

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

**EMPRESA
CONTEMPORÂNEA
E DIREITO SOCIETÁRIO**

Poder de controle e grupos de Sociedades

2002

EDITOR RESPONSÁVEL
JUAREZ DE OLIVEIRA

editora
Juarez de Oliveira

antigos não poderia ser mais atual, demonstrando que a análise econômica deve permear os estudos de matéria societária, exigência que se faz ainda mais premente no momento em que se verifica um profundo desajuste entre a forma jurídica e a estrutura pela qual se desenvolve a atividade empresarial.

Com essas considerações, pode-se afirmar que o presente estudo pretende adotar uma *análise econômica do direito societário*, no sentido de que se aterá à sua função e efeitos econômicos, antes de se preocupar com o estudo de suas formas. Nessa perspectiva, muitas das conclusões dos teóricos da chamada escola econômica do direito serão utilizadas como relevantes instrumentos analíticos, mas sem pretender eleger o fator econômico – a maximização da riqueza social – como objetivo único da norma societária⁵⁶.

CAPÍTULO III – FUNÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO

10. Concluindo-se, no capítulo anterior, que a teoria econômica é instrumento analítico de fundamental importância para a compreensão do direito societário, mas que a maximização da riqueza social não pode ser definida como objetivo único da ordem jurídica, chega o momento de indagar: qual seria a função do direito societário? Por que haveria a lei societária?

Neste capítulo, pretende-se apontar o entendimento que será adotado quanto a essa questão, pois dele emanará a inspiração para todas as considerações seguintes, na busca de um modelo societário adequado à realidade empresarial vigente.

⁵⁶ Calixto Salomão Filho reconhece a importância da teoria econômica como instrumento analítico no campo societário, afirmando: “É, portanto, necessário restringir a análise econômica do Direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário (...)” (“Interesse Social: Concepção Clássica e Moderna”, in *O Novo Direito Societário*, cit., p. 31).

A) Função pública do direito societário

11. A grande dicotomia entre direito público e direito privado foi superada pelo sistema jurídico⁵⁷. Com o nascimento do Estado social, ou do Estado de *policies*⁵⁸, não faz sentido uma separação estanque entre os interesses público e privado, reconhecendo-se uma nova categoria de “agentes privados, investidos de funções sociais”⁵⁹.

Nesse contexto, o direito societário não pode ser entendido como um ramo do direito privado destinado a regular os interesses dos agentes econômicos, exercendo o papel exclusivo de pacificação de conflitos, numa concepção liberal de *laissez faire*. Deve-se reconhecer ao direito societário a função de constituir instrumento de implementação de políticas públicas que objetivem a consecução dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Assim, não cumpre ao direito societário apenas a disciplina dos chamados interesses intrasocietários (interesses dos sócios)⁶⁰.

Os valores sociais a serem necessariamente perseguidos pelo direito societário, no Brasil, estão enunciados primacialmente no art. 170 da Constituição Federal. Também podem ser citados os arts. 1º, incisos III e IV, 3º, incisos I, II e III, e 219, mas como os princípios estatuídos nesses dispositivos inspiram e estão resumidos no art. 170 a análise que se segue centra-se neste último.

⁵⁷ Cf. Norberto Bobbio, “Dell’ Uso delle Grandi Dicotomie nella Teoria del Diritto”, in *Dalla Struttura alla Funzione*, Milano, Edizione di Comunità, 1977, p. 123.

⁵⁸ Cf. F. K. Comparato, nota de rodapé n. 30.

⁵⁹ A expressão é empregada por Fábio Konder Comparato em *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 105.

⁶⁰ Alguns autores empregam as expressões *interesses intrasocietários* ou *interesses internos* para designar, além dos interesses dos sócios, também os interesses dos empregados, na medida em que estes também integram a estrutura interna da empresa. Neste trabalho, porém, sempre que forem empregadas as expressões *interesses intrasocietários* ou *interesses internos* se aludirá ao interesse dos sócios à produção de lucros. Assim, os chamados *interesses extrasocietários* ou *externos* designarão todos os demais interesses que gravitam em torno da sociedade, como os interesses dos empregados, credores, fornecedores, consumidores e demais participantes da atividade empresarial e os interesses da coletividade em geral (v.g., meio ambiente).

Segundo o art. 170, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos “*existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, fundando-se na “*valorização do trabalho humano*” e na “*livre iniciativa*”. Ainda segundo a norma constitucional, a ordem econômica deve observar os seguintes princípios: (I) soberania nacional; (II) propriedade privada; (III) função social da propriedade; (IV) livre concorrência; (V) defesa do consumidor; (VI) defesa do meio ambiente; (VII) redução de desigualdades regionais e sociais; (VIII) busca do pleno emprego; e (IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país⁶¹.

As normas constitucionais que, como o art. 170, consagram valores, objetivos a serem perseguidos, são hoje amplamente reconhecidas como plenas de validade e eficácia. São normas programáticas *lato sensu*, que atuam em três planos de eficácia: (I) prevalecem sobre a norma da lei ordinária, (II) vinculam as ações futuras do legislador, que deve veicular normas em conformidade com o programa de ação pré-estabelecido e (III) vinculam a interpretação das demais normas⁶².

⁶¹ Além do art. 170, merece destaque o art. 174 da Constituição de 1988: “*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*”. Assim, além dos princípios consagrados no art. 170, o modelo societário deve observar as políticas econômicas e industriais implantadas pelo Estado, como agente normativo e regulador dessa atividade, nos termos do art. 174 antes citado (cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit.).

⁶² O constitucionalista Paulo Bonavides, valendo-se de Crisafulli, alude às normas programáticas *lato sensu*, como aquelas que abrangem os princípios gerais e as normas programáticas propriamente ditas, ou *stricto sensu*: “*Sem embargo do alto grau de generalidade, a norma-princípio ou princípio geral é norma programática, na acepção lata já referida, sendo portanto dotada de eficácia jurídica. Em consequência, o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-se-lhe também ‘eficácia interpretativa’ sobre a norma cativa, que não deve contrariar o princípio de onde emana (...)* As normas programáticas ‘*lato sensu*’, como os princípios gerais e também os princípios constitucionais, ‘*dirigidos a direta e imediata disciplina de certas matérias*’, ou destinados a disciplinar ‘*desde o início e de modo direto, determinadas relações*’, entram na categoria das normas de eficácia imedia-

Nesse sentido, o modelo societário brasileiro deve necessariamente se orientar à consecução dos valores consagrados pela Constituição Federal, ao disciplinar o exercício da atividade empresarial, não se preocupando com as questões de índole exclusivamente privada. Essa concepção deve estar na base dos estudos e preocupações dos juristas⁶³.

ta, ou seja, das ‘normas imediatamente preceptivas’. Ostentam por igual uma dupla eficácia na medida em que servem também de regra vinculativa de uma legislação futura sobre o mesmo objeto. (...) Em suma, urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habituados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou a uma simples página de retórica política e literária” (*Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 221 e 223 – nas passagens entre aspas o autor cita V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milano, 1952). Sobre a distinção entre normas (gênero), princípios e regras (espécies), cf. Eros R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. Sobre a normatividade dos princípios gerais, cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.. Sobre a classificação das normas constitucionais, cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 128.

