada”. O seu profícuo trabalho levou-as a anotar: “(...) as teorias partiram de incompreensões da teoria positivista (...) o aparente ataque não realizou nenhuma crítica real e efetiva ao positivismo, seja considerando a recuperação e/ou atualização do modelo positivista, para adequar-se e responder à tentativa de ataque desconstrutivista. Trata-se de modelo hegemônico no mundo anglo-saxão, dominado pela filosofia analítica”. (Revista Jurídica Cesumar, 2017, vol. 17, nº 2, p.401/3).

³² Martins Fontes, 2018, p.XIII. Kelsen diz ainda que a “oposição, já a raiar pelo ódio, feita com uma paixão quase sem exemplo na história da ciência jurídica e que de forma alguma se pode explicar pelos contrastes de posições que nessa altura vieram à luz” (Ob. cit., p.XI e XII), mas, sim, por “motivos políticos, e portanto, providos de elevada carga afetiva”. (Loc. cit.), o que, de certa forma, já ocorrera em 1911, eis que Kelsen, “no calor das polêmicas com empiristas e sociólogos, assumiu, às vezes, uma atitude demasiadamente rígida, exagerando certas colocações lógico-formais de sua primeira obra fundamental(...)” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva. 12ª ed., 1987, p.456).

³³ Art. cit., p. 403. As ilustres Autoras, ao final do seu alentado trabalho, afirmam: “(...) o positivismo jurídico é uma doutrina mal compreendida, pois a identificação de tal Escola como sendo uma vertente legalista e conservadora não merece prosperar, visto que muitos positivistas – se não a maioria – não acreditam no primado de completude do sistema jurídico, decisão mecânica e subsuntiva, neutralidade avalorativa, em perfeição normativa, em segurança jurídica absoluta e em separação entre Direito e Moral” (Art. cit., p.425). Sobre o tema, vide MEDEIROS, Lucas Duarte, in: *A (sobre) vida do positivismo jurídico*, que, após longo estudo do *positivismo jurídico*, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, ressalta que “o positivismo jurídico sobrevive no período neoconstitucional, seja pela possibilidade de uma adoção como vertente filosófica, seja pela necessidade de criticá-lo de modo profundo e responsável”. (Revista *Constituição e garantia de direitos*, 2016, vol. 9, nº 2, p.249 e, em especial, p.268) e, também, *A crise do positivismo jurídico*, de Rodrigo Martins Eustáquio, em especial, p.3827, in: Conselho Nacional de pesquisa e pós-graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte, Congresso Nacional do CONPEDI.

Por igual, André Coelho, um dos mais abalizados doutores brasileiros em Filosofia do Direito, proclama que essa visão é:

(...) [I]imitada, distorcida, sistematicamente ligada à lei e à reprodução mecânica da lei, incapaz de reconhecer a atividade criativa do juiz, incapaz de admitir o papel dos princípios, incapaz de compreender a importância que a interpretação jurídica desempenha no direito, forma uma imagem equivocada do pensamento de Kelsen, Hart e mais ainda em relação aos jus filósofos contemporâneos³⁴.

Com respaldo em prestigiada doutrina alienígena, Andre Coelho finaliza enfático e categórico: “No quadro da filosofia do direito em todo mundo, é pacífica a crença de que o juspositivismo é, sempre foi e continua a ser a abordagem hegemônica do direito, ao passo que a teoria de Dworkin é pouco aceita e ocupa um espaço marginal, inclusive nos EUA e no Reino Unido³⁵”.

B – O Positivismo Jurídico Contemporâneo

O positivismo jurídico não é, apenas, o positivismo sociológico-analítico de Herbert Hart, alvo de acirrado ataque de Ronald Dworkin³⁶, mas, também, o positivismo normativo ou prescritivo de Jeremy Bentham; o positivismo utilitarista e descritivo de John Austin; o positivismo descritivo e metodológico de Hans Kelsen; o positivismo, primeiro, estruturalista, depois, funcional, de Norberto Bobbio; o positivismo hartiano pré-inclusivo de David Lyons, Philip E. Soper; Leslie Green³⁷; o positivismo inclusivo de Jules Coleman, Kenneth E. Himma, Wil Waluchow, Matthew Kramer³⁸; o positivismo exclusivo de Joseph Raz, Andrei Marmor, Scott J. Shapiro³⁹ e o positivismo normativo de Neil MacCormick, Tom Campbell, Jeremy Waldron, Frederick Schauer.⁴⁰

³⁴ Conferência *O juspositivismo depois de Dworkin*, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=TsRNJzo-lkA>>.

