

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

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 consen-tâneo. 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.

relação aos fatos econômicos e sociais. Nesse contexto, é interessante fazer uma breve incursão histórica sobre a evolução do ambiente econômico e as respectivas estruturas jurídico-societárias.

A) Notas sobre a história da sociedade comercial¹⁰⁸

18. O modelo societário com que hoje se lida, em sua estrutura e principais características, data do final do século XIX e início do século XX. Formou-se, porém, ao longo de quase quatro séculos, respondendo às exigências econômicas e sociais de cada época.

Na Idade Média, especialmente a partir do século XI, a Europa observou intenso crescimento comercial, o que se deveu a um período de paz relativa, após o declínio do império romano e as invasões dos bárbaros. Multiplicavam-se as cidades livres e a abertura de novas vias de circulação, o que contribuiu para o desenvolvimento do comércio, que era exercido por profissionais especializados, no âmbito das corporações de ofício. O protagonista central desse sistema econômico era, portanto, o *comerciante individual*, caracterizando-se o direito comercial por constituir um direito consuetudinário e de classe¹⁰⁹.

Cabia ao comerciante a organização do capital e do trabalho necessária ao desenvolvimento dos negócios, cujos riscos assumia integralmente. O capital exigido não era elevado, sendo o trabalho realizado pelo próprio comerciante, secundado por poucos auxiliares, muitas vezes, membros de sua família. A “empresa” mercantil, assim organizada, se desenvolvia em espaços relativamente restritos, extinguindo-se, em regra, com a morte do comerciante.

¹⁰⁸ A expressão “sociedade comercial” é substituída por “sociedade empresária” (art. 982), no Código Civil brasileiro de 2002, mais atento à evolução do instituto e à visão atual do direito comercial, como direito empresarial, ou seja, que tem por objeto a atividade empresarial, abandonando-se o enfoque apegado ao conceito de atos de comércio (cf. W. Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 63 e ss.). Não obstante, utiliza-se sociedade comercial ao longo deste tópico, por melhor indicar a origem histórica do instituto.

¹⁰⁹ Ascarelli denomina essa como a fase subjetiva do direito comercial (cf. *Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell’Impresa*, cit., p. 21, 58 e 59).

A sociedade em nome coletivo surgiu, entre outras razões, em função da exigência de prosseguimento do negócio, após o falecimento do comerciante. Os herdeiros do titular de uma casa de comércio, após a morte deste, formavam uma entidade coletiva destinada à continuação dos negócios. O *consortium*, formado entre os herdeiros, originou a *societas*¹¹⁰, chamada de *companhia*, palavra que se teria formado a partir de *cum* e *panis*, indicando a comunhão fraternal de vida e de trabalho¹¹¹.

Também são dessa época as sociedades em comandita, cuja origem se encontraria no contrato de *commenda*, de origem italiana, que era amplamente utilizado no comércio marítimo do Mediterrâneo. Em regra, a contribuição de capital era apenas do *commendator*, cabendo ao *tractator* o exercício da atividade, pela qual apenas este se responsabilizava. As sociedades em comandita foram largamente utilizadas durante séculos, tendo servido inicialmente para permitir que nobres, titulares de cargos públicos e religiosos burlassem a proibição ética e religiosa dos empréstimos a juros, podendo, assim, participar dos resultados obtidos nas atividades comerciais¹¹². As sociedades comanditárias permitiam, por outro lado, a limitação da responsabilidade em relação aos riscos do

¹¹⁰ No direito romano antigo, a relação jurídica que existia após a morte do *paterfamilias* entre os seus vários herdeiros também podia ser criada artificialmente por meio de um ato jurídico. A associação cooperativa dos co-herdeiros era chamada *consortium*. No início da República romana, desenvolveu-se, ao lado do *consortium*, uma sociedade de fim lucrativo, que podia ser criada não apenas pelos cidadãos romanos. A *societas* clássica baseava-se no consenso permanente e subsistia apenas pelo período em que os sócios mantinham sua vontade comum. Ao contrário das sociedades modernas, a *societas* romana gerava direitos e deveres apenas entre os sócios, carecendo de representação perante terceiros. A esse respeito, cf. Max Kaser, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, p. 255 e ss.. O autor apresenta a seguinte definição: “O contrato de sociedade do direito clássico (*societas*) é a união de duas ou mais pessoas para realizar um fim comum com meios comuns. Esta estrutura contratual remonta historicamente a duas raízes: o *consortium* romano antigo e a sociedade de fim lucrativo capitalista” (ob. cit., p. 255).

¹¹¹ Cf. Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, 3º v., 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1950.

¹¹² Cf. G. Ripert, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, cit..

negócio, que não eram assumidos, na maioria dos casos, pelo *commendador*¹¹³.

Nesse período, portanto, em que os institutos italianos da *commenda* e da *societas* influenciaram toda a Europa, a atividade econômica se organizava em torno da figura do *comerciante individual*¹¹⁴. Como assinala Hadden, "(...) *the entrepreneur or businessman was still the key figure: it was he who adventured or undertook the risks of directing production, brought together the capital and labor required for the work, arranged or engineered its general plants and superintended its minors details. (...) The corporate form of organization was thus not subjected to serious analysis by founding fathers of economics*"¹¹⁵.

Não obstante o relevante desenvolvimento observado em todos os setores da economia européia durante os séculos seguintes, até a Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX, a pequena dimensão das unidades de produção não exigia outras formas jurídicas de organização empresarial, além daquelas originadas dos institutos da *societas* e da *commenda*. A economia era predominantemente agrícola, artesanal e mercantil, sendo dominada por uma série de agentes individuais,

¹¹³ O declínio das sociedades em comandita na experiência prática somente ocorreu com a introdução das sociedades de responsabilidade limitada, passíveis de serem adotadas pelas pequenas e médias empresas, o que veio a ocorrer no século XIX. Antes disso, prevaleciam as sociedades anônimas, para grandes empreendimentos, e as sociedades em comandita, para empresas menores (cf. António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 31).

¹¹⁴ Observa J. Dobson: "*Las formas asociativas con el objeto de afrontar empresas económicas entre sujetos privados fueron utilizadas profusamente por los comerciantes italianos del medioevo. Estas formas sociales permitían aunar esfuerzos bajo una dirección común, un patrimonio reunido entre todos o parte de los socios afectado a un objetivo prefijado, de interés también común a todos los asociados. Estas agrupaciones, denominadas 'compagnia', 'societas' y 'commenda' en sus orígenes, admitían una amplia comunicación de responsabilidad entre los acreedores del grupo y cada uno de los socios*" (*El Abuso de la Personalidad Jurídica en el Derecho Privado*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 1).

¹¹⁵ Cf. *Company Law and Capitalism*, 2ª ed., London, Weindenfeld and Nicolson, 1977, p. 19.

dispersos e autônomos, sem forças para influenciar o funcionamento do mercado¹¹⁶.

Antes da Revolução Industrial, porém, a formação do modelo societário atual, em cujo epicentro está a sociedade anônima, iniciava-se por meio de instituto diverso das sociedades em nome coletivo e em comandita. Trata-se das companhias coloniais, constituídas a partir do século XVI, como resposta à necessidade de mobilização de elevadas somas de capital para enfrentar os desafios políticos e econômicos da época dos descobrimentos.

No dizer de Ascarelli, "*direito público e direito privado, interesses comerciais e expansão colonial, concorrem na origem do instituto*"¹¹⁷, pois as companhias coloniais nasceram da associação dos Estados europeus, que então se formavam, com comerciantes e investidores, dispostos a mobilizar as altas somas de capital necessárias à conquista do Novo Mundo e do Oriente, empreendimento que envolvia riscos elevados.