⁶³ Cf. F. K. Comparato, “A Reforma da Empresa”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 50 abril-junho 1983, p. 68, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, cit. e *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., obras nas quais a índole publicista do direito empresarial é realçada. Também nesse sentido, é ilustrativa a seguinte passagem de S. Marcondes Machado, ao abordar o anteprojeto de Código Civil: “*Cuida-se, portanto, não apenas de reunir diplomas, mas de unir os institutos, num sistema capaz de conjugar os que merecem ficar, com os modernos conceitos e os novos instrumentos de progresso econômico e social, forjados pelo direito desta nação (...)*” (“Da Atividade Negocial: Empresários e Sociedades”, in *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 133). Ainda ilustrando como a preocupação publicista tem influenciado a doutrina societária brasileira, nas mais diversas matérias, cf. Mauro Rodrigues Pentead, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000: “*Esse é o aspecto nuclear do tema examinado, que no entanto remanesce nas sombras, dada a dimensão exclusivamente privatística em que vêm sendo situadas a dissolução e a liquidação. (...) E isso porque, da ótica ora posta em relevo, é inequívoco o interesse público em que as dissoluções e liquidações se processem de forma ágil e desburocratizada, para que as reinserções de valores estagnados no sistema econômico operem-se com maior*

Apreendida a propriedade em seu aspecto dinâmico e funcional, a lei societária deve reconhecer ao empresário um poder funcional (*direito-função*)⁶⁴, no sentido de que é atribuído ao titular, não para atender aos seus interesses egoísticos pessoais, mas para a realização de uma finalidade precisa, no caso, não apenas a produção de lucros, mas o desenvolvimento econômico e social, idéia que está imanente nos valores enunciados pela Constituição Federal, antes referidos.

Esse aspecto público do modelo societário fica evidente no momento da elaboração legislativa. O ofício encaminhado ao Ministério da Fazenda e Planejamento pelo grupo de juristas integrado, entre outros, por

celeridade. É também de interesse público a eliminação formal de sociedades infecundas ou inertes do cenário empresarial, visto que o direito positivo há sempre de perseguir a certeza e a segurança das relações negociais e mesmo institucionais” (p. 5 e 6).

⁶⁴ “(...) a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima” (F. K. Comparato, *Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 294). Vale observar que, na teoria de Fábio Konder Comparato, o empresário, titular desse direito-função, não corresponde à pessoa jurídica (sociedade), mas sim ao controlador, que passa a ser visto como autêntico cargo, na estrutura da sociedade por ações (*Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 106 e 107). O direito-função, expressão empregada por Fábio Konder Comparato, assimila-se à categoria do poder funcional: “Dos direitos subjetivos distinguem-se nitidamente os poderes funcionais (*potestà*, no original), que implicam uma outra e diversa categoria de posição jurídica subjetiva ativa complexa. O conceito de poder funcional decorre da conjugação entre um poder e um dever em sentido específico (*obligatio*, no original). Realmente, nos poderes funcionais, determinadas posições jurídicas são atribuídas a um sujeito para a satisfação de interesses que não são estritamente seus (...) As pessoas investidas nesses poderes não são livres de exercitá-los, ou não, de modo que a perseguição daqueles interesses não fica confiada ao mero arbítrio do titular de uma faculdade, mas à sua prudente discricionariedade vinculada do sujeito investido numa posição jurídica ativa que tem o dever de exercitar. Sendo assim, aquele que é investido num poder funcional é titular de poderes cujo exercício discricionário vem posto, para ele, como um dever em sentido estrito, que deve ser atuado em benefício do interesse de outrem, sob pena de destituição ou de alguma outra sanção imposta ao titular do poder funcional” (Giuseppe Lumia, *Lineamento di Teoria e Ideologia del Diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 102 a 123, trad. com adaptações e modificações de Alcides Tomasetti Jr., versão terminada em 1985).

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, apresentando a anteprojeto que originou a lei brasileira de sociedade por ações (Lei n. 6.404/1976), assim dizia: “*Tal sistema foi construído – sem prejuízo de outros relevantes objetivos já enunciados – com a preocupação de obter da nova lei toda contribuição que possa trazer à expansão do nosso mercado de valores mobiliários, mecanismo indispensável para viabilizar a grande empresa privada nacional, além de instrumento eficiente de distribuição da renda e democratização da propriedade do capital. (...) Esse conjunto de medidas (...) permitirá que o empresário privado nacional desempenhe com eficiência a sua função, multiplicando iniciativas criadoras de riqueza nacional*”⁶⁵.

Tinham os autores do anteprojeto, portanto, consciência de que o modelo societário não serve apenas à solução de questões de índole privada, exercendo função instrumental para a consecução dos valores fundamentais da ordem econômica.

É curioso notar que, à época, o anteprojeto de Código Civil também estava em elaboração, incluindo a disciplina das sociedades anônimas. Os ministros da Fazenda e da Secretaria de Planejamento Econômico propuseram ao então presidente Ernesto Geisel, no entanto, que a disciplina das sociedades anônimas fosse destacada do anteprojeto de Código Civil, devendo ser regulada por lei própria, como de fato acabou ocorrendo, com as seguintes justificativas, dentre outras: “*(...) a importância da Lei das S.A. como instrumento de política econômica; a significação da Lei das S.A. como forma de organização da grande empresa, essencial no processo de desenvolvimento econômico brasileiro (...)*”⁶⁶. Essa passagem bem realça o papel do direito como instrumento de implementação de políticas públicas, voltadas à consecução dos valores sociais

⁶⁵ O texto do ofício é reproduzido em *A Lei das S.A., Pressupostos, Elaboração, Aplicação*, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 143 e 144.

⁶⁶ Exposição de Motivos do Conselho de Desenvolvimento Econômico n. 14, de 25.6.1974, reproduzido parcialmente em Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A., Pressupostos, Elaboração, Aplicação*, cit., p. 141. O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), efetivamente, remete a disciplina da sociedade anônima à lei especial (art. 1.089).

consagrados no ordenamento jurídico. Veja-se que a lei das sociedades anônimas chega a ser definida como um “*instrumento de política econômica*”.

É interessante verificar, ainda a respeito do anteprojeto de Lei das Sociedades Anônimas, a posição de Modesto Carvalhosa que, à época, sustentou a sua inconstitucionalidade, porque favoreceria a concentração econômica, em detrimento das pequenas e médias empresas nacionais. Para este autor, o anteprojeto violaria o art. 160 da Constituição, de 1967, então em vigor, que prescrevia: “*A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*”⁶⁷. As observações de Modesto Carvalhosa também põem em evidência a função pública do modelo societário e a força vinculante da norma constitucional de natureza programática, que consagra o valor social a ser perseguido por esse ramo do direito.

12. Na persecução dos valores expressos na Constituição, parece indispensável observar que o modelo societário deve adotar normas supletivas, que assegurem adequado nível de autonomia de vontade aos agentes econômicos, mas também normas de natureza cogente⁶⁸.