³⁵ Conferência citada.

³⁶ Herbet Hart, na primeira parte do pós-escrito do seu merecidamente famoso *O conceito de direito*, Martins Fontes, 2018, escreve que Dworkin “sustentou que praticamente todas as teses que distinguem o presente livro estão radicalmente equivocadas”, aduzindo que outros adversários “afirmaram haver, na exposição de algumas de minhas teses, não só obscuridades e imprevisões, mas, em alguns pontos, efetiva incoerência e contradição” (p.308), admitindo, com a invejável humildade dos autênticos homens de bem, “que, num número incomodamente grande casos, meus críticos estavam certos (...) aproveitando o pós-escrito para tornar mais claro o que estava obscuro e para revisar o que havia escrito originalmente nos pontos incoerentes e contraditório.” (Ob. cit., p.309).

³⁷ Positivismo hartiano pré-inclusivo: considera que as críticas de Dworkin foram mal-entendidas e que não há nada para ser reelaborado na teoria original de Hart.

³⁸ Positivismo inclusivo: considera que sistemas jurídicos podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento.

³⁹ Positivismo exclusivo: considera que sistemas jurídicos não podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento.

⁴⁰ Positivismo normativo: considera que o positivismo não é uma descrição de como o direito é, e sim uma prescrição de como ele deveria ser para atender aos ditames de uma sociedade livre e democrática.

O juspositivismo é cada um deles (com certos e determinados reparos) e todos eles juntos (também com as necessárias reformulações / adaptações / atualizações), não obstante sempre irá existir, como em qualquer outra teoria das ciências humanas ou culturais, espaços a preencher, dúvidas a aclarar.

A propósito do assunto, sob a epígrafe *A Insuficiência das Teorias Jurídicas e Sua Continuação*, Mario G. Losano, emérito Catedrático de Filosofia de Direito da Universidade de Piemonte Oriental, após lembrar que, na construção dos sistemas jurídicos, quer internos, quer externos, “sempre se chegou a resultados apenas em parte satisfatórios”, pondera com sabedoria:

A evolução social faz justiça sumária de doutrinas e problemas. As teorias são abandonadas não porque completamente esclarecidas – e isso seria, antes, um mérito que as tornaria irrenunciáveis –, mas porque os problemas dos quais se ocupam já não interessam. Outras teorias surgirão de suas ruínas, até que o pêndulo da história retorne à direção anterior, suscitando problemas não iguais, mas semelhantes, suscitados por interesses não iguais, mas análogos. Tal é a questão dos problemas “eternos” do direito: sua eternidade consiste na perene incompletude e diversidade com que se apresentam, historicamente⁴¹.

Por isso, na esteira de Croce⁴², deve-se distinguir o que, na teoria do positivismo jurídico, vive (pelo menos por enquanto) e o que morreu (até que vivifique com mudanças), ou o que “deve ser conservado e o que deve ser abandonado.”⁴³

Com efeito, Norberto Bobbio leciona que, no juspositivismo, se deve “estabelecer aquilo que deve ser conservado e o que deve ser abandonado; é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentais diferentes (...) que se distribuem em três planos diversos (...) (a) como método para o estudo do Direito; (b) como teoria do Direito e (c) como ideologia do Direito.”⁴⁴

Após percuciente estudo, conclui que o positivismo jurídico como ideologia seria censurável pelos antipositivistas “somente a versão extremista”, versão que foi “muito raramente sustentada pelos filósofos”⁴⁵, porém, não o “positivismo ético moderado”, que “não levou em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político”, observando que “a ideologia jurídica do nazismo era nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei”⁴⁶, e que, “na Itália, o princípio da legalidade é reivindicado pelos juspositivistas (por

⁴¹ Sistema e Estrutura no Direito. Martins Fontes, 2010, vol. 2, p.131.

⁴² Diz Croce que se deve distinguir o que, na teoria, está vivo e o que está morto.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*. Ícone Ed., 1995, p.233.

⁴⁴ Ob. cit., p.233/235.

⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁶ *Idem*, p.236.

exemplo, por Calamandrei), não por sustentar o fascismo, mas por opor um obstáculo às suas arbitrariedades.”⁴⁷

Quanto ao positivismo como teoria, concorda que as críticas à teoria da coerência, da completude e da interpretação lógica ou mecânica do direito são fundadas, frisando, contudo, que essas “três concepções têm uma importância somente secundária”⁴⁸ no juspositivismo, enquanto as referentes à “teoria coativa, teoria legislativa e teoria imperativa do direito”, que “constituem, na verdade, as suas três pilstras”⁴⁹, não se sustentam, eis que elas “permanecem intactas, na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas.”⁵⁰

Quanto ao positivismo jurídico como método, afiança que “não há distinções a serem feitas (...) o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quiser fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.”⁵¹⁻⁵²

Entre as evidentes contribuições de Kelsen, leia-se, do juspositivismo à Ciência do Direito, “a estrutura escalonada da ordem jurídica” tem indiscutível proeminência, por sua consistência teórica e frequente aplicação prática.

C – Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica⁵³

Com esse sugestivo título, Hans Kelsen dá início ao capítulo V de sua obra seminal, que trata da “dinâmica do direito”, e reitera⁵⁴ que o direito possui a notável capacidade de regular a sua própria criação: uma norma (de hierarquia) superior dita as condições de produção da norma (de hierarquia) inferior; as normas jurídicas não são dispostas no mesmo nível, umas ao lado das outras, mas escalonadas em diferentes graus ou camadas ou pisos, que formam uma unidade.⁵⁵

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ *Idem*, p.237.

⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁰ *Loc. cit.*

⁵¹ *Idem*, p.238.

⁵² Losano destaca os pontos fundamentais na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen: (a) todas as ciências visam construir uma unidade própria do objeto; (b) na ciência do direito, o objeto é o dever ser; (c) a norma fundamental da unidade do direito; (d) a validade do sistema jurídico depende de norma fundamental; (e) o direito interno e internacional se equivalem (Ob. e vol. cit., p.50/53). Hermes Lima, na Introdução à Ciência do Direito, Freitas Bastos, 1ª ed., p. 234/256, ensina: (1) A Teoria Pura do direito não considera no conceito de direito Positivo qualquer elemento estranho ao direito. (2) Importante é saber o que é e como é o direito e não como deve ser ou como elaborá-lo. (3) Embora considere importantes as condições sociológicas e ético-políticas, elas não devem ser objeto da Ciência Jurídica. (4) Direito é norma e norma nada mais do que isso. (5) Norma jurídica é “juízo hipotético”, inclui-se na categoria do ver – ser e não ser. (6) A Ciência do Direito é normativa, sem que se precise valorizar as normas que valem não por seu conteúdo, mas porque forma ditadas pela autoridade competente. (7) O direito concretiza-se num “sistema gradual de normas”, que formam a “ordem coativa exterior”, que tem “unidade” através de “norma fundamental”: pressuposto necessário. (8) O direito é a “organização do poder” (ob. cit., p.237).

⁵³ A “pirâmide de Kelsen” está escalonada da forma seguinte: normas constitucionais (no topo); normas infraconstitucionais (tratados internacionais ainda não incorporados à Constituição Federal); normas legais (leis ordinárias e leis delegadas); normas infralegais (decretos legislativos e executivos); normas regulamentares (resoluções, portarias etc. de órgãos com competência para sua edição); decisões judiciais e normas voluntárias (negócios jurídicos).

⁵⁴ Digo “reitera” porque, ao longo do seu precioso trabalho, deixou isso patente em várias passagens.

⁵⁵ *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, p.246/7.

A seguir, assevera: “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado...”⁵⁶.