A primeira dessas companhias teria sido a Companhia das Índias Orientais, fundada na Holanda, em 1602. A ela se seguiram inúmeras outras companhias de natureza semelhante na Inglaterra, França, Espanha e Portugal, entre outros países, sempre com o objetivo de realizar empreendimentos coletivos, concedidos à sociedade como monopólio, de interesse vital para o Estado que as criara¹¹⁸.

¹¹⁶ Engrácia Antunes assinala: "*De facto, no contexto de uma economia predominantemente artesanal e mercantil, como foi aquela que precedeu o capitalismo industrial dos sécs. XVIII e XIX, o universo económico reflectia a imagem de espaço de actuação duma multiplicidade de agentes económicos individuais, dispersos e de dimensão similar (atomicidade), gozando de uma paridade e autonomia absoluta entre si num mercado transparente e livre (livre concorrência), cuja coordenação e equilíbrio viria automaticamente obtido na base do mero jogo do mecanismo dos preços (a 'mão invisível' de um mercado abandonado a si próprio)*" (*Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 4).

¹¹⁷ "Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas", in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 337.

¹¹⁸ A título ilustrativo, entre outras companhias, a Inglaterra criou a Companhia Inglesa das Índias Ocidentais, a Companhia do Mar do Sul, a Companhia da Baía de

Essas companhias não poderiam ser consideradas instrumentos da economia privada, porque sua constituição e funcionamento dependiam de uma “carta” (*charter, octroi*) da autoridade pública, na qual eram definidos seus direitos, obrigações, privilégios e monopólios, que simultaneamente abrangiam aspectos comerciais e políticos. Antes, portanto, de constituírem instrumento dos agentes econômicos privados, formas de transformação de negócios individuais em negócios sociais de responsabilidade limitada, as companhias coloniais eram instrumento de conquista territorial e de comércio dos Estados mercantilistas.

A despeito desse acentuado caráter público, as companhias coloniais já delineavam algumas das características principais do atual modelo societário: a responsabilidade limitada dos sócios e a divisão do capital em partes livremente transferíveis¹¹⁹. É oportuno, por conseguinte, abordar brevemente a evolução verificada desde as companhias coloniais até as sociedades anônimas dos dias atuais¹²⁰.

Hudson; a França criou a Companhia do Canadá, a Companhia Francesa das Índias Ocidentais, as Companhias de Nova França; a Espanha criou a Real Companhia do Comércio de Havana, a Real Companhia de Barcelona, a Real Companhia das Filipinas; Portugal criou a Companhia Portuguesa das Índias Orientais, a Companhia do Grão-Pará e Maranhão, a Companhia de Pernambuco e Paraíba etc. (cf. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, cit., p. 43).

¹¹⁹ Cf. Ascarelli: “Nas companhias coloniais já se delineiam os característicos fundamentais, hoje peculiares da sociedade anônima e que a distinguem entre as várias espécies de sociedade: responsabilidade limitada dos sócios e divisão do capital em ações, isto é, possibilidade de serem, as participações dos vários sócios, corporificadas em títulos facilmente circuláveis; a pessoa do sócio é, destarte, indiferente à caracterização jurídica da sociedade” (“Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 336).

¹²⁰ É interessante notar, por outro lado, que as sociedades em nome coletivo e em comandita, que estavam disponíveis para a economia privada naquele momento histórico, apresentavam características opostas àquelas verificadas no modelo societário hoje dominante. A esse respeito, cf. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira: “Essas sociedades comerciais, surgidas na Idade Média, são construções peculiares, que potencializaram a vida mercantil. (...) Cumpre, todavia, ter presente o limitado alcance de tais formas societárias *intuitus personae*: o protagonista da atividade mercantil continuava, sem dúvida, a ser o comerciante. Quando formava uma sociedade, ou dela participava, sua presença continuava dominante, o exercício do comércio continuava a ser feito em torno de seu nome, de seu crédito, de seu conceito, de sua

Identificam os autores três fases de evolução histórica, observada nos diversos países: privilégio, autorização e liberdade¹²¹.

Num primeiro instante, as companhias somente poderiam ser criadas por meio de lei especial, definindo suas características principais, forma de funcionamento e seu objeto, que correspondia sempre a um objetivo político específico, como a colonização de um território, a exploração de determinados recursos naturais etc. (fase do privilégio)¹²². A criação da companhia era, portanto, um privilégio concedido pelo Estado, sendo o desenvolvimento de suas atividades determinado pela carta de constituição, que não poderia ser modificada pela vontade das partes, mas apenas por nova lei que assim o determinasse¹²³.

presença no negócio. (...) Essas circunstâncias ajudam a explicar por que as sociedades por ações não se apresentaram, historicamente, como evolução natural desses primeiros tipos societários, mas, diversamente, encontram suas formas originárias em outros institutos, que respondiam a necessidades econômicas distintas” (A Lei das S.A., cit., p. 36).

¹²¹ Essas expressões são empregadas por Rubens Requião para definir as três etapas históricas de desenvolvimento da sociedade anônima (cf. *Curso de Direito Comercial*, 19ª ed., v. 2, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 5).

¹²² Cf. W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles*, cit., p. 113 e ss..

¹²³ Tem-se apontado, nos Estados Unidos, o julgamento pela Suprema Corte do caso *Dartmouth College v. Woodward*, de 1819, como um primeiro passo para o reconhecimento da *corporation*, não como um privilégio concedido pelo Estado, mas como forma de organização da atividade empresarial passível de ser adotada pela vontade dos particulares. Julgou a Suprema Corte que o Estado de New Hampshire não poderia modificar a *charter* concedida ao Dartmouth College pela coroa britânica. A evolução na experiência norte-americana para um sistema de livre constituição das *corporations* teria decorrido, decisivamente, porém, de dois fatores. Primeiro, um movimento nos diversos Estados para o fim da corrupção que cercava a concessão de *charters*, privilégio que acabava sendo concedido aos mais poderosos. Segundo, a disputa entre os diversos Estados norte-americanos para atrair companhias para seus respectivos territórios, aumentando, assim, a arrecadação de tributos. Isso levou a que, no final do século XIX, os Estados de New Jersey, Delaware e Maine adotassem normas permissivas, que tornavam simples a constituição da *corporation* em seus territórios. Isso foi facilitado pela decisão de 1868 da Suprema Corte que reconheceu o direito de uma *corporation* constituída em determinado Estado desenvolver suas atividades em outros. A respeito dessa evolução da forma corporativa no direito norte-americano, cf. W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic*

No Brasil, esse regime prevaleceu até o Código Comercial, de 1850, sendo exemplos de companhias constituídas por meio de carta real a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão, fundada por ordem do marquês de Pombal, e o Banco do Brasil S.A., fundado por ordem do rei D. João VI, em 1808, quando se encontrava no Rio de Janeiro¹²⁴.

Nos séculos XVIII e XIX, porém, o ambiente econômico se transformou profundamente. Foi o período da Revolução Industrial, marcada por inventos como a máquina a vapor e a eletricidade, que propiciaram o sistema de produção em massa de bens e serviços. Essa nova forma de atividade produtiva, analogamente ao que ocorreu em relação às nações, na época dos grandes descobrimentos, exigiu dos comerciantes a mobilização de elevadas somas de capital e formas mais complexas de organização e planejamento.