⁶⁷ *A Nova Lei das Sociedades Anônimas – Seu Modelo Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 153 e 154.

⁶⁸ A combinação de normas cogentes e supletivas é essencial, pois como assinala M. Eisenberg: “*It is sometimes said that arguments for mandatory rules reflect the Nirvana Fallacy, which consists of believing that just because markets are not perfect, mandatory rules would be better. It is of course true that just because markets are imperfect does not mean that mandatory rules would be better. However, the converse proposition is also true: just because mandatory rules are imperfect does not mean that markets would be better. Commentators who stress the Nirvana Fallacy are almost invariably themselves guilty of a mirror-image mistake which might be called the Heavenly Market Fallacy. This is the erroneous belief that because regulation is imperfect, any market, no matter how terribly flawed, is heavenly, and therefore to be preferred to a mandatory legal rule. The brute facts are that most markets are not perfect and most mandatory rules are perfect; that even imperfect markets and legal rules may have positive effects; and that the question in any given case is to determine which of these imperfect mechanisms is better; or, if possible, to determine how these two imperfect mechanisms can be shaped to reinforce each other*” (“*The Structure of Corporation Law*”, in *Columbia Law Review* vol. 89, 1989, p. 1525 e 1526).

A crença em um direito societário com a única função de reproduzir aquilo que as partes negociariam, caso os custos da transação não fossem elevados, não parece adequada⁶⁹.

Em algumas matérias, não há dúvida de que a disciplina ideal é aquela que deixa aos empresários ampla margem de autonomia de vontade, aplicando-se a regra legal apenas no caso de omissão. Essa estrutura normativa, vale notar, foi em grande medida adotada na lei brasileira sobre sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Decreto n. 3.708/19), cuja concisão e presença de normas em sua maioria supletivas podem ser apontadas como fatores determinantes de seu sucesso na prática empresarial⁷⁰. Há matérias, porém, que devem ser disciplinadas por normas cogentes, como ocorre na maioria daquelas que disciplinam a sociedade por ações. A necessidade de proteger as minorias acionárias – o público investidor – torna indispensável a adoção de normas cogentes⁷¹.

Em todos os tipos societários, portanto, em maior ou em menor grau, a lei deve adotar normas de natureza supletiva e também cogente, pois a negociação das partes, ainda que possível, levaria a resultados indesejáveis em relação a inúmeras matérias, como a definição da responsabilidade limitada, a delimitação dos deveres e responsabilidades do contro-

⁶⁹ Essa é a visão dos adeptos da teoria econômica do direito. Entre tantos, cf. F. Easterbrook e D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit..

⁷⁰ Segundo Rubens Requião, o laconismo do Decreto n. 3.708/19 e o caráter supletivo de muitas de suas normas têm como principal virtude deixar “*à livre criatividade dos empresários e dos juristas, a estruturação da vida social através da liberdade do contrato*” (*Curso de Direito Comercial*, vol. I, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 332). O Código Civil de 2002 adota orientação diversa quanto à matéria, deixando menor espaço à autonomia da vontade, ao cuidar da *sociedade limitada* (art. 1.052 e ss.). Mesmo na nova disciplina, porém, verifica-se a preferência por normas de caráter supletivo.

⁷¹ É interessante notar que, nos Estados Unidos, situação semelhante ocorre em relação às *publicly held corporations*, *closely held corporations* e *partnerships*. O caráter cogente da lei que disciplina cada uma dessas sociedades é distinto, admitindo-se maior autonomia da vontade nos dois últimos tipos societários (cf. W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles*, 7ª ed., New York, Foundation Press, 2000).

lador e dos administradores, entre tantas outras que envolvem conflitos de interesses entre os diversos agentes da atividade empresarial⁷².

Cabe à lei, portanto, estabelecer as diretrizes, orientando a ação dos agentes econômicos no sentido da realização dos valores da ordem econômica expressos na Constituição. Para a consecução desses valores, é imperiosa a combinação da lei, de políticas públicas eficientes e da ação do mercado⁷³.

13. O enfoque publicista, anteriormente apontado, aliado à profunda transformação do ambiente econômico ocorrida nas últimas décadas, levam o direito societário a ser invadido por novas teorias jurídicas, que buscam a explicação econômica de seus fundamentos e que lhe conferem

⁷² Num sistema de *civil law*, a tese sustentada pelos autores norte-americanos, adeptos da teoria econômica do direito, parece de todo inaplicável. A própria estrutura do *civil law*, baseada em comandos genéricos da lei, não se coaduna com essa teoria. De qualquer modo, mesmo a doutrina norte-americana tem criticado essa visão, reafirmando a necessidade de normas cogentes para a regulação de diversos aspectos da matéria societária. Nesse sentido, cf. L. Bebchuck: "In particular, limits seem desirable with respect to issues that (1) either redistribute significantly from shareholders to managers (or controlling shareholders) or directly weaken the force of market discipline, and that (2) are sufficiently similar across companies to enable a standard legal arrangement to perform satisfactorily" ("Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", in *Harvard Law Review* vol. 102, 1989, p. 1850). No mesmo sentido, M. Eisenberg: "Mandatory legal rules do double duty in this regard. They are important not only in themselves, but because they serve to emphasize and make particular the general moral principles of stewardship. It would be a descriptive mistake to think that either corporate law or the corporation is contractual in nature. It would be a normative mistake to think that under prevailing circumstances (including the current rules and practices concerning shareholder voting and the structure of share ownership), publicly held corporations would continue at their present level of success if the legal constraints on traditional and positional conflicts that have contributed to that success were moved" ("The Structure of Corporation Law", cit., p. 1.525).

⁷³ Cf. M. Eisenberg, "Taken separately, neither markets, morals, nor law are in themselves sufficient to curb traditional and positional conflicts. Taken together, however, markets, morals, and law have shown themselves capable of achieving that objective" ("The Structure of Corporation Law", cit., p. 1526). Essa passagem indica que o direito, sozinho, não transforma a realidade. É preciso que a ele se conjuguem ações e políticas governamentais eficientes (as chamadas políticas públicas), como assinala

maior interdisciplinaridade⁷⁴. Isso porque, na persecução dos valores sociais, enunciados no art. 170 da Constituição brasileira, o direito societário se agrega ao direito concorrencial, ao direito de defesa do consumidor e a outros subsistemas jurídicos, que se preocupam com interesses que podem ser identificados como extrasocietários.

É interessante, a esse respeito, a análise de Calixto Salomão Filho sobre a relação entre direito societário e direito concorrencial⁷⁵. Para o autor, há pontos de contato e de divergência entre ambos. Comum é a preocupação com a possibilidade de disposição societária sobre unidades empresariais juridicamente distintas, mas economicamente dependentes. Diferentes são os escopos, os interesses protegidos, que levam o direito societário e o direito concorrencial a soluções distintas. Enquanto

Eros Roberto Grau, em *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit.. No Brasil, no campo das empresas, por exemplo, é fundamental o desenvolvimento do mercado de capitais, objetivo anunciado já pelos autores do anteprojeto da atual lei acionária (cf. nota de rodapé n. 65). Isso porque, como ficará mais claro ao longo do trabalho, e como bem apontou Ricardo F. de Macedo, a existência de um mercado de capitais desenvolvido, com a presença de investidores institucionais, constitui um fator indutivo da maior relevância para que a empresa se oriente na direção da consecução de objetivos sociais desejáveis ("Limites de Efetividade do Direito Societário na Repressão ao Uso Disfuncional do Poder de Controle nas Sociedades Anônimas", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 118, abril-junho 2000, p. 167).