Luís Roberto Barroso, ao aludir à “eficácia e efetividade dos direitos constitucionais”⁵⁷, reconhece que: “a Constituição é o primeiro documento da vida do Estado (...), hierarquicamente, é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas.”⁵⁸

Paulo Bonavides assegura: “A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.”⁵⁹

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao dissertarem sobre a “supremacia constitucional”, ensinam que “as leis só são válidas se estão de acordo com a Constituição”⁶⁰, acrescentando: “são dois os principais fundamentos invocados para afirmação da supremacia da Constituição. Um é substantivo e se liga ao conteúdo da Constituição; o outro é genético, dizendo respeito à sua origem”.⁶¹

Norberto Bobbio, calcado em Kelsen, explica: “As normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores... em virtude da presença de um ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, este apresenta uma estrutura hierárquica.”⁶²

Ao refletir sobre os *limites materiais* (ou de conteúdo) e *formais* (ou genéticos), Norberto Bobbio esclarece que, “à medida que se percorre de alto a baixo a pirâmide, o poder normativo é sempre mais restrito... os limites com os quais o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos: (a) relativos ao conteúdo; (b) relativos à forma”.⁶³

Na sequência, sublinha que “os limites de conteúdo podem ser positivos ou negativos”⁶⁴: aqueles, impõem ao legislador a elaboração de normas sobre específica matéria (“mandamento de mandar”); estes, vedam a elaboração de normas em determinadas situações (“proibição de mandar”), dando os seguintes marcantes exemplos: “quando a Constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade.”⁶⁵

Portanto, quando a Constituição Federal impõe limites ao Poder Legislativo, sejam limites materiais ou de conteúdo, sejam limites formais ou genéticos, sejam positivos, quando ordenam, sejam negativos, quando proíbem, a norma, que ultrapassar os

⁵⁶ *Idem* p.247. Conforme, aliás, dispõe a nossa Constituição (art. 59).

⁵⁷ Eficácia e efetividade do direito à liberdade, *in: Temas de Direito Constitucional*. Renovar. 1ª ed., p.79.

⁵⁸ *Ob. cit.*, p.79.

⁵⁹ *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 17ª ed., p.296.

⁶⁰ *Direito Constitucional*. Ed. Fórum. 2ª ed., 1ª reimpressão, p.23.

⁶¹ *Ob. cit.*, p.25.

⁶² *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro, 2ª ed., 1ª Reimpressão, 2016, p.59.

⁶³ *Ob. cit.*, p.62.

⁶⁴ *Idem*, p.63.

⁶⁵ *Loc. cit.*

limites, será expulsa do sistema,⁶⁶ por ser “nula, inaplicável, sem validade, inconsistente com a ordem estabelecida”.⁶⁷

À luz dessa doutrina infensa a contestações, passo a examinar a constitucionalidade do art. 136-A da LSA.

D – O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo

Ao disciplinar o processo legislativo, a Constituição Federal fixou um limite material negativo à atuação do Congresso Nacional, ao proibi-lo de deliberar proposta de emenda à Constituição (e, é evidente, a toda e qualquer lei) tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).

Entre esses direitos e garantias, destaca-se, por sua especial importância nos países democráticos, o do livre, pleno e irrestrito acesso do indivíduo ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

Destarte, a Constituição Federal, ao fixar um limite negativo à atuação do Poder Legislativo, vedou a edição de norma jurídica capaz de impedir o exercício do princípio da universalidade da jurisdição pelo acionista, e, ao fazê-lo, deixou patente que a norma ordinária, portanto norma inferior, que exceder os limites materiais fixados pela norma superior, será eliminada, banida, abolida do sistema, por haver regulado a matéria de maneira diversa à prescrita.

Pelo que se leva dito, a norma do art. 136-A da LSA infringe a norma do art. 5º, XXXV, cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, da CF, e, em consequência, deve ser reputada nula, sem validade, inconsistente com a ordem estabelecida na Carta Magna.

4. O Art. 136-A à Luz da Teoria dos Princípios Constitucionais

A – Princípios Gerais do Direito e Princípios Infraconstitucionais

(a) Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do direito são uma herança do jusnaturalismo; importantes, para o legislador, no momento de discussão e elaboração das leis; fundamentais, para o juiz, quando, na omissão do direito positivo, deles se socorre, para cumprir o preceito do art. 140 do CPC.

⁶⁶ “Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais. Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, digamos, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, proíbe-o de editar normas que tenham por conteúdo a restrição e a supressão da liberdade religiosa. Os limites de conteúdo podem ser, portanto, *positivos* ou *negativos*, segundo a constituição imponha ao legislador ordinário editar normas em uma determinada matéria (mandamento de mandar), ou então o proíba de editar normas numa determinada matéria (proibição de mandar ou mandamento de permitir). Quando uma constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade”. (Bobbio, ob. cit., p.63).