Esses reclamos, advindos de uma radical transformação do ambiente econômico, já não se compadeciam com as formas societárias então disponíveis para os agentes privados, especialmente as sociedades em nome coletivo e em comandita. Em resposta, o sistema jurídico concebeu o instituto das sociedades anônimas, nascido da evolução natural das companhias coloniais, que serviram a desafios semelhantes, enfrentados alguns séculos antes, pelos Estados mercantilistas.

Iniciou-se, assim, uma etapa de flexibilização das exigências para a criação das companhias. Aponta-se o *Code de Commerce* francês, de 1807, como o primeiro a reconhecer uma disciplina jurídica geral à sociedade anônima, que poderia ser constituída para negócios privados lícitos, desde que previamente autorizada pela autoridade pública¹²⁵. Passa-se, desse modo, do regime da carta individual de constituição para o da autorização administrativa (fase da autorização).

Foi esse o regime adotado no Código Comercial brasileiro, de 1850, cujo art. 295 enunciava: “As companhias ou sociedades anônimas,

Principles, cit., p. 113 e ss.; P. Blumberg, “The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations”, in *Delaware Journal of Corporate Law* vol. 15, 1990, p. 283 e ss..

¹²⁴ Cf. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, cit., p. 8.

¹²⁵ Ascarelli, “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 339.

designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado e com autorização do governo, dependendo de aprovação do corpo legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio; e devem provar-se por escritura pública ou pelos seus estatutos e pelo ato do poder que as houver autorizado”.

Os Estados norte-americanos foram pioneiros, ao admitir a criação de companhias independentemente de lei especial, ou de autorização administrativa (fase da liberdade). Em 1811, o Estado de Nova York promulgou lei admitindo a livre constituição de *corporations* nos principais setores da indústria, desde que o capital não excedesse US\$ 100 mil e a duração fosse limitada a 20 anos, regime que passou a ser adotado por inúmeros outros Estados, em evolução que se completou ao final da década de 1870¹²⁶. Na Inglaterra, o regime de liberdade para a criação das *corporations* se inicia em 1844, na França, em 1867, quando foi promulgada a lei que introduziu uma completa disciplina para a sociedade anônima, constituindo o ponto de partida da evolução legislativa do instituto na Europa e na América Latina¹²⁷. No Brasil, o regime da liberdade na constituição das sociedades anônimas foi instituído com a Lei n. 3.150, de 1882¹²⁸.

Com o reconhecimento do regime de plena liberdade para sua constituição, a sociedade anônima (*corporation, société anonyme, società per azioni, Aktiengesellschaft*) transformou-se em instrumento geral da economia privada. Concebida como técnica de organização da empre-

¹²⁶ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, cit., p. 61.

¹²⁷ Ascarelli, “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 340. J. X. Carvalho de Mendonça indica o ano de 1862 como aquele em que a Inglaterra adotou o regime de liberdade para constituição das sociedades anônimas, o mesmo tendo ocorrido na Espanha, em 1869, na Alemanha, em 1870, na Bélgica, em 1873, na Hungria, em 1876, e na Itália, em 1882 (cf. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, L. II, 6ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 272).

¹²⁸ Cf. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, L. II, cit., p. 273.

sa¹²⁹, a sociedade anônima aparece como o instrumento jurídico que fornece a estrutura necessária para atender às necessidades da economia industrial, como a mobilização de elevadas somas capital, a limitação do risco do investidor, a estabilidade de organização e de planejamento (a morte ou as vicissitudes dos acionistas não atingem a sociedade), transformando-se, na conhecida expressão de Ripert, no “*merveilleux instrument juridique du capitalisme moderne*”¹³⁰.

Como assinala Ascarelli, “*de instrumento jurídico ‘excepcional’, a sociedade anônima passou a constituir uma forma jurídica ‘normal’ da empresa econômica e a sua adoção se espalhou pari passu com a industrialização dos vários países*”¹³¹.

Cabe observar, nesse passo, que as características da sociedade anônima, sobretudo a limitação da responsabilidade, exerceu influência tamanha sobre as formas de organização da atividade econômica que foram difundidas para outros tipos societários. Até meados do século XIX, existiam dois tipos societários básicos: a sociedade anônima, própria para os grandes empreendimentos, e as sociedades em nome coletivo e em comandita, de caráter excessivamente personalista, que pressupunham a responsabilidade ilimitada dos sócios (na comandita, pelo menos, do comanditário). Preenchendo o vazio, surgiu na Alemanha em primeiro lugar¹³² e depois em diversos outros países um tipo societário intermédio, próprio para as pequenas e médias empresas, que admitia a limitação da responsabilidade dos sócios e uma menor vinculação entre o ente coletivo e seus membros¹³³.

¹²⁹ Cf. J. Paillusseau, *La Société Anonyme — Technique d'Organization de l'Entreprise*, cit..

¹³⁰ Cf. *Les Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, cit..

¹³¹ “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 340.

¹³² Não se desconhece a anterioridade da *private company* inglesa, que apresentaria pioneiramente algumas características do instituto. Não parece haver dúvida, porém, de que foi a lei alemã que inspirou, de forma determinante, a conformação das sociedades de responsabilidade limitada (cf. Sylvio Marcondes Machado, *Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, 1940).

¹³³ Em 1892, a lei alemã criou a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (G.m.b.H.), originando as chamadas sociedades de responsabilidade limitada; em Portugal, em

Sobre os aspectos econômicos e sociais que determinaram a criação das sociedades de responsabilidade limitada, passíveis de serem adotadas pelas pequenas e médias empresas, é interessante verificar como a matéria foi debatida no Brasil. O imperador, por meio da Resolução de 24 de abril de 1867, rejeitou projeto então apresentado para a criação das sociedades com responsabilidade limitada, acolhendo parecer do Conselho de Estado, de 9 de junho do mesmo ano, composto à época por Pimenta Bueno, visconde de Uruguai, de Jequitinhonha e de Itaboraí e Manuel Felizário. Segundo o parecer, a criação dessa forma societária romperia a tradição, perturbaria o sistema e não traria vantagens mais positivas, além das que ofereciam as sociedades anônimas e as comanditárias¹³⁴.

Posteriormente, as sociedades limitadas foram incluídas no projeto de Código Comercial de Inglês de Sousa, que terminou por não ser aprovado. Em 1918, foi encaminhado o projeto de lei especial n. 287, que resultou no Decreto n. 3.708/1919, introduzindo, finalmente, o instituto da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro. No parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, que examinou o mencionado projeto, colhe-se a seguinte passagem, que bem ilustra as exigências econômicas e históricas que determinaram a criação desse tipo societário: “*Essa forma de sociedade que o nosso direito comercial não conhece e que oferece ao desenvolvimento mercantil as possibilidades de um forte incremento das transações, nos ramos vários do comércio e da indústria, pela segurança que o movimento dos capitais nela empregados não pode acarretar, para os sócios, outras responsabilidades senão a da formação do capital social pela integralização da quota a que cada um se obrigou, vem incontestavelmente alargar o campo de ação coletiva dos que têm recursos pecuniários e de*

1901, foi criada a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, sob inspiração da lei alemã (Antônio Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 31); na França, em 1925, criou-se a *société à responsabilité limitée* (cf. Y. Guyon, *Droit des Affaires*, cit., p. 477); no Brasil, em 1919, foi criada a sociedade por quotas de responsabilidade limitada pelo Decreto n. 3.708/1919.