⁷⁴ Calixto Salomão Filho, ao cuidar do "direito empresarial público", assinala que "Não pode mais o direito empresarial ser meramente passivo observador e receptor dos dados da vida empresarial. Ao transformar esses dados em valores, influencia o próprio conhecimento da vida econômica. Essa transformação só se pode fazer, por outro lado, com uma profunda compreensão tanto da dimensão individual quanto da dimensão coletiva do conhecimento humano. (...) No plano teórico, essa tendência corresponde a reconhecer a pluralidade de interesses na determinação dos interesses sociais. Mais do que isso, corresponde à necessidade de transformação da organização interna da sociedade para dar guarida eficiente a esses objetivos. (...) Finalmente, a preocupação com a correta definição da inter-relação entre o direito societário e outras disciplinas, como o próprio direito antitruste, decorre dessa linha de pensamento (...) Um direito metodologicamente compartimentado entre público e privado não está apto a regular e imprimir à sociedade rumos e valores sociais capazes de substituir ou ao menos complementar parcialmente a ineficiência do Estado" ("Direito Empresarial Público", cit., p. 15 e 17).

⁷⁵ *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 240 e 241.

o direito societário se preocupa, em primeira linha, com os interesses dos não controladores e dos credores, o direito concorrencial se preocupa com os concorrentes e os consumidores, pois tem como finalidade a manutenção de estruturas de mercado desejáveis do ponto de vista econômico. A despeito dessa diferença de escopos, aponta o autor a estreita interdependência entre o direito societário e o direito concorrencial, ao observar que, ante um sistema societário francamente favorável à concentração de empresas, como identifica ser o caso do modelo brasileiro, exige-se um direito concorrencial que atue com maior rigor⁷⁶.

A observação de que determinado interesse ligado à atividade empresarial (no caso, a livre concorrência) é alvo de preocupação central de outro ramo do direito (o concorrencial) põe em destaque a definição dos limites que o direito societário deve observar na abordagem dos chamados interesses extrasocietários⁷⁷. Em outros termos, se parece unânime a idéia de que o direito societário deve preocupar-se com a consecução dos valores fundamentais da ordem econômica, expressos na Constituição, cumpre verificar de que forma poderá exercer melhor essa função, estabelecendo um equilíbrio adequado entre os interesses intra e extra-societários.

Para tanto, não é possível escapar da definição do interesse social, sem a qual o sistema societário não consegue construir a ponte necessária com os valores consagrados no plano constitucional. Com efeito, a definição da finalidade que a sociedade deve perseguir é indispensável para que a lei societária possa conceber um sistema coerente e eficaz de atribuição de poderes, deveres e responsabilidades ao controlador e aos administradores. Afinal, o poder-dever (direito-função, poder funcional), somente ganha significado com a definição da finalidade que deve ser perseguida, cujo desvio acarreta a atribuição de responsabilidade ao seu titular.

B) Interesse social

14. Analisar a função do direito societário, em certo plano, é estudar a função das sociedades. Quanto a essa matéria, logo vêm à mente os ensi-

⁷⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁷⁷ Cf. nota de rodapé n. 60.

amentos das clássicas teorias contratualista e institucionalista. Não é objeto deste trabalho o estudo dessas teorias, mas não se poderia deixar de mencioná-las, ainda que brevemente, por representarem concepções opostas do interesse social.

Para os contratualistas clássicos, o interesse da sociedade confunde-se com o interesse do grupo de sócios, não havendo nenhum interesse externo a ser observado⁷⁸. Parte a teoria, portanto, daquele que é tradicionalmente apontado como o elemento fundamental do contrato de sociedade, ou de qualquer contrato plurilateral: a comunhão de escopo⁷⁹. Significa dizer que os sócios voluntariamente se reúnem em torno de um fim ou interesse comum⁸⁰.

Vale frisar que o interesse comum não é redutível ao interesse individual de nenhum dos sócios, nem corresponde à soma de seus interesses individuais. A comunhão de interesses, que é qualitativamente diversa da soma dos interesses individuais, ganha concretude na realização do escopo social, que se decompõe em dois elementos: o objetivo final e o modo de sua realização⁸¹. O objetivo final é a produção de lucros, com sua distribuição entre os sócios, elemento que distingue a sociedade da associação⁸². Esse objetivo é alcançado pelo exercício da atividade empresarial, prevista no estatuto ou no contrato social.

⁷⁸ Cf. F. Galgano, *Diritto Commerciale – Le Società*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1987, p. 360 e ss.

⁷⁹ Cf. Ascarelli, “O Contrato Plurilateral”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 274; R. Sztajn, *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 35 e ss.

⁸⁰ Nesse sentido, a definição do contrato de sociedade do art. 1.363 do Código Civil brasileiro, de 1916, realça o fator contratualista: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns*”. O Código Civil de 2002 segue na mesma linha: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*” (art. 981).

⁸¹ Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 303.

⁸² Ascarelli define o contrato de sociedade como uma das espécies de contrato plurilateral, sendo a associação uma outra modalidade desse gênero contratual. A distinção entre a sociedade e a associação decorre justamente da natureza do interesse

Depreende-se, portanto, que a visão contratualista da sociedade reconhece apenas os chamados interesses intrasocietários, não atribuindo valor, pelo menos no que respeita à disciplina das sociedades, aos interesses dos empregados, da comunidade local ou da nação.

No pólo oposto dos contratualistas está a teoria institucionalista da sociedade, que tem origem em Walter Rathenau⁸³, economista e homem de negócios alemão que, ao final da Primeira Guerra Mundial, em período de crise econômica, concebeu a grande sociedade como um instrumento para o renascimento econômico do país. Para Rathenau, as sociedades existem e se desenvolvem não para atender aos interesses dos sócios (dos capitalistas), mas sim para servir ao interesse público representado pela empresa, como organização que transcende a sociedade comercial.

Toda a construção da teoria institucionalista é voltada, portanto, para a função econômica de interesse público, e não meramente privado, da macroempresa, o que se faria por meio da valorização do órgão de administração da sociedade por ações que, em detrimento do interesse dos acionistas, deveria voltar-se à autopreservação da unidade produtiva. Procede-se, assim, a uma gradativa desvalorização do papel da assembleia geral de acionistas em favor do órgão de administração, que deveria tomar em conta os interesses externos aos sócios. Daí a composição do órgão de administração com representantes dos empregados⁸⁴.

comum. Na primeira, o interesse comum se traduz na produção e distribuição de lucros (moeda). Na segunda, o interesse comum corresponde à obtenção de bens ou serviços (cf. "O Contrato Plurilateral", cit., p. 296 e 297). O art. 1.363 do Código Civil, de 1916, ao não estabelecer essa distinção, confunde na mesma disciplina a sociedade e a associação. O Código Civil de 2002 distingue a sociedade da associação justamente em função do elemento lucro (arts. 53 e 981).