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

Indispensáveis em um ordenamento sistemático e tendo por finalidades inspirar a formação das disposições singulares e coordenar os vários institutos que compõem uma lei ou um código, os princípios gerais do direito são erigidos com base nas “construções teóricas dos sábios, no estudo filosófico dos juristas e da jurisprudência (...) nas circunstâncias históricas”⁶⁸, ou, como ensina Carlos Maximiliano, “são princípios superiores”, que constituem “as diretivas ideais do hermenauta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.”⁶⁹

Fonte mediata ou supletiva ou subsidiária, aplicáveis nas hipóteses de lacunas da lei, os princípios gerais do direito, hoje previstos no art. 4º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, já constavam do Projeto Felício dos Santos (art. 53), do Projeto Coelho Rodrigues (art. 38 do Título Preliminar) e do art. 7º da Introdução da Lei nº 3071 de 01.01.1916 (Código Civil), *verbis*: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais do direito.”

(b) Princípios Infraconstitucionais

Os princípios infraconstitucionais são fonte direta e imediata e estão previstos, expressa ou implicitamente, em normas dos vários ramos do direito, *v.g.*, no Código Civil: (princípio do direito do cidadão (princípio da personalidade), art. 11; princípio da eticidade, art. 113; princípio da boa fé objetiva, arts. 187, 113 e 422; princípio da liberdade contratual, art. 421; princípio da função social do contrato, art. 421; princípio da autonomia da vontade, art. 421; princípio da socialidade, art. 1228, §1º ao 3º; princípio da operatividade, art. 1228, §4º e 5º), no Código de Processo Civil: (princípio do impulso processual, art. 2º; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, art. 3º; princípio da boa-fé, art. 5º; princípio da cooperação, art. 6º; princípio do contraditório, arts. 7º, 9º e 10º; princípio da publicidade, art. 11; princípio da isonomia, art. 139, I; princípio da livre convicção, art. 371, e princípio do duplo grau de jurisdição, art. 496, I e II).

B – Princípios Constitucionais

A teoria dos princípios constitucionais é o tema do momento aqui e alhures: ela, supostamente, é capaz de solucionar a maioria dos problemas difíceis, tanto os problemas teóricos, quanto os práticos.

O neoconstitucionalismo é assunto de que todos cuidam no país e no exterior: hoje, o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal, o Direito Processual Civil e Penal etc. devem ser interpretados à luz da Constituição ou consoante a chamada “nova hermenêutica constitucional”, que gerou o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, Penal, Comercial, Processual Civil etc.

Os princípios constitucionais são o “coração das constituições” (Paulo Bonavides); a constituição, o centro do sistema jurídico.

⁶⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. Ob. e vol. cit., p.146.

⁶⁹ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Freitas Bastos, 1957, p.366.

Se, na “pirâmide” de Hans Kelsen, a constituição está no topo, no ápice; no neoconstitucionalismo, ela ocupa o centro do sistema jurídico, “imantando-o” (José Afonso da Silva).

Atualmente, “a concepção sistemática é a ideia – força de nosso tempo (...) a retomada de um sonho frustrado desde o século XIX, de que foi exemplo e modelo a filosofia de Auguste Comte: o de unidade da ciência, agora investigada e perquirida por novas vias (...) teoria geral dos sistemas é uma dessas vias”⁷⁰, porquanto, “apenas o sistema garante o conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber”⁷¹ e, por isso, “a ciência do direito ou é sistemático ou não existe.”⁷²

O sistema jurídico⁷³, por ser um conjunto ordenado e unitário, aberto e dinâmico, coerente e harmônico, de princípios⁷⁴ e regras⁷⁵, orientados por valores, não admite – embora possam existir e existam – que eventuais colisões de princípios ou conflitos de regras quebrem uma de suas principais características, quiçá a mais importante, a unidade.

Quando ocasionalmente venham a ocorrer, a doutrina e a jurisprudência têm meios eficazes para solucioná-los.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p.107.

⁷¹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª Edição, p.5.

⁷² *Apud* Canaris, loc. cit.

⁷³ O sistema é composto de normas jurídicas de que são espécies, os princípios e a regras, orientados por valores.