¹³⁴ Cf. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, L. II, cit., p. 58 e ss.. O autor, refletindo a lei vigente à época, comenta que “(...) a nossa legislação não conhece a sociedade limitada, variedade da anônima (...)” (ob. cit., p. 58).

crédito em condições de ser útil e eficazmente empenhados no giro dos negócios produtivos e remunerados, sem os riscos da ilimitada responsabilidade solidária (...) 'Este processo permite seguir a tendência que se assinala no regime das sociedades para aumentar a aplicação do princípio da comandita sob diversas formas, de modo a animar a concorrência das atividades e dos capitais ao comércio, sem ser preciso recorrer à sociedade anônima que melhor se reservará para as grandes empresas industriais, que necessitam capitais avultados e prazo superior ao ordinário da vida humana. As sociedades por quotas, a que chamarei limitadas, por oposição às solidárias (denominação que entendi preferível à de sociedades em nome coletivo, vaga e imprecisa) preenchem essa lacuna do direito vigente'"¹³⁵.

Com o regime de liberdade para a constituição de sociedades anônimas e a criação das sociedades de responsabilidade limitada, completou-se a passagem do modelo do *comerciante individual*, que prevaleceu até o século XIX, para o modelo das *sociedades comerciais*. Importante para o presente estudo é notar que essa transição deu-se em função da profunda transformação da realidade econômica, ocorrida no período da Revolução Industrial, que passou a exigir estruturas jurídicas adequadas às novas formas desenvolvimento da atividade produtiva¹³⁶.

¹³⁵ *Apud* Waldemar Ferreira, *Tratado de Sociedades Mercantis*, v. III, 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1958, p. 644, 645 e 646 – o trecho entre parênteses refere-se a passagem do projeto de Inglês de Sousa, que foi transcrita no parecer.

¹³⁶ Cf. Engrácia Antunes: "É óbvio que, com tal transformação das estruturas econômicas de organização da empresa, eram também as estruturas jurídicas dessa mesma organização que sofriam uma importante mutação. De facto, do mesmo modo que, ao lado da empresa explorada por uma pessoa física singular se foi afirmando gradualmente a empresa explorada por uma pessoa colectiva (a sociedade comercial), também assim ao lado do tradicional direito dos comerciantes se começou a sedimentar um direito das sociedades comerciais" (*Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 8). De forma semelhante, Fábio Konder Comparato: "Durante séculos, o empresário ocupou a cena jurídica. Ele era o comerciante do direito privado, e a sua mercancia se assentava basicamente em dois institutos: a propriedade e o contrato – propriedade dos bens empregados no exercício do comércio, e contratos individuais com empregados, fornecedores e clientes. A multiplicação das sociedades mercantis, e sua importância crescente na vida econômica, não alteraram fundamentalmente o esquema jurídico. Em lugar de comerciantes individuais, surgiram comerciantes coletivos, ligados entre

A propósito, é de se observar que levou mais de um século para que se construísse, em toda a sua potencialidade, a "máquina jurídica"¹³⁷ sociedade anônima, apta a moldar a realidade econômica observada naquele momento da história¹³⁸. Da mesma forma, espera-se que a transformação das formas de organização da atividade empresarial verificada, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX, venha a encontrar a necessária resposta do sistema jurídico¹³⁹.

Feitas essas breves considerações de natureza histórica, criam-se condições para apontar os elementos jurídicos essenciais em que se assenta o modelo societário vigente e, a partir daí, para identificar as razões de seu desajuste com a realidade empresarial contemporânea.

B) Modelo da sociedade isolada autônoma, dotada de personalidade jurídica e responsabilidade limitada

19. O modelo societário vigente, forjado sob as exigências econômicas do século XIX, assenta-se fundamentalmente no instituto da personali-

si por um contrato social. Com o aperfeiçoamento da teoria da personalidade jurídica dos entes coletivos, em fins do século passado, foi possível falar em pessoas jurídicas comerciantes, em tudo e por tudo análogas aos comerciantes individuais" (Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa, cit., p. 8).

¹³⁷ A expressão é utilizada por Ripert, *Les Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, cit., n. 46.

¹³⁸ "Muito embora a emergência do novo sistema econômico, e a conseqüente transformação das estruturas econômicas da empresa agora assinaladas, datem dos finais do séc. XVIII, a reacção do sistema jurídico havia de ocorrer somente um século mais tarde: na verdade, o abandono do sistema de concessão normativa ('octroi') e o reconhecimento da liberdade de constituição das sociedades por acções haveria de ocorrer apenas, pela primeira vez, cerca de 1807 em França, quase imediatamente secundada por outros países, entre os quais Portugal (1833), Espanha (1869), Alemanha (1870), Itália (1882) etc." (Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 8).

¹³⁹ "Assim como levou mais de um século até que o Direito estivesse pronto para pôr a sua chancela à transição da empresa individual à empresa societária, através da criação de um direito das sociedades ao lado do direito dos comerciantes individuais, assim também, com grande probabilidade, se terá de esperar algum tempo mais até que a ordem jurídica esteja pronta para reconhecer a recente transição da empresa unissocietária para a empresa plurissocietária, desenvolvendo ao lado do direito das sociedades comerciais um direito dos grupos de sociedades" (Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 16).

dade jurídica¹⁴⁰ e no princípio da responsabilidade limitada¹⁴¹, ambos, como se verá, intimamente relacionados.

Os sistemas jurídicos clássicos tinham como preocupação central os comportamentos humanos e as relações entre os indivíduos, considerando apenas marginalmente os fenômenos associativos. Contudo, com a profusão do desenvolvimento de entidades coletivas, especialmente aquelas voltadas para o exercício da atividade empresarial, foi inevitável o desenvolvimento do instituto da personalidade jurídica, pelo qual essas coletividades se transformaram em centros autônomos de imputação de direitos e obrigações¹⁴². Assim, o século XIX viveu o fenômeno da *generalização da personificação societária*, pelo qual o instituto da pessoa jurídica, anteriormente reservado à Igreja, à Comuna e às demais entidades havidas como *transcendentes* ao indivíduo, tanto no tocante à duração como aos fins perseguidos, passou a ser adotado em relação às entidades privadas, organizadas para o exercício da atividade empresarial¹⁴³.

¹⁴⁰ "Precisely in order to construct the corporation as a framework of enterprise activity, both earlier and modern corporate legislators unanimously turned to a fundamental institution of the traditional law dogmatics – the institution of legal personality" (Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 53).

¹⁴¹ "A partir do momento em que os empreendimentos exigem grande concentração de capital e em que a direção da produção não está necessariamente na mão dos investidores, a limitação da responsabilidade tornou-se um pressuposto do desenvolvimento" (Antônio Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1999, p. 30).

¹⁴² Cf. J. Dobson: "La utilización de estas sociedades originales trajo un desarrollo y perfeccionamiento que fue dotándolas de una mayor permanencia. La transmisibilidad de las partes sociales, la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, fueron esbozando el concepto de 'persona jurídica' como ente separado e independiente de la voluntad de las partes, y a la conformación de un patrimonio social que no responde por las deudas de los socios" (*El Abuso De La Personalidade Jurídica en el Derecho Privado*, cit., p. 2).