⁸³ Cf. *Von Aktienwesen, eine geschäftliche Betrachtung*, Berlim, 1917; tradução italiana *La Realtà della Società per Azioni*, in *Rivista delle Società*, 1966, p. 912.

⁸⁴ A lei societária alemã de 1937 (*Aktiengesetz*, 1937) adotou quase todos os princípios defendidos pela doutrina institucionalista (*Unternehmen an sich*), assegurando à administração (*Verwaltung*) predominância sobre a assembleia de acionistas (*Hauptversammlung*). No interregno entre a edição desta lei até a de 1965, surgiram leis regulamentando a participação dos empregados nos órgãos diretivos das grandes

As teorias contratualista e institucionalista gravitam, portanto, em torno de uma concepção do interesse social vinculada exclusivamente ao grupo de sócios (maximização dos lucros) ou ao interesse público na preservação da empresa (desenvolvimento econômico e social), respectivamente.

Nos Estados Unidos, também em período de crise econômica, os professores Merrick Dodd, da Harvard Law School, e Adolf Berle, da Columbia Law School, reproduziram, segundo a realidade daquele país, o debate entre as teorias contratualista e institucionalista.

Em artigo sob o sugestivo título "*For Whom Are Corporate Managers Trustees?*"⁸⁵, em que analisava estudo anterior de Berle⁸⁶, Dodd defendeu que a sociedade corresponde a uma instituição econômica que tem um papel social a cumprir, além da função de produzir lucros⁸⁷. Posteriormente, Berle concordou, em certa medida, com a tese defendida por Dodd, mas nunca deixou de ressaltar que a ênfase na visão da empresa como unidade produtora de lucros (*shareholder primacy*) não poderia ser abandonada até que o reconhecimento de interesses externos viesse acompanhado de um sistema eficaz que, de um lado, atribuísse legitimidade aos titulares desses interesses para sua defesa e, de outro,

empresas (*Mitbestimmungsgesetze*), tais como a *Betriebsverfassungsgesetz*, de 1952. Essas leis representavam uma evolução natural da teoria institucionalista que, no entanto, a partir dos anos 50, passou a ser criticada pelo exacerbado desprezo com relação aos interesses dos acionistas. Assim, a lei societária alemã de 1965 reforçou o papel da assembleia geral, de modo a proteger os interesses dos acionistas, especialmente dos minoritários. A esse respeito, cf. P. G. Jaeger, *L'Interesse Sociale*, Milano, Giuffrè, 1972.

⁸⁵ In *Harvard Law Review* vol. 45, 1932, p. 1.145.

⁸⁶ "Corporate Powers as Powers in Trust", in *Harvard Law Review* vol. 44, 1931, p. 1.049.

⁸⁷ "(o autor) believes that public opinion, which ultimately makes law, has made and is today making substantial strides in the direction of a view of the business corporation as an economic institution which has a social service as well a profit-making function, that this view has already had some effect upon legal theory, and that it is likely to have greatly increased effect upon the latter in near future" ("*For Whom Are Corporate Managers Trustees?*", cit., p. 1.148).

estabelecesse os correspondentes deveres e responsabilidades aos administradores⁸⁸.

Na década de 1980, o debate entre os Professores Dodd e Berle saiu do ambiente acadêmico para as normas de direito societário adotadas por diversos Estados norte-americanos, como resposta à crescente tendência de *take overs* de natureza hostil. O Estado da Pennsylvania, que tem figurado na vanguarda daquilo que os norte-americanos têm denominado “*other constituency statute*”⁸⁹, com o objetivo de proteger as sociedades domésticas, foi o primeiro a reconhecer em sua lei a possibilidade de os administradores atuarem em vista de interesses externos (trabalhadores, comunidade local), e não apenas do interesse dos acionistas. Depois da Pennsylvania, outros 24 Estados norte-americanos seguiram a mesma orientação⁹⁰.

Em quase todos os Estados, a fórmula adotada segue o seguinte padrão: “*In discharging the duties of their respective positions, the board of directors, committees of the board, and individual directors may, in considering the best interests of the corporation, consider the effects of any action upon employees, upon suppliers and costumers of the corporation and upon communities in which offices or other establishments of the corporation are located, and all other pertinent factors*”⁹¹.

⁸⁸ “*Now I submit that you can not abandon emphasis on ‘the view that business corporations exist for the sole purpose of making profits for their stockholders’ until such time as you are prepared to offer a clear and reasonably enforceable scheme of responsibilities to someone else*” (“For Whom Corporate Managers Are Trustees: a Note”, in *Harvard Law Review* vol. 45, 1932, p. 1.367).

⁸⁹ Na experiência norte-americana, pode-se identificar a doutrina do *shareholder primacy*, que defende a predominância do interesse dos acionistas na definição do interesse social (cf. G. Smith, “The Shareholder Primacy Norm”, in *Journal of Corporation Law* vol. 277, 1998, p. 277), à qual se contrapõe a *other constituency statute*, que reconhece, além dos interesses dos acionistas, outros interesses a serem protegidos.

⁹⁰ A esse respeito, cf. A. Sommer Jr., “Whom Should the Corporation Serve? The Berle-Dodd Debate Revisited Sixty Years Later”, in *Delaware Journal of Corporate Law* vol. 16, 1991, p. 33.

⁹¹ Trata-se da formulação original da lei da Pennsylvania, citada por A. Sommer Jr., *ibidem*.

A semelhança com o art. 116, parágrafo único, da lei acionária brasileira (Lei n. 6.404/1976) é evidente, pois ali se estabelece: “*O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*”. O art. 117, § 1º, alínea *a*, tipifica como modalidade de abuso de poder a orientação da companhia para fim lesivo ao “*interesse nacional*” ou à “*economia nacional*”. Ainda, no art. 154, fica estabelecido que o administrador deve exercer suas atribuições, satisfeitas as exigências do “*bem público*” e da “*função social da empresa*”.

O reconhecimento de que o controlador e os administradores da sociedade devem tomar em conta os interesses dos trabalhadores e da comunidade local, sendo vedado orientar a companhia para fins lesivos ao interesse nacional, parece altamente elogiável, mas põe em destaque a ponderação de Berle, cuja atualidade é evidente, de que isso somente seria possível após a elaboração de um sistema razoável e eficaz de atribuição (I) de legitimidade aos titulares desses interesses para sua defesa e (II) de deveres e responsabilidades aos condutores da atividade empresarial.

No caso da lei brasileira, é unânime o entendimento de que inexistente um sistema dessa natureza, o que transforma o art. 116, parágrafo único, e as demais normas de mesma orientação em pouco mais do que mero exercício de retórica. Note-se que, na lei acionária brasileira, a ação de responsabilidade por abuso de poder de controle fica restrita aos acionistas, o que permite concluir que a definição de novos interesses protegidos (dos trabalhadores, da comunidade local, da nação) não veio acompanhada da indispensável designação do agente legimitado para sua defesa⁹².