⁷⁴ Princípios têm alto grau de generalidade e abstração: “são as verdades primeiras”, “premissas de todo sistema”, que se desenvolvem “*more geométrico*”, exprimem uma verdade universal” (Paulo Bonavides, loc. cit.); “são mandados de otimização” (Alexy); “Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam” (Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Lumen Juris, 2000, p.42); “possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam”; “passam por um processo de concretização sucessiva até adquirirem um grau de densidade das regras” (loc. cit., p.42). “os princípios não são jamais incompatíveis entre si: são sempre concorrentes, ao contrário do que se dá com as regras jurídicas” (ob. cit., p.47); “embora preteridos”, no caso concreto não desaparecem”; podem entrar em contradição entre si e sofrer limitações/exceções: ex.: quanto à forma de contratar a compra e venda de bem imóvel (escritura pública) e da autonomia da vontade negocial: incapazes, consumidores, “testamentos”. Os princípios (1) não valem sem exceção; (2º) podem entrar em oposição ou em contradição entre si; (3º) não têm a pretensão de exclusividade; enfim, (4º) não são absolutos, pois todos admitem exceções e limitações; (5º) necessitam, para sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares”. Ex. princípio da liberdade de contratar limitado pela forma dos contratos translativos do domínio ou princípio da autonomia negocial limitado por princípios do direito do trabalho, do direito das coisas, do direito das obrigações (procuração por instrumento público). Os princípios se situam entre regra e valor. Ex.: excedem os valores em termos de concretização, embora não atinjam o grau de intensidade das regras, pois estas são precisas para aplicação às hipóteses de incidência.

⁷⁵ Só nos interessam aqui os princípios, em especial os princípios constitucionais. Não obstante, cumpre, enumerar, as distinções básicas entre princípios e regras. Segundo o “critério quantitativo”, os princípios são mais genéricos, imprecisos, abstratos, dos que as regras, por isso admitem discricionariedade do juiz quando chamado a decidir uma demanda em que se depara com uma “colisão de princípios”. Consoante o “critério qualitativo ou estrutural”, a “colisão de princípios” se resolve em sua “dimensão de peso ou importância ou valor”, mediante o método da ponderação e o princípio da proporcionalidade ou racionalidade em função do caso concreto; “no conflito de regras”, adota-se o “processo lógico-formal de subsunção”, a validade ou não é aferida conforme o método “tudo ou nada”, ou “vale e vige”, ou “não vale e é nula”.

A colisão de princípios, na corrente de Ronald Dworkin, aperfeiçoada por Robert Alexy⁷⁶, quando da mesma categoria ou grau hierárquico, se resolve através da ponderação de princípios, segundo sua dimensão axiológica ou de importância e de acordo com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade em função do caso concreto.

A colisão de princípios, quando de patamares diferentes, v.g. princípio constitucional *versus* princípio infraconstitucional, se resolve com base no critério hierárquico: o princípio superior prevalece sobre o princípio inferior, isto é prevalece sempre o princípio constitucional, por força da supremacia, da superioridade da Constituição.⁷⁷

(a) A Teoria dos Princípios É Hoje o Coração das Constituições

Sob o título “A pré-histórica constitucional brasileira”⁷⁸, Luís Roberto Barroso anota que, da nossa independência até 1988, “a experiência política e constitucional do Brasil (...) é a melancólica história do desencontro de um país com a sua gente e com o seu destino”⁷⁹, ressaltando: “falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras (...) decorrência do não reconhecimento da força normativa dos seus textos e da falta de vontade política de lhes dar aplicabilidade direta e imediata.”⁸⁰

⁷⁶ Em trabalho pioneiro, Ronald Dworkin, informa que vai “lançar um ataque geral contra o positivismo” e usará “a versão H.L.A. Hart como alvo”, porquanto, argumenta, os juristas, quando examinam questões envolvendo “direitos e obrigações”, em especial nos “casos difíceis”, “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas ou outros tipos de padrões.” A partir daí, Dworkin desenvolve suas promissoras ideias e sustenta que as normas jurídicas se subdividem em regras e princípios, ensinando Paulo Bonavides que as “insuficiências e imperfeições” da concepção (de Dworkin) sobre os princípios e sua efetividade ou normatividade forma apontados, discutidos e corrigidos por Robert Alexy, “ao fazer o necessário e indeclinável enriquecimento dos conteúdos materiais dos princípios cujo raio de abrangência se alargou, com maior rigor científico.”