¹⁴³ Sobre a evolução do instituto da personalidade jurídica no século XIX que ocorreu *pari passu* à evolução do modelo da sociedade comercial, assinala Marçal Justen Filho: "E se acentuou a necessidade de generalização da personificação societária (realizada através da consagração da sociedade anônima) porque a Revolução Industrial exigia a concentração de grandes capitais para o êxito empresarial. Retirando-se o Estado do exercício da atividade econômica e alterando-se a natureza dessa ativi-

Nesse sentido, pode-se afirmar que a personificação das sociedades comerciais é uma espécie de denominador comum no direito comparado, tanto em países do *common law* como do *civil law*¹⁴⁴, a ponto de Yves Guyon qualificar a sociedade anônima como "*la plus perfectionnée, la plus puissante, mais aussi la plus complexe des personnes morales de droit privé*"¹⁴⁵. Para o autor francês, a sociedade comercial tem como uma de suas conseqüências principais o nascimento da pessoa jurídica,

o capital individual dificilmente era suficiente para o sucesso. De resto, a responsabilidade subsidiária ilimitada era risco a que não se aventuravam os que pudessem deter tamanha riqueza. Esses não estavam dispostos a inverter somas elevadas no negócio e, ainda, permanecer com o risco de comprometer o restante do patrimônio privado. Essas circunstâncias, assim sumariamente expostas, conduziram naturalmente a que se delineasse a sociedade anônima como instrumento fundamental para o êxito dos sistemas políticos, filosóficos e econômicos adotados. A corporificação empresarial produziu uma revolução sobre as concepções de pessoa jurídica. As sociedades de pessoas, até então existentes, não tinham produzido o fenômeno da corporificação. As circunstâncias haviam permitido, assim, a manutenção das concepções sobre pessoas jurídicas. Mas a alteração dessas mesmas circunstâncias pôs em cheque o pensamento dogmático, ao se produzir o notado fenômeno da generalização da personificação societária" (Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, cit., p. 23 e 24).

¹⁴⁴ "In spite of differences in legal treatment in various national legal contexts, it is possible to point to this dogmatic institution as the juridical foundation-stone of the earlier concept of the corporation, as in force in the codification period. This had occurred in Germany since 1861, France since 1867, Italy since 1865/82, Belgium since 1873, Spain since 1885, without neglecting the particular cases of the UK and USA. Irrespective of the legal system considered (Common or Civil Law), of its priority regarding the adoption of general corporation laws (before or after the introduction of the free-normative incorporation system), or of the way in which it became established (by express statutory consecration or by doctrinal consensus), the fact remains that earlier corporate history is characterized on this point by an extraordinary convergence, the dogmatical framing of the corporate device in terms of the concept of legal personality. This is even more striking if one bears in mind the fact that this was achieved almost simultaneously in the overwhelming majority of national legislations, in the short space of one or two decades" (Engrácia Antunes, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 53 e 54).

¹⁴⁵ Y. Guyon, *Droit des Affaires*, t. I, 6ª ed., Paris, Economica, 1990, p. 263.

capaz de conferir uma estabilidade tal às relações entre os sócios que a mera técnica contratual jamais propiciaria¹⁴⁶.

Não se pretende, no presente estudo, examinar as diversas teorias sobre a pessoa jurídica¹⁴⁷. Será tomada a precaução, porém, de não considerar uma “imitação” do ser humano, ou uma realidade a ele analogicamente relacionada¹⁴⁸. O *antropomorfismo* da pessoa jurídica ofusca o fato de que, em última análise, as relações se dão sempre entre homens de carne e osso, dificultando a imputação adequada de deveres e responsabilidades, como se terá oportunidade de examinar mais adiante¹⁴⁹.

¹⁴⁶ “La société se caractérise aussi par la naissance d’une personne morale qui donne aux relations entre associés une stabilité et une efficacité que les techniques contractuelles n’atteignent jamais” (ibidem, p. 92).

¹⁴⁷ A respeito das diversas teorias sobre a pessoa jurídica, podem ser citadas as clássicas teorias da ficção, de Savigny, e da realidade, defendida por O. Gierke, que foram objeto de acesa polêmica no século XIX. Parece adequada, porém, a crítica formulada por Flume: “As teorias e a polêmica das teorias relativas à pessoa jurídica são um ‘assunto completamente alemão’. (...) O direito da pessoa jurídica é determinado através de normas positivas e da prática jurídica, independentemente das teorias. Tanto na literatura alemã como nos outros direitos, a luta das teorias já não é tomada a sério. A exposição das teorias é realizada em manuais e em monografias mais como exercício de dever” (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Die juristische Person, Springer, Berlin, 1983, p. 24, apud J. M. Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 197). Uma interessante revisão crítica do conceito de pessoa jurídica é encontrada em F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 258 e 275.

¹⁴⁸ A esse respeito, cf. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 16 e ss..

¹⁴⁹ Fábio Konder Comparato, abordando a teoria de Ascarelli sobre a pessoa jurídica, assinala que: “Para Ascarelli, as teorias tradicionais sobre a pessoa jurídica partem de um pressuposto errôneo e chegam por isso mesmo, a conclusões inaceitáveis. Elas admitem, todas, que a expressão ‘pessoa jurídica’ se refira a um dado normativo unívoco ou, o que é pior, a uma realidade pré-normativa. Em consequência, concluem que se trata de um instituto análogo ao de pessoa física, uma espécie do gênero ‘pessoa’, reconhecida como tal pelo legislador ou por ele assim considerada, ficticiamente. Assim, ao lado dos homens de carne e osso, haveria uma espécie de macro-antropóides, igualmente dotados de personalidade. Ora, não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se,

Neste estudo, a pessoa jurídica é concebida como técnica jurídica, ou seja, como instrumento voltado ao preenchimento de determinada função, que somente ganha significado no contexto normativo específico em que foi concebido¹⁵⁰. Como instituto criado pelo Direito (*bem criado pela cultura jurídica*¹⁵¹), a pessoa jurídica deve buscar seu significado nas normas do sistema normativo que a preconizou, sendo de se observar que são inúmeras as suas espécies, cada qual sujeita a regimes distintos (v.g., na lei brasileira, são pessoas jurídicas: União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, associações, fundações e sociedades)¹⁵². Partindo dessa concepção, importa considerar a função exercida pela pessoa jurídica no que respeita às sociedades comerciais.

A partir da Revolução Industrial, passou a ser pressuposto do desenvolvimento econômico a existência de organizações que (I) permitissem a mobilização de elevadas somas de capital, (II) admitissem a especia-

finalmente, a uma disciplina dos interesses dos homens que as compõem, uomini nati da ventre di donna, como enfatizava” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 267). Na mesma direção, W. Klein e outros, “Connected Contracts”, in *University of California Law Review*, cit., p. 890.

¹⁵⁰ “Em grande medida descomprometida com a luta das ‘teorias’, é hoje dominante na doutrina a compreensão ‘técnico-jurídica’ da pessoa colectiva. Produto da técnica jurídica, abstraindo de considerações éticas, sociais e político-gerais, não baseando nos substratos meta-jurídicos o seu específico modo de ser, a personalidade colectiva é expediente utilizável por uma série de diferenciadas organizações, pelo qual a ordem jurídica atribui às mesmas a qualidade de sujeitos de direito, de autónomos centros de imputação de efeitos jurídicos” (J. M. Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, cit., p. 198).

¹⁵¹ Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 30 e ss..

¹⁵² “Ora, a dificuldade interpretativa cresce de tomo, em matéria de conceitos referentes a bens da cultura jurídica, quando o ‘suporte’ desses bens corresponde a uma grande diversidade tipológica, como ocorre com o conceito de ‘pessoa jurídica’, ou de ‘título de crédito’. A dessemelhança de regime jurídico entre as diferentes espécies de pessoas jurídicas – sociedades, associações, fundações, no direito privado; União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, no direito público – é de tal ordem, que as disposições normativas, porventura comuns, perdem toda importância prática” (F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 277 e 278).

lização de funções, (III) fossem estáveis e duradouras, ou seja, sobrevivessem aos sócios, perseguindo um interesse autônomo a longo prazo.