⁹² Cf. F. K. Comparato: “*Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento de remédios jurídicos sancionatórios. Pois, se o titular desses interesses comunitários e nacionais transborda largamente o círculo empresarial, quem tomará a iniciativa de defendê-los e com que tipo de ação? Certamente não os acionistas, mesmo minoritários ou não controladores. Na formulação legal do mecanismo de responsabilidade civil, houve a definição de novos interesses protegidos e de novo responsável (o controlador), ao lado dos administradores. Mas não houve a indispensável designação do agente legi-*”

A ausência de um mecanismo adequado para a proteção dos interesses extrasocietários na lei brasileira, porém, não pode ser vista apenas como uma desatenção do legislador. Há uma razão muito forte para que tal sistema não tenha sido, até a presente data, implementado. Trata-se da dificuldade de estabelecer os limites em que devem ser observados os interesses intrasocietários e extrasocietários, os quais muitas vezes se põem conflito.

15. A despeito do reconhecimento teórico na lei de interesses externos a serem protegidos, a ausência de um sistema eficaz para sua proteção traz à tona, novamente, a velha discussão entre os contratualistas e os institucionalistas, ou entre os professores Dodd e Berle: quais interesses (internos e externos) devem ser perseguidos pela sociedade e com que limites?

Fábio Konder Comparato assume uma posição absolutamente clara a esse respeito. O reconhecimento de interesses externos a serem protegidos não significa transformar a sociedade em órgão público, tendo por objetivo primordial o interesse coletivo. O escopo lucrativo está expressamente estabelecido no art. 2º da lei acionária brasileira, e não pode ser descurado. Fica subordinado, porém, aos interesses comunitários e nacionais, que prevalecem em caso de conflito, pois a liberdade de iniciativa não torna absoluto o direito ao lucro, nem o põe acima dos valores da ordem econômica e social, expressos na Constituição⁹³.

Essa orientação, embora com sólidos fundamentos constitucionais, não parece suficiente, contudo, para oferecer um critério claro para a solução dos problemas concretos, em que a definição do interesse a ser perse-

timado a agir em prol do bem público” (O Poder de Controle na Sociedade Anônima, cit., p. 301).

⁹³ “Tal não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha como objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição” (O Poder de Controle na Sociedade Anônima, cit., p. 301).

guido nem sempre é fácil de se obter. A tarefa, da qual não se pode fugir, é a de estabelecer os limites em que os interesses externos podem ser levados para a estrutura interna de decisão da sociedade, sem transformá-la em um “órgão público”, que perseguiria primordialmente os interesses coletivos, como apontado pelo próprio Fábio Konder Comparato⁹⁴.

A título ilustrativo, imagine-se que uma determinada empresa pudesse escolher entre duas linhas de produção, ambas consentâneas com a legislação ambiental. A primeira linha seria menos poluente, mas acarretaria custos mais elevados. A segunda seria mais poluente, mas implicaria relevante redução dos custos. Como deveriam decidir o controlador e os administradores dessa sociedade? Deveriam voltar-se ao interesse da comunidade pela preservação do meio ambiente, o que acarretaria maiores custos para a sociedade, ou agir em conformidade com o interesse dos acionistas, pela produção de lucros mais elevados? Se a decisão fosse a de reduzir custos, teriam sido atendidos os interesses dos sócios; se fosse pela redução da poluição, teriam sido atendidos os interesses da comunidade local e da nação. Em ambas as hipóteses, portanto, seria defensável a decisão tomada pelo controlador e pelos administradores.

Pode-se verificar, a partir do exemplo citado, que a simples atribuição ao controlador e aos administradores de deveres e responsabilidades para com acionistas, trabalhadores, comunidade local e nação, desacompanhada de uma definição de critérios objetivos para solucionar os conflitos estabelecidos entre esses distintos interesses, consubstancia fórmula excessivamente genérica, que deixa uma margem de manobra muito ampla aos condutores da sociedade, o que contribui para a ineficácia do sistema de atribuição de responsabilidade. Vale dizer, na medida em que a finalidade do poder não é claramente definida, torna-se difícil identificar os casos de *desvio*, o que é fundamental para a definição da responsabilidade do controlador e do administrador⁹⁵.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cf. F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 304; cf. R. Clark, professor da Harvard Law School: “A single objective goal like profit maximization is more easily monitored than a multiple, vaguely defined goal like the fair and reasonable accommodation of all affected interests (...) Assuming shareholders have some control mechanisms, better monitoring means that corporate managers

Era exatamente essa a preocupação de Berle, ao defender que a forma mais eficaz de disciplina do poder empresarial seria a partir da *shareholder primacy*, ou seja, por meio de uma construção jurídica baseada na persecução do interesse dos acionistas, não se interiorizando na sociedade interesses de outra natureza⁹⁶. Ainda hoje, parte expressiva da doutrina norte-americana defende que a inclusão de “*other constituency*” é inadequada para a lei societária.

Merecem especial destaque os defensores da empresa como *nexus of contracts*⁹⁷. Segundo essa corrente doutrinária, o objetivo de maximização da riqueza, que deve ser reconhecido a toda sociedade, é incompatível com a interiorização na sua estrutura de interesses estranhos aos sócios, como a defesa do meio ambiente, por exemplo. A melhor orientação seria a de buscar meios para transformar os interesses externos em linguagem que possa ser compreendida em termos de interesses internos, como, por exemplo, com a concessão de incentivos fiscais para empresas menos poluidoras, no exemplo antes citado. Nesse caso, o interesse externo – defesa do meio ambiente – seria alcançado pela sociedade, sem que esta deixasse de perseguir, em primeira linha, a produção de lucros, evitando-se que o controlador ou os administradores sirvam a “*two masters*” (sócios e comunidade)⁹⁸.

will be kept more accountable. They are more likely to do what they are supposed to do and do it efficiently” (*Corporate Law*, Boston, Little Brown, 1986, p. 20).

⁹⁶ Cf. nota de rodapé n. 88.

⁹⁷ Essa teoria jurídica sobre a empresa será abordada no item B, do Capítulo I, da Parte III.

⁹⁸ Nesse sentido, é expressiva a seguinte passagem de F. Easterbrook e D. Fischel: “*Society must choose whether to conscript the firm's strength (its tendency to maximize wealth) by changing the prices it confronts or by changing its structure so that it is less apt to maximize wealth. The latter choice will yield less or both good ends than the former. One reason is obvious: a manager told to serve two masters (a little for the equity holders, a little for community) has been freed of both and is answerable to neither. Faced with a demand from either group, the manager can appeal to the interests of the other. Agency costs rise and social wealth falls. Far better to alter incentives by establishing rules that attach prices to acts (such pollution and layoffs) while leaving managers free to maximize the wealth of the residual claimants subject to the social constraints*” (*The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 38).