⁷⁷ É o que se lê nas obras de eminentes constitucionalistas: “Se levarmos em conta que existem princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. Pode-se mesmo dizer que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais. Assim, por exemplo, o princípio da identidade física do juiz, inserto no art. 132 do C.Pr.C., buscaria fundamento de validade no princípio constitucional do juiz natural, disposto no art. 5º, LIII, da CF/88.” (George Marmelstein Lima, *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*, 2002, jus.com.br. <https://jus.com.br/artigos/2625/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais>); (b) “Por fim, devido a essa supremacia, nenhuma norma infraconstitucional irá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição, ou seja, a Constituição é a norma *que está* acima de todas as outras, donde estas retiram sua validade formal e material sob pena de inconstitucionalidade e consequente expurgo do ordenamento jurídico” (Márcio Gil Tostes Santos, *Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais*, 2006, 2003, Dissertação (Mestrado em direito) Universidade Vale do Rio Verde, 2006; (c) “Se houver conflito entre norma constitucional e norma infraconstitucional deve prevalecer a norma inscrita na Constituição.” (Ramon Alonso, *Conflito entre princípios processuais e sua incidência no Novo Código de Processo Civil*, Universitas, 2016, nº 16, fls. 107); (d) “Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional; O caso é resolvido de forma relativamente óbvia: aplica-se o critério hierárquico e invalida-se por completo a norma infraconstitucional.” (BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativo*: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e sociedade*, 2010, nº 37,, fls. 152/180. <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>.

⁷⁸ Temas de Direito Constitucional, Renovar, 2005, tomo III.

⁷⁹ Ob. e tomo cit., p.4.

⁸⁰ *Loc. cit.*

A Constituição de 1988, doutrina o eminente Ministro do STF, foi redigida e promulgada em consonância com “fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.”⁸¹

Não obstante a preservação dos elementos clássicos de hermenêutica jurídica, que mantém seu “relevante papel na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos”⁸², surgiu uma “nova interpretação constitucional”.

Ao estender-se sobre os “valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional”⁸³, o eminente Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ garante que os princípios constitucionais são o “centro do sistema”, após “conquistarem o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.”⁸⁴

Esse é o pensamento dominante, sintetizado na lição do eminente Paulo Bonavides, quando afirma, peremptoriamente, que, reconhecida a efetividade dos princípios, eles são hoje considerados “fonte primária da normatividade, pedra de toque ou critério em que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão mais elevada.”⁸⁵

E, também, de eméritos constitucionalistas estrangeiros, ao reconhecerem: “a imperatividade efetiva e a aplicabilidade das normas constitucionais” (Crisafulli); que “os princípios dizem o que deve ser e o que é permitido” (Peczenik); que “o princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.” (Gordillo)⁸⁶.

Com apoio em Gordillo, Paulo Bonavides observa: “os princípios são a fonte material básica e primária com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, com a virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los (...) acabam por se converterem, sem sombra de dúvida, numa ‘super fonte’, porquanto podem ser fonte das mesmas fontes”⁸⁷, para encerrar e concluir: “A teoria dos princípios é hoje o coração das constituições.”⁸⁸

(b) A Inconstitucionalidade do Art. 136-A da LSA

Com a normatização das disposições constitucionais, os princípios passaram a ter plena eficácia e coercitividade, supremacia ou superioridade hierárquica, predominando sobre os princípios infraconstitucionais.

⁸¹ Ob. e tomo cits., p.5.

⁸² *Loc. cit.*

⁸³ Ob. e tomo cits., p.13.

⁸⁴ *Loc. cit.*

⁸⁵ Ob. cit., p.283.

⁸⁶ *Apud*, BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p.286/8.

⁸⁷ *Idem*, p.288.

⁸⁸ *Idem*, p.281.

No neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, a constituição reina soberana no centro do sistema jurídico e todas as normas (princípios e regras) só valem e produzem efeitos se aplicadas conforme a Constituição.

No embate entre o princípio constitucional da universalidade da jurisdição do art. 5º, XXXV, e o princípio infraconstitucional da maioria acionária do art. 136-A da LSA predomina o princípio constitucional por sua supremacia ou superioridade hierárquica.