A personificação da sociedade surge, nesse contexto, como a técnica que permitiu separar o ente coletivo de seus respectivos membros, transformando-o num sujeito autônomo de direitos e obrigações, com estruturas patrimonial e organizacional independentes, voltado à consecução de um interesse próprio – o interesse social¹⁵³.

Sylvio Marcondes, em exposição de motivos ao anteprojeto de Código Civil brasileiro, de cuja elaboração participou, assevera: “A personificação, fenômeno posterior, do qual a existência da sociedade é pressuposto, constitui a fonte geratriz de um novo sujeito de direito, capacitado a ser titular do patrimônio especial que, previamente, composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, se desliga da titularidade destas, para transformar-se em patrimônio autônomo, objeto de nova titularidade”¹⁵⁴.

A personalização pode se compreendida, seguindo nessa ordem de idéias, como uma “técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais”¹⁵⁵. Vem à tona, então, aquela que talvez possa ser apontada como a principal função exercida pelo instituto da pessoa jurídica no tocante à sociedade comercial: a limitação da responsabilidade dos sócios, outro corolário essencial da organização econômica, após a Revolução Industrial.

¹⁵³ “A causa, na constituição de sociedades, deve, portanto, ser entendida de modo genérico e sob uma forma específica. Genericamente, ela equivale à separação patrimonial, à constituição de um patrimônio autônomo cujos ativo e passivo não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios. De modo específico, porém, essa separação patrimonial é estabelecida para a consecução do objeto social, expresso no contrato ou nos estatutos. A sua manutenção, por conseguinte, só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da possibilidade de sua realização” (F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 281).

¹⁵⁴ S. Marcondes, J. C. Moreira Alves, Miguel Reale e outros, “Exposição de Motivos Complementar”, in *Anteprojeto de Código Civil*, 2ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1973, p. 202.

¹⁵⁵ F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 279.

Sem a responsabilidade limitada, a irrelevância da pessoa dos sócios jamais seria alcançada, o que inviabilizaria a mobilização do capital necessário aos empreendimentos empresariais¹⁵⁶. De fato, a dissociação entre o poder de condução dos negócios sociais e a propriedade do capital¹⁵⁷, pressuposto da mobilização da poupança popular, somente se torna viável com a adoção do princípio da responsabilidade limitada. Afinal, se o sócio fosse ilimitadamente responsável pelos débitos sociais, não aceitaria direcionar seus investimentos para a sociedade, sem compartilhar uma parcela considerável do poder de determinar a condução de suas atividades.

É bem verdade que personalidade jurídica e responsabilidade limitada não são inseparáveis. São conhecidos tipos societários dotados de personalidade jurídica com responsabilidade ilimitada (v.g., na lei brasileira, a sociedade em nome coletivo)¹⁵⁸ e, por outro lado, sociedades sem personalidade jurídica com responsabilidade limitada (v.g., na lei brasileira, a sociedade em conta de participação). Não se pode negar, porém, que a personificação da sociedade comercial foi, por excelência, a técnica

¹⁵⁶ “Os dois princípios que podemos hoje considerar fundamentais, enquanto deles decorre a maior parte das normas da sociedade anônima, são o da responsabilidade limitada e o da divisão do capital em ações. (...) O primeiro princípio não envolve, necessariamente, o segundo, como ressalta da existência das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. (...) No entanto, o segundo entre os dois princípios, acima mencionados, pressupõe o primeiro, pois a irrelevância da pessoa do sócio só é possível em virtude da responsabilidade limitada dele” (Ascarelli, “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 341 e 342).

¹⁵⁷ Sobre a dissociação entre poder empresarial e propriedade do capital, é clássico o estudo de A. Berle e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Legal Classics Library, 1993.

¹⁵⁸ “Essa separação patrimonial comporta graus, ela não é idêntica e uniforme em todos os casos. Mais acusada nas sociedades anônimas, em que o acionista não responde pelos débitos sociais, apresenta-se, ao contrário, mais atenuada naqueles tipos societários em que uma categoria de sócios, ou todos eles, respondem pelas dívidas da sociedade” (F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 279).

utilizada para a introdução do princípio da responsabilidade limitada no exercício da atividade empresarial¹⁵⁹.

A identificação dos fundamentos do modelo societário vigente não poderia prescindir, portanto, do instituto da personalidade jurídica e do princípio da responsabilidade limitada. Ascarelli, com sua precisão habitual, bem sintetiza essa idéia, ao acentuar que “a constituição da pessoa jurídica e do patrimônio separado representa apenas um meio técnico para que, os sócios, possam exercitar o comércio com responsabilidade limitada (...)”¹⁶⁰.

A feliz síntese de Ascarelli inspira a seguinte reflexão sobre o arquétipo em que se baseia o modelo societário vigente: *a sociedade isolada autônoma, dotada de personalidade jurídica e responsabili-*

¹⁵⁹ Ascarelli acentua que, “admitida a personalidade jurídica da sociedade anônima, é natural que os sócios não respondam pelas dívidas da sociedade, isto é, pelas dívidas de um sujeito jurídico diverso, que, por seu turno, responde, e responde ilimitadamente, pelas suas dívidas”. Em nota de rodapé, o autor comenta que, com essa assertiva, concordam “todos os direitos”, mas que, ao contrário, “(...) no direito comparado nem sempre se admite a personalidade das sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada, justamente, porque, nestas hipóteses, os sócios acabam respondendo pelas dívidas sociais. Embora o patrimônio social seja diverso do patrimônio individual dos sócios, essa separação não tem, então, o rigor que lhe é próprio no caso dos sócios de responsabilidade limitada” (“Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 344). A esse respeito, cf., ainda, J. Lamartine Corrêa de Oliveira: “Ulrich Drobnig, porém, teve ocasião de produzir brilhante demonstração em contrário, ao mostrar que personalidade jurídica e limitação da responsabilidade não se ligam de modo inseparável (...) Embora não possamos aceitar todos os argumentos desenvolvidos por Drobnig como crítica válida, entendemos, com ele, que a responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica. (...) Não resta dúvida, porém, de que a chamada limitação da responsabilidade é apenas (por ser, em verdade, a total exclusão de outros responsáveis que não a pessoa jurídica) a expressão máxima do princípio da separação (Trennungsprinzip) entre pessoa jurídica e pessoas-membros, expressão da noção de pessoa jurídica levada às últimas exigências de coerência lógica” (*A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 261).

¹⁶⁰ “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 344 e 345.

*dade limitada, voltada à consecução de um interesse próprio – o interesse social*¹⁶¹.

Essa idéia pressuposta de sociedade, consentânea com as exigências econômicas impostas desde a Revolução Industrial, influencia não apenas a sociedade anônima, mas a quase totalidade dos tipos societários verificados na prática empresarial hodierna. Isso porque, ao lado da sociedade anônima, a forma societária mais comum no direito comparado é a das sociedades de responsabilidade limitada que, a partir do século XIX, foram criadas com o objetivo de estender às pequenas e médias empresas a característica principal daquela, justamente, a responsabilidade limitada¹⁶².