Essas observações, porém, não são suficientes para apontar um critério adequado para a definição dos limites que devem ser observados na interiorização de interesses externos à sociedade e para a solução de conflitos entre os diversos interesses protegidos. Para tanto, parece oportuna a definição dos interesses de longo prazo dos sócios, que podem ser resumidos na duradoura prosperidade e rentabilidade da sociedade. Esse interesse pode ser aproximado ao dos empregados, fornecedores, consumidores, credores e da própria comunidade local, pois uma empresa bem sucedida propicia empregos e bens e serviços para a comunidade, pagando suas obrigações pontualmente. Uma empresa bem sucedida, ademais, costuma oferecer melhores condições de trabalho e produtos de maior qualidade e rentabilidade, preocupando-se em manter uma boa imagem, para o que se faz indispensável a observância de interesses da comunidade, como a defesa do meio ambiente.

É claro que os interesses dos sócios, considerados em termos de curto prazo, muitas vezes se apresentam em conflito com os interesses dos trabalhadores e da comunidade. É o caso, por exemplo, da apresentação de uma proposta vantajosa para a aquisição da participação dos sócios no capital da sociedade, por outra concorrente, cuja única finalidade é a extinção da atividade produtiva da primeira, eliminando-a do mercado. Essa situação não é cerebrina, mas tem-se verificado com relativa frequência, como, por exemplo, nas inúmeras *take over bids*, observadas sobretudo nas décadas de 1980 e 1990 na experiência norte-americana. Ela é útil para evidenciar o conflito entre os interesses de curto prazo dos sócios (auferir lucros com a venda da participação no capital) e os interesses dos empregados e da comunidade na manutenção da unidade produtiva. Diante dessa espécie de conflito, parece não haver dúvida de que prevalece o interesse extrasocietário (trabalhadores e comunidade).

Na mesma situação, porém, se fossem considerados os objetivos dos sócios, não de curto, mas de longo prazo, os interesses extrasocietários e intrasocietários estariam perfeitamente alinhados, pois ambos visariam à duradoura prosperidade e rentabilidade da sociedade, ou seja, à manutenção de sua atividade empresarial. Não haveria conflito, portanto, entre os interesses extrasocietários e intrasocietários, concebidos estes em termos de interesses de longo prazo dos sócios.

Por outro lado, quando o conflito se estabelece entre os interesses extrasocietários e o interesse de longo prazo dos sócios na prosperidade e rentabilidade da empresa, parece mais adequado que este prevaleça sobre aqueles, sob pena de se conceber a sociedade como órgão público, voltado precipuamente ao interesse coletivo, o que desvirtuaria o preenchimento de sua função social e econômica específica.

Imagine-se o caso da manutenção de uma unidade produtiva cronicamente deficitária da empresa por longo período. Num primeiro instante, poder-se-ia cogitar que a manutenção dessa unidade seria imperiosa, dada a prevalência dos interesses dos empregados e da comunidade local. Todavia, essa solução não parece adequada, pois, dado o modelo econômico dominante, pautado pela livre iniciativa e pela livre concorrência, a tendência seria de que tal sociedade fosse sobrepujada pelas concorrentes, podendo ser alijada do mercado, em prejuízo, portanto, da totalidade de seus empregados e das comunidades de cada local em que tivesse estabelecimento.

A verdade é que a forma como o sistema econômico está atualmente organizado impõe limites à consideração dos interesses extrasocietários, em detrimento do interesse de longo prazo dos sócios. Como a capacidade de produzir lucros está na base do sistema econômico atual, determinando toda a sorte de decisões acerca da empresa (dos investidores, credores, fornecedores etc.), a total submissão dos interesses dos sócios, considerados a longo prazo, aos interesses da coletividade acabaria por subverter o papel da sociedade na ordem econômica e social. Uma visão como essa do interesse social exigiria a reconstrução do direito societário em bases radicalmente diversas, o que somente seria adequado em ambiente econômico distinto daquele ora vigente⁹⁹.

⁹⁹ Embora retratando a realidade norte-americana, em que a existência de um mercado de capitais desenvolvido altera muito os aspectos da questão, é útil para a análise, mesmo considerando a realidade brasileira, a seguinte passagem de A. Sommer: "If it is accepted that the prevailing norm for directors conduct is the long-term interests of shareholders, then a reconciliation of the positions of the proponents and opponents of the other constituency statutes is discernible. Concern with the welfare of employees, of communities, of suppliers, of customers is clearly in the interests of shareholders when they are deemed to have a long-term perspective; it is only when the focus shifts

A consideração do interesse de longo prazo dos sócios, em certa medida, tem sido adotada pela Corte de Delaware, de reconhecida reputação na análise da matéria societária. Em diversos julgados, esse tribunal tem reconhecido os interesses dos trabalhadores, fornecedores, credores, consumidores e da comunidade como integrantes do interesse social, devendo, portanto, ser atendidos pelo controlador e pelos administradores. Impõe-se o limite, porém, de haver "some reasonable relationship

to the immediate share price realizable that their welfare becomes a matter of indifference. However, even when the perspective is the long-term interests of shareholders, there are clear bounds beyond which heed to the interests of other constituencies cannot go: there must be a clear line connecting long-term shareholder benefit with actions taken which appear to help other constituencies. Under present law directors may not, for example, and should not be permitted to keep open an obsolete and uneconomic plant when no benefit to future profitability of the enterprise can be found either in terms of impact on morale at other installations or beneficial repute in the community. If the commitment to the best interests of the corporation is not perceived to entail an obligation to give primacy to shareholders, then presumably directors could allow such a plant to continue to operate indefinitely. Our entire economic system is organized in a manner that puts restraints on the ability of management to make a policy of significantly favoring non-shareholders at the expense of shareholder interests. The perception of such a policy by investors and its implementation will be quickly translated into a decline in market value, which renders the company less competitive in the capital markets, adversely affects the incentives of employees with a stake in the market price of the company's stock, creates adverse publicity in the financial press and imperils the tenure of management. Perhaps this discipline of the market in practice creates the restraint on any management inclined to interpret its powers under the other constituency statutes too expansively. While directors cannot be indifferent to the short-term interests of shareholders (for instance, in the Revlon situation), nonetheless the long-term interests of shareholders should properly be directors concern. If they are, then clearly some of the apparent conflict between the advocates of the constituency statutes and proponents of the notion that the interests of the corporation must be given priority, on the one hand, and the opponents of such statutes who insist upon primacy for shareholders, disappears. The long-term interests of shareholders and the interests of the corporation conceived as an entity separate and apart from the shareholders are almost equally difficult to define. However, both may be perceived as embracing: continuity and continued existence of the corporation if there is reasonable promise of economic success, profitable operations, plans for the continuation of profitable operations, and the utilization of the resources available to the corporation to achieve that continuity of existence and prosperity—all of which redound to the long-term benefit of shareholders

to *general shareholder interests*”¹⁰⁰, com o que se equilibrariam os chamados interesses internos e externos.

É interessante notar que essa visão do interesse social, aliando interesses internos e externos, encontra origem ainda nas teorias contratualista e institucionalista. Uma vertente da teoria contratualista inclui na categoria de sócios não apenas os atuais, mas também os futuros, em enfoque de longo prazo que realça a importância da preservação da empresa, como elemento do interesse social¹⁰¹. Por outro lado, a teoria institucionalista tem uma vertente “integracionista”, que se afasta do tom publicístico exagerado de Rathenau, para conceber o interesse social como o interesse harmônico e comum dos vários tipos de sócios e trabalhadores, que se traduz no interesse pela preservação da empresa¹⁰². Essas duas vertentes da teoria contratualista e institucionalista acabam por aproximá-las, de modo a reconhecer como interesses a serem necessariamente protegidos, de um lado, a produção de lucro e, de outro, os interesses dos trabalhadores e da comunidade na preservação da empresa.

Com essas considerações, parece possível sugerir à reflexão a definição do interesse social na *prosperidade, rentabilidade e distribuição equitativa de resultados entre os diversos participantes da atividade empresarial, a longo prazo*. Esse pode ser o critério a ser observado na definição dos interesses externos a serem interiorizados e na solução dos conflitos entre os diversos interesses a serem protegidos.

Interesses externos que prejudicam a lógica *prosperidade-rentabilidade-distribuição equitativa de resultados a longo prazo* não devem ser

and to the good of the corporation. The achievement of the best interests of the corporation and the long-term interests of shareholders conceived in this way clearly necessitates heed to the interests of other constituencies, for without such concern the good of the corporation and the long-term interests of shareholders as described could not be attained (“Whom Should the Corporation Serve? The Berle-Dodd Debate Revisited Sixty Years Later”, in *Delaware Journal of Corporate Law*, cit., p. 52 e 53).

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰¹ P. Jaeger, *L'Interesse Sociale*, cit., p. 89 e ss..

¹⁰² Essa visão “integracionista” pode ser reconhecida como a afirmação definitiva do institucionalismo na Alemanha, como assinala Calixto Salomão Filho, em “Interesse Social: Concepção Clássica e Moderna”, in *O Novo Direito Societário*, cit., p. 21.

trazidos para a estrutura de decisão interna da sociedade, devendo ser protegidos por leis próprias (v.g., meio ambiente)¹⁰³. Por outro lado, os interesses de todos os participantes da atividade empresarial (trabalhadores, credores, fornecedores, consumidores etc.) e da comunidade podem ser interiorizados, desde que sob o critério orientador, vale frisar novamente, da *prosperidade – rentabilidade – distribuição equitativa de resultados a longo prazo*¹⁰⁴.

Em síntese conclusiva, o modelo societário tem a função de estabelecer regras que permitam a organização mais eficiente dos interesses que gravitam em torno da empresa¹⁰⁵. Uma eficiência não apenas produtiva, mas distributiva, que assegure duradoura prosperidade, rentabilidade e repartição equitativa de resultados entre todos os participantes da atividade empresarial¹⁰⁶.

¹⁰³ Cf. F. Easterbrook e D. Fischel: “We do not make the Panglossian claim that profit and social welfare are perfectly aligned. When costs fall on third parties – pollution is the common example – firms do injury because harm does not come back to them as private costs. (...) No rearrangements of corporate governance can change this. The task is to establish property rights so that firms treat the social costs as private ones, and so that its reactions, as managers try to maximize profits given these new costs, duplicate what all of parties (downstream users and customers alike) would have agreed to were bargaining among all possible without cost” (*The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 39).

¹⁰⁴ Sobre o critério para interiorização de interesses na sociedade, Calixto Salomão Filho comenta: “A teoria organizativa, quando bem aplicada, não é um retorno ao individualismo dos contratualistas, mas sim um passo avante em relação ao institucionalismo na defesa do interesse público. Possibilita a proteção dos interesses que podem ser bem protegidos por regras organizativas internas e a externalização daqueles que não podem. Ela dá, portanto, por assim dizer, mais sinceridade ao direito societário” (“Interesse Social: Concepção Clássica e Moderna”, in *O Novo Direito Societário*, cit., p. 42).

¹⁰⁵ Calixto Salomão Filho, de maneira semelhante, assim define o interesse social: “(...) o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse de todos os sócios nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que cria” (*ibidem*, p. 32).

¹⁰⁶ A eficiência alocativa refere-se ao nível de oferta de bens e serviços e de demanda, determinando se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consu-

Assim o fazendo, a sociedade cumprirá sua função econômica e social específica, na busca dos valores expressos no art. 170 da Constituição brasileira, que podem ser resumidos em assegurar a todos “*existência digna, conforme os ditames de justiça social*”.

midores mais apreciam ou necessitam. A eficiência produtiva refere-se à produção de bens e serviços aos menores custos, representando o nível de dispêndio necessário para a produção de determinado bem (cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p. 167 e 168). Neste trabalho, emprega-se a expressão eficiência distributiva para aludir a uma equitativa repartição dos resultados obtidos pela sociedade entre os diversos participantes da atividade empresarial (sócios, trabalhadores, credores, fornecedores e consumidores). É interessante notar que a lei antitruste brasileira (Lei n. 8.884/1994), ao tratar do controle das concentrações, no art. 54, § 1º, inc. II, logo em seguida ao requisito da eficiência, exige que “*os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus diversos participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro*”. Transpondo o princípio redistributivo ao direito societário, parece possível afirmar que o modelo societário deve buscar uma organização da atividade empresarial que seja eficiente do ponto de vista produtivo, mas que também atenda ao princípio redistributivo, de tal sorte que os participantes dessa atividade recebam, de forma equitativa, parcela dos resultados compatível com a sua contribuição. Nessa medida, a sociedade atenderá à sua função econômica e social, determinada pela Constituição de 1988.

PARTE II – MODELO SOCIETÁRIO VIGENTE: PROBLEMAS

16. Nesta segunda parte, o objetivo será identificar os pilares do modelo societário vigente e as razões que o levaram a um estado de crise, ou seja, a um profundo desajuste com a atual realidade empresarial.

Também se procurará demonstrar que a teoria clássica da descon-sideração da personalidade jurídica tem sido o remédio utilizado na tentativa de superar essa crise, mas que se trata de mero paliativo, não sendo suficiente para readequar o modelo jurídico à vida econômica e social.

Essa adequação, como se tentará apontar na Parte III, somente será possível a partir de uma revisão do modelo societário, que deverá estar atenta aos aspectos econômicos da realidade a ser disciplinada.

CAPÍTULO I – O MODELO SOCIETÁRIO VIGENTE. PARADIGMA DA SOCIEDADE ISOLADA

17. O direito comercial, desde sua origem, esteve intimamente relacionado com as estruturas econômicas e sociais¹⁰⁷. Privilegia-se, portanto, seu caráter funcional em detrimento de um enfoque essencialista, preocupado com a natureza dos institutos jurídicos.

O modelo societário não constitui exceção. Foi concebido segundo uma determinada realidade econômica e social, com a qual era consentâneo. A evolução dessa realidade, porém, não foi acompanhada pelo modelo jurídico, em uma confirmação do atraso da ordem jurídica em

¹⁰⁷ Cf. nota de rodapé n. 54.