No cenário atual, as antigas sociedades de pessoas, de responsabilidade ilimitada, representam pouco mais do que exemplos de “arqueologia jurídica”¹⁶³. Não era de se esperar que fosse diferente, pois a impor-

¹⁶¹ “O Direito das Sociedades é, da sua origem aos nossos dias, o direito da sociedade individual e independente. Com efeito, todo o direito societário regula as sociedades comerciais partindo dum modelo pressuposto de ‘sociedade autônoma’, isto é, constrói toda a respectiva disciplina jurídica a partir do postulado previamente assumido pelo legislador de que a sociedade constitui uma entidade jurídica e economicamente autônoma, fechada sobre si mesma e imune a qualquer influência exterior, que exerce independentemente sua actividade económico-empresarial, na actuação de uma vontade social própria formada no contexto dos respectivos órgãos, e na prossecução de um interesse social também ele próprio” (Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 78).

¹⁶² Cf. nota de rodapé n. 133.

¹⁶³ No Brasil, atualmente, as formas de organização de atividade empresarial se restringem, praticamente, à sociedade anônima, em menor número, e à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que representa a esmagadora maioria. No direito comparado, observa-se situação semelhante: nos Estados Unidos, é o caso da *public corporation*, da *closely held corporation* e da *partnership* (cf. W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organizations and Finance – Legal and Economic Principles*, cit.); na França, da *société anonyme* e da *société à responsabilité limitée* (SARL); na Alemanha, da *Aktiengesellschaft* (Ag) e da *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (G.m.b.H.). Note-se que, a exemplo do Brasil, na França a SARL é a forma societária mais utilizada, havendo, em 1986, cerca de 400.000 SARL contra 125.000 *sociétés anonymes* (cf. Y. Guyon, *Droit des Affaires*, cit., p. 477). Igualmente, em Portugal, em 1991, havia 157.825 sociedades por quotas contra 4.798 sociedades anônimas (A. Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 187).

tância da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada é hoje de tal ordem que a lei de diversos países admite atualmente a *sociedade unipessoal*, ou seja, uma técnica cujo objetivo principal é permitir o exercício da atividade empresarial com responsabilidade limitada, sem o requisito da pluralidade de pessoas¹⁶⁴.

Assim definido o arquétipo de sociedade, sobre o qual se edifica o modelo vigente, cabe examinar dois fatores que determinam sua coerência com a realidade e, portanto, dos quais depende sua eficácia: a (I) estrutura patrimonial e a (II) estrutura organizacional autônomas¹⁶⁵.

B.1) Estrutura patrimonial autônoma

20. Sendo a sociedade sujeito de direito autônomo, é imprescindível o reconhecimento de um patrimônio independente, distinto dos patrimônios individuais de seus membros, que deve assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do exercício da atividade empresarial. A separação do patrimônio decorre, portanto, da personalidade jurídica e, como já se teve oportunidade de assinalar, comporta graus diversos, sendo mais rígida nas sociedades de responsabilidade limitada, nas quais o patrimônio individual dos sócios não se vincula aos débitos sociais¹⁶⁶.

¹⁶⁴ A respeito da sociedade unipessoal, na doutrina brasileira, veja-se Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros, 1995.

¹⁶⁵ Ao cuidar da função da pessoa jurídica no direito privado, acentuando a importância da autonomia da organização e do patrimônio, José Lamartine Corrêa de Oliveira assevera: "O caminho adequado para essa conciliação de necessidades opostas foi encontrado em uma autonomização (*Verselbständigung*) do grupo em face de seus membros, autonomização que se concretiza tecnicamente pelo caráter autônomo reconhecido à organização e ao patrimônio, que são destinados ao serviço das finalidades do grupo" (*A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 260).

¹⁶⁶ "Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, admitindo a constituição do patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição" (Ascarelli, "O Contrato Plurilateral", in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 282).

Nas sociedades personificadas com responsabilidade limitada vigora, portanto, o princípio da absoluta autonomia dos elementos ativos e passivos que compõem o patrimônio social, significando que os sócios não têm relação jurídica com os elementos ativos do patrimônio, que são de titularidade da sociedade, nem com os elementos passivos, que vinculam apenas o ente coletivo.

Os sócios deixam de ser proprietários dos bens de produção, passando a ter direitos de natureza pessoal em relação à sociedade, como titulares de participação em seu capital (v.g., ações, na sociedade anônima; quotas, na sociedade de responsabilidade limitada)¹⁶⁷. Em vez de proprietários, os sócios passam a ter direitos contra a sociedade, como o direito à distribuição de lucros, o direito à informação, o direito à livre transferência de suas ações etc.. Em face dessa estrutura, abre-se caminho para a dissociação entre a propriedade do capital e o controle societário-empresarial, permitindo-se a criação de uma estrutura administrativa técnica e especializada (tecnocracia)¹⁶⁸.

Num primeiro enfoque, portanto, a estrutura patrimonial define a natureza das relações estabelecidas entre a sociedade e os sócios. A influência da estrutura patrimonial não fica restrita, porém, aos membros da sociedade, estendendo-se a todos aqueles que gravitam em torno da atividade empresarial. Os autores norte-americanos dedicam especial atenção a esse tema, objeto de disciplina específica, a que denominam *corporate finance*¹⁶⁹. Partindo da estrutura econômica das relações, entendem que

¹⁶⁷ "Em todas essas hipóteses, como adverte Ripert, assiste-se à substituição de uma propriedade por um direito de crédito. 'O regime capitalista transformou os proprietários em credores. Retirou aos homens a posse das fábricas, das casas, dos veículos, das minas, das águas; dando-lhes, em troca, uma parte nos lucros realizados pela exploração desses bens'" (F. K. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 98 – a passagem de Ripert é colhida de *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, p. 132 e 133).

¹⁶⁸ Sobre a dissociação entre propriedade e controle e a formação de uma tecnocracia administrativa, cf. A. Berle e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, cit.; e J. K. Galbraith, *O Novo Estado Industrial*, São Paulo, Abril Cultural, 1982, trad. Leônidas G. de Carvalho.

¹⁶⁹ "Those chapters cover what is usually called 'corporate finance', which can be thought of as the field that explores in detail the nature of the claims in a corporation

os sócios são detentores de *residual claims*¹⁷⁰ contra a sociedade; já os credores, empregados e todos aqueles que com ela detêm relações contratuais são titulares de *fixed claims*¹⁷¹. Vale dizer, os sócios têm o direito de receber os lucros, ou seja, tudo aquilo que restar, após serem pagas as obrigações da sociedade. Já os credores e os empregados têm um direito de crédito de valor fixo, que a sociedade deve pagar independentemente de seus resultados¹⁷².

A partir desse raciocínio, observam esses autores que o poder de controle é exercido, em regra, pelos possuidores de *residual claims*, pois seus interesses ficam na dependência direta do êxito da sociedade. Contudo, há situações em que os interesses dos titulares de *residual claims* e de *fixed claims* se tornam equivalentes, ou mesmo em que a natureza dessas pretensões se transforma. Por exemplo, se a sociedade está em situação financeira difícil, pondo em risco o pagamento dos *fixed claims*, os titulares desses créditos passam a ter interesses análogos aos dos detentores de *residual claims*, tendendo a exigir uma maior influência na condução dos negócios sociais (v.g., participação nos órgãos de administração ou de fiscalização, poderes de veto sobre determinadas decisões empresariais etc.), o que evidencia a íntima relação entre o poder de controle e o risco. Esse tema será mais bem abordado na Parte III, sendo importante considerar, desde logo, porém, a influência decisiva que a estrutura patrimonial da sociedade pode exercer na definição da natureza das relações por ela estabelecidas com os sócios, credores, empregados e todas as demais pessoas ligadas à atividade empresarial.

Com as observações anteriores, pode-se antever uma característica peculiar ao patrimônio social, cujo reconhecimento é indispensável para

(common stock, bonds, etc.), the relationships among those claims, and the factors bearing on the choice of the mix of those claims – a choice, roughly speaking, of the amount of capital to be contributed by owners and the amount to be contributed by lenders” (W. Klein e J. Coffe Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles*, cit., p. 104).

¹⁷⁰ Poder-se-ia traduzir a expressão por *pretensão residual*.

¹⁷¹ Poder-se-ia traduzir por *pretensão fixa*.

¹⁷² Cf. F. Easterbrook e D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 67.

compreensão dos problemas relacionados, especialmente, com os terceiros envolvidos na atividade empresarial. Trata-se da sua dinamicidade¹⁷³. Com efeito, por se voltar ao exercício da atividade empresarial, o patrimônio da sociedade não é estático, mas fica sujeito a contínuas variações, seja na sua composição, seja na sua importância¹⁷⁴.

Esse dinamismo exigiu a criação de um ponto de referência, que confere aos terceiros um meio de acompanhar as variações do patrimônio e, por conseqüência, a gestão da sociedade. Esse ponto de referência corresponde ao capital social, verdadeiro índice do patrimônio líquido social, que constitui instrumento de tutela dos interesses de terceiros¹⁷⁵. Nesse sentido, princípio basilar, que decorre da estrutura patrimonial autônoma, é o da *formação e preservação do capital social*, ou da *integridade do capital social*, que desencadeia uma série de regras da lei societária¹⁷⁶. A título ilustrativo, entre inúmeras outras, pode-se apontar, no direito brasileiro, a regra que exige a avaliação, por peritos, dos bens conferidos ao capital da sociedade (formação do capital social) e a regra que impõe limites à sua modificação (preservação do capital social), previstas nos arts. 8º e 166 e ss., respectivamente, da Lei n. 6.404/1976.

¹⁷³ “À vista, entretanto, da atividade da sociedade anônima, o seu patrimônio não é estático, não sofre alterações apenas ocasionais ou excepcionais; sofre, ao contrário, variações diárias, sendo continuamente diverso seja na sua composição, seja na sua importância” (Ascarelli, “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 346).

¹⁷⁴ Sobre o dinamismo e a funcionalidade da propriedade empresarial, cf. Fábio Konder Comparato: “Esse desdobramento dos direitos sobre as coisas em ‘propriedade estática’ e ‘propriedade dinâmica’ não surgiu com nitidez senão após a criação da civilização industrial, com o seu ideal de homo faber. (...) Ora, a propriedade dinâmica, ou controle sobre bens de produção, não tem por objetivo a fruição, mas a produção de bens ou serviços e, por isso mesmo, implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens, na medida em que a produção sai da fase artesanal para a industrial. A propriedade dinâmica de bens de produção é a que se realiza sob a forma de empresa” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 98 e 99).

¹⁷⁵ Cf. Ascarelli, “Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 346 e ss.

¹⁷⁶ “O ‘capital social’ consitue, assim, um instrumento jurídico destinado à tutela dos terceiros. Ao passo que os sócios são livres de determinar qual deva ser o capital social, a integridade deste é, no entanto, tutelada pela lei, independentemente da vontade dos sócios” (Ascarelli, *ibidem*, p. 354).

Ressalte-se que a subcapitalização (capital manifestamente insuficiente para o empreendimento), o falseamento do capital social no curso das atividades empresariais e a confusão patrimonial são fatores que a jurisprudência vem reconhecendo como suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, com a conseqüente atribuição de responsabilidade a seus membros¹⁷⁷, o que bem demonstra o caráter essencial da autonomia patrimonial para a formação do paradigma da sociedade comercial personificada, com responsabilidade limitada, ora dominante.

Em suma, para que a sociedade seja considerada um ente jurídica e economicamente autônomo, é fundamental a existência de uma estrutura patrimonial própria, distinta do patrimônio individual de seus membros, que possa fazer face aos direitos e obrigações decorrentes do exercício da atividade empresarial¹⁷⁸.

B.2) Estrutura organizacional autônoma

21. A sociedade, considerada espécie de contrato plurilateral, tem como uma de suas características a constituição de uma *organização permanente*¹⁷⁹. Ao contrário do contrato de permuta, a sociedade é constituída para uma atividade ulterior, na busca do interesse social, o que

¹⁷⁷ Cf. Capítulo IV da Parte II.

¹⁷⁸ “Conformément à la théorie d’Aubry et Rau, le droit français admet que les sociétés ont un patrimoine, puisqu’elles sont des personnes. Ce patrimoine ne se confond pas avec celui des associés. C’est la société elle-même qui est propriétaire, créancière ou débitrice” (Y. Guyon, *Droit des Affaires*, t. I, cit., p. 183).

¹⁷⁹ “Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior (...) Os característicos que vimos enumerando puseram implicitamente em evidência, constituir o contrato plurilateral, considerado em sua função econômica, um ‘contrato de organização’, podendo, desse ponto de vista, contrapor-se aos contratos de permuta” (Ascarelli, “Contrato Plurilateral”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 291 e 312). Cf., ainda, sobre a concepção da sociedade como contrato de organização Rachel Sztajn, *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989.

pressupõe uma estrutura organizacional autônoma para exercê-la. A personificação, que torna a sociedade sujeito de direitos e obrigações, leva o ente coletivo a estabelecer relações jurídicas próprias, expressando sua vontade diretamente através da *organização*, ou seja, dos *órgãos sociais*, centros volitivos aos quais, por lei, são atribuídas funções determinadas.

Trata-se da concepção organicista da sociedade, adotada pela lei acionária brasileira desde 1940, que nos vem da teoria da realidade orgânica da pessoa jurídica, de Gierke¹⁸⁰. Segundo esse enfoque, a sociedade depende da organização, ou seja, de seus órgãos para estabelecer as relações internas (sociedade e seus membros) e as relações externas (sociedade e terceiros). Sob esse prisma, existe uma completa identidade entre a pessoa jurídica e seus órgãos, não cabendo falar em duas vontades, como se houvesse um contrato de mandato (sócios – mandantes; administradores – mandatários), mas apenas na vontade do ente coletivo. Assim, ao exercer sua capacidade de agir, “atuando através de seus órgãos, a sociedade experimenta na sua esfera jurídica os efeitos da atividade, que é sua, desenvolvida pelos órgãos sociais”¹⁸¹.

Não se pretende, no presente trabalho, examinar a estrutura organizacional da sociedade em todos os seus inúmeros aspectos, o que mereceria um estudo específico. Importa, para os objetivos de agora, ressaltar apenas a importância que a estrutura organizacional exerce em relação ao modelo societário vigente, na medida em que constitui um requisito necessário da sociedade personificada, individual e autônoma, ou seja, do arquétipo que inspira a quase totalidade de suas normas. Tomando em conta esse objetivo, parece recomendável partir da estrutura da sociedade anônima, por ser a mais complexa e por constituir a principal fonte de inspiração do modelo vigente.

Em certa medida, reproduziu-se na sociedade anônima a divisão de poderes do direito constitucional, baseando-se em órgãos com atribui-

¹⁸⁰ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. I, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 381, 382 e 389.

¹⁸¹ L. G. Paes de Barros Leães, “Da Remuneração dos Membros do Conselho de Administração”, in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 182 e 